

**“El gran problema de los límites entre el dolo eventual y la culpa  
con respresentación”**

**María Julia Sosa**

## INDICE

Capítulo I. Planteamiento del problema. ....	4.
Capítulo II. El dolo	
a) Antecedentes históricos que hacen a su conceptualización actual.....	6.
b) Concepto de dolo mayoritario en la actualidad.....	12.
c) Clases de dolo.....	13.
c.1. Historia del desarrollo del concepto de dolo eventual.....	16.
c.1.1. Teorías de la voluntad.....	17.
c.1.2. Teorías cognitivas. ....	19.
c.1.3. Teorías mixtas o eclécticas.....	22.
c.1.4 Nuevas teorías que destierran en mayor o menor medida el elemento volitivo.....	26.
d) Contenido del dolo para la doctrina tradicional. Voluntad y conocimiento.....	33.
d.1. ¿Qué debe conocerse?.....	33.
d.2 ¿Cómo debe ser el conocimiento?.....	35.
d.3 ¿Cómo se constata, prueba o imputa el conocimiento? ....	39.
d.4 El rol de la confianza en la no realización del tipo.....	42.
Capítulo III. El dolo en la ley y la jurisprudencia.	
a) El dolo en los distintos textos de forma.....	43.
b) Antecedentes legislativos en nuestro país.....	46.
c) La doctrina nacional y el derecho vigente.....	48.
Capítulo IV. La culpa	
a. Concepto. Breve descripción de la estructura del tipo culposo. Clases admitidas. Culpa por representación o conciente y culpa sin representación o inconsciente.....	50.

Capítulo V. Posición intermedia entre dolo culpa.	
La Reckelness del derecho anglo sajón.....	55.
Capítulo VI. ¿Casos paradigmáticos dolosos o culposos?	
1. Caso Cabello.....	57.
2. Muerte por contagio de HIV. ....	58.
3. Dueña de perro con rabia.....	58.
4. La empresa contaminante.....	58.
5. Mendigos rusos.....	58.
6. La confianza irracional.....	58.
7. Caso Chabán.....	59.
Capítulo VII. Conclusiones.	
a) El porqué de tanta discusión doctrinaria.....	60.
b) El concepto de dolo. ¿Cuáles son sus elementos?.....	61.
c) ¿Cómo ha de ser ese conocimiento..? .....	73.
d) Sobre esta base cuál debería ser el concepto de dolo a proponer?.....	85.
e) ¿Qué pasa entonces con la división tripartita del dolo?.....	86.
f) ¿Qué pasa entonces con la culpa consciente?.....	87.
g) ¿Qué puede decirse de los casos paradigmáticos planteados si utilizamos la teoría elegida?.....	88.
Epílogo. ....	102.
Bibliografía.....	105.

## **CAPITULO I.**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**

He elegido como objeto de esta tesina el escabroso y nunca acabado tema del dolo eventual y sus diferencias con la culpa con representación, porque a pesar del transcurso de varios años de estudiante, no he podido dejar de sorprenderme y admirarme de las innumerables y esforzadas disquisiciones que en torno de él se realizan, como así también de los intentos, en muchos casos vanos, por arribar a una salida doctrinaria que brinde respuesta coherente a las inquietudes de los ciudadanos, cada vez que nos enfrentamos ante diversos casos paradigmáticos.

No obstante el aporte que ha intentado hacer la doctrina para establecer distintos criterios de distinción, el problema asume aún hoy aristas conflictivas, sobre todo en el plano probatorio, por las dificultades que dicha apreciación presenta. Pese a ello, en pocos ámbitos de discusión sobre los diversos elementos de la estructura del delito pueden hallarse un número tal elevado de opiniones aparentemente discrepantes, debate que -por momentos- parece calmarse por la clara sensación de estar dando vueltas sobre lo mismo y que por otros, se aviva sobre todo cuando se toma noticia de casos “límites” o de resoluciones judiciales especialmente significativas.

Si bien resulta, en principio, exigua o vaga la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación, no lo será la considerable diferencia punitiva entre ambas figuras, que hace que el juzgador se encuentre con que debe aplicar una u otra sanción tan abismalmente diferentes.

Por ello, el objeto del trabajo será el de efectuar un pormenorizado recorrido histórico sobre lo que la doctrina ha entendido por dolo y en este caso por dolo eventual, como así también, por las diversas teorías que se fueron forjando para intentar precisar el concepto de este último, e indicar cómo se compone, qué se necesita para que se sostenga su imputación a ese título y determinar si en realidad, no hay mayores acuerdos que discrepancias sobre el concepto de dolo y de lo que de él se exige, constituyendo meros problemas terminológicos, o si, por el contrario, se

trata de diferencias sustanciales irreconciliables y resulta necesario reformular conceptos de base, sus clasificaciones, su contenido etc.

En este sentido, es importante recordar al respecto lo sostenido por algunos autores en torno a este tema como Claus Roxin, quien haciendo referencia a la espinosa cuestión del límite entre el dolo y la culpa, no dudó en señalar que “las combinaciones de palabras empleadas por los diversos autores en este ámbito tienen una naturaleza más “lingüística que material”.

Por otro lado, deberemos preguntarnos por lo casos más extremos en donde la diferencia entre lo doloso y lo culposo parece depender de cuestiones muy subjetivas, para algunos, de difícil prueba, para otros, que no se condicen, por otro lado, con las bien diferenciadas consecuencias penales que ha adoptado el legislador en los diversos códigos para una u otra forma de accionar delictivo.

Esto, necesariamente, nos llevará a poner en tela de juicio algunos dogmas como la clasificación tripartita de dolo (directo, directo de segundo grado o indirecto y eventual), la exigencia del elemento volitivo en todas sus especies, -o cuanto menos- redefinirlo o aceptar las modificaciones que éste vaya sufriendo-, si existen formas de culpabilidad intermedias entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación, o si, por el contrario, debemos dudar sobre la división dual entre dolo y culpa, o si debemos poner en duda la existencia de los delitos culposos, como lo hace el abogado Carlos P. Pagliere afirmando, en cambio, que todos los delitos son dolosos y lo que varía es la intensidad del disvalor de acción.

Para ello, también se tendrán en cuenta las diversas legislaciones comparadas, como así también proyectos de reforma en la materia.

Así, teniendo en cuenta la vasta discusión imperante hasta el momento, las diversas escuelas, las nuevas posturas y posibles soluciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia y un análisis que no puede dejar de observar la ontología de la conducta humana, intentaré brindar mi aporte a este espinoso problema.

## CAPITULO II.

### EL DOLO

#### a) Antecedentes históricos del dolo que hacen a su actual conceptualización

Para poder adentrarnos en el estudio del dolo eventual y sus diferencias, si las hay, con la culpa con representación, resulta de fundamental importancia efectuar un amplio recorrido histórico que nos permita avizorar cómo se fue gestando, modificando y precisando el concepto de dolo y cómo se fue componiendo.

En algunas antiguas civilizaciones del mar Mediterráneo como los griegos, hebreos y abisinios se encuentran referencias a la subjetividad con que actuaba el agente a efectos de su castigo, recibiendo una pena más atenuada cuando actuaba sin intención y llegando en algunos casos a eximirlo de ella.<sup>1</sup>

Ya en el propio Aristóteles se encontraba presente el problema de la relevancia del aspecto subjetivo al momento de la atribución de responsabilidad –no sólo jurídica- al individuo, afirmándose que sólo aquellas acciones que son producto de su fuero interno, es decir, las que son resultado de su voluntad, bastaban para predicar que aquél era responsable. En sentido contrario, los comportamientos involuntarios no podían serle endilgados a la persona.

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*.

Una primera mención del elemento subjetivo puede encontrarse en las XII Tablas y a lo largo del Derecho de Roma este elemento, concebido como intención orientada hacia un crimen, es exigido en aquellos delitos que resulten castigados con pena pública.<sup>2</sup>

Las fórmulas correspondientes a dicho elemento subjetivo eran desarrolladas como exigencia para cada figura delictiva en particular (*animus occidendi*, *furandi*,

---

<sup>1</sup> Valotta, Marcelo Ricardo, Herrera Lucio Eduardo, *El dolo en la problemática jurídico penal*, La Ley, tomo 137, Sec. Doctrina enero-marzo 1970, pag. 988/1001.

<sup>2</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo V: “*La culpabilidad*”, 4ª edición actualizada, Losada, Buenos Aires, pág. 316.

iniuriandi, etc.) pues en esa época no existía una estructuración equivalente a la Parte General de los códigos que surgen a partir del siglo XIX y se ha evidenciado una aparente relevancia en el Derecho Romano de los móviles del autor del crimen para la configuración del dolo.<sup>3</sup>

Algo de mucha importancia también es que en este derecho se formuló la regla general de que el desconocimiento de hecho por error o ignorancia anulaba el dolo.

De igual forma el fundamento que toma como piedra angular la libertad de la voluntad humana fue una constante también en la Edad Media y Santo Tomás de Aquino agregaba que sólo podía achacársele lo que estaba en su poder.

Por su parte en el derecho germánico la responsabilidad tenía un carácter meramente formal y objetivo: se respondía por la mera producción de un resultado sin interesar la existencia o no de vínculos subjetivos entre el responsable y el acontecimiento por el que respondía.

Sin embargo ya en la época de los francos comienza a ganar terreno el elemento intencional para apreciar la configuración de un delito, aún cuando el antiguo principio de la responsabilidad objetiva continúa campeando entre los delitos más graves como el homicidio o las lesiones.

El término dolo es utilizado por primera vez en el art. 25 de la ley longobardo Liutprandop, que disponía: *“Si el juez deja de dictar sentencia dentro de los ocho días o de elevarla al rey dentro de los veinte días, tendrá que pagar veinte sueldos al querellante y otro tanto al rey, siempre que hubiera existido dolo”*.

Ya en la edad media existe una distinción entre la intención y los hechos fortuitos sólo los delitos intencionales se reputan como actos injustos.

Algunos autores han considerado que en el Derecho Eclesiástico fue donde el concepto de dolo se desarrolló y aplicó en plenitud, toda vez que ese cuerpo jurídico se apoyaba en el principio de que sin voluntad de pecar no se ha pecado, únicamente los voluntariamente cometidos constituyen delito.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Jiménez de Asúa, ob. citada. Pag. 317.

<sup>4</sup> Gras, Adrian Patricio, *El Derecho Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, El Derecho, dic. 2002, *Reflexiones sobre el concepto de dolo*, pag. 9.

El fundamento de tal doctrina canónica obviamente se halla en la posición que tiene la Iglesia sobre la atribución de responsabilidad al hombre, al cual considera un ente moral y libre que debe responder por sus acciones.

Por su parte en la Alemania del siglo XVII Benedikt Carpzov, distinguía dos modalidades básicas de dolo: el *directus* y el *indirectus*. La primera concurría cuando había una auténtica intención del autor respecto de la producción del resultado. La segunda aparecía en los casos en que el autor, sin querer directamente un resultado, había realizado una acción a consecuencia de la cual se derivaban habitualmente resultados como el efectivamente ocurrido. En este caso se entendía que concurría dolo aún en el caso de que no las hubiera querido. La principal característica de esta teoría es que Carpzov no exigía que el sujeto se hubiera representado en forma actual las consecuencias accesorias que le eran imputadas, sino que consideraba suficientes que se las hubiera podido o debido representar.<sup>5</sup>

A fines del siglo XVIII y principios del XIX Paul Johann Anselm Ritter von Feurbach, a quien se lo considera uno de los padres del derecho penal moderno, en su celebre Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania, explica que todo crimen puede ser cometido de dos maneras: por dolo, al que considera una determinación de la voluntad que tiene como fin una lesión jurídica y por culpa a la que entiende como una determinación ilícita de una 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.

Señala que la culpa radica en una ilícita determinación de la voluntad, que no tiene al crimen como objetivo, aunque se tenga conciencia de la conexión causal entre la acción u omisión y el resultado lesivo ilícito, caso que denomina culpa inmediata.

A su vez distingue dentro del dolo dos especies: el dolo determinado (*dolus determinatus*) cuando el resultado ilícito es el objetivo inmediato y exclusivo de la comisión y el dolo indeterminado o eventual (*dolus indeterminatus s. eventualis*), que se da cuando la intención del autor se dirige a varias lesiones jurídicas de una misma clase o género (Ej: si con intención de venganza se dispara sobre un hombre, no para

---

<sup>5</sup> Ragués y Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1999, pags. 54 a 59.

matarlo ni para asustarlo, sino con la general e indeterminada intención de dañarlo, resultando indiferente cuál sea el concreto resultado que se produzca).

Por último Furbach creó la categoría denominada culpa determinada, la que se configura cuando el autor haya tenido por fin un determinado resultado antijurídico hacia el que dirigió su acción, pero se produce finalmente otro resultado distinto del primero, que previo o pudo prever como consecuencia de su actuación..

Sus concepciones se vieron plasmadas en el Código penal para el Reino de Baviera promulgado por el Rey Maximiliano José en la ciudad de Munich el 16 de mayo de 1813, cuyo art. 39, primer párrafo, reza textualmente: *“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 antijuricidad y de la punibilidad de esta acción de esta decisión”*.<sup>6</sup>

Por su parte, Carrara definía al dolo como *“ la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley”*. Aclaraba, sin embargo, que para la existencia de dolo deben concurrir simultáneamente la voluntad y la conciencia, y el papel de la primera es ser el elemento sustancial del dolo, pero no el único. *“La intención es un acto de voluntad iluminada por el entendimiento, en lo tocante a la acción y que la intención nace del concurso de la inteligencia y la voluntad”*.

Pessina, equiparaba al dolo con el propósito, explica que la acción constituye la materialidad del delito, y que como evento exterior esta acción tiene raíz en un hecho interno del hombre, que es la volición de aquel evento. El evento, en cuanto a consecuencia de la volición, es ejecución de un determinado propósito, y cuando éste propósito consiste en la volición de un delito, cuando se trata de un propósito criminoso, recibe el nombre de dolo. También exige una conciencia previa a la volición y que dé contenido a esta última, conciencia a la que pone el nombre de volición, delimitándola como el acto en virtud del cual el espíritu pone ante sí un hecho antes de que sea realizado por intermedio de un movimiento orgánico propio.

---

<sup>6</sup> Gras, Adrián P. Ob, citada. Pag.11.

Ya la doctrina causalista clásica concebía al dolo como “*dolus malus*” y estaba compuesto por dos aspectos: 1) el conocimiento y voluntad de los hechos, 2) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho).

Ello era así pues el causalismo ubicaba al dolo y a la culpa dentro de la categoría culpabilidad, ya que para ellos el injusto y la culpabilidad se comportaban entre sí como la parte externa e interna del hecho punible, por lo que todos los requisitos objetivos de éste pertenecían al tipo y a la antijuricidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito.<sup>7</sup>

Esta fue la posición dominante que siguieron los autores argentinos tradicionales como Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra, Ricardo Núñez, Luis Jiménez de Asúa, Carlos Tozzini, Carlos Creus, Enrique Aftalión y Jorge Frías Caballero.

Eusebio Gómez, por ejemplo, sostenía que el dolo está constituido por la voluntad de realizar un acto, cuyo efecto se ha previsto y se ha querido. Resalta que pese a no ser concebible un acto doloso sin el concurso de la voluntad, no basta sólo con ella, sino que un acto de esta especie requiere la representación de un resultado, pues sino la voluntad carecería de contenido .

Carlos Tozzini, en cambio como “toda resolución volitiva consciente hacia el delito”, que requiere, a su entender, la plena conciencia de la criminalidad del acto.

Pese a la autoridad de los pensadores que sustentaban la tesis de que el dolo formaba parte de la culpabilidad, al descubrirse los elementos subjetivos del injusto como componentes del tipo, el finalismo, lo inserta definitivamente dentro de esa categoría, bajo la subespecie de tipo subjetivo.<sup>8</sup>

Dicho descubrimiento, entre otros tantos razonamientos<sup>9</sup>, pusieron en crisis la tajante división entre injusto-objetividad, culpabilidad-subjetividad.

Al respecto Federico Puig Peña al explicar el éxodo del dolo desde la culpabilidad hasta el tipo, señaló que todo dependía del criterio de acción que se sustentara. Si se toma posición por la noción causal de la acción, el dolo y la culpa se

---

<sup>7</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal, parte General, tomo I, “Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”* 1997, Civitas, pag. 198.

<sup>8</sup> Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 12 edición, primera edición castellana, Astrea, Bs.As, pag 376 stes.

<sup>9</sup> Ver al respecto posición de Cerezo Mir, Wessels etc.

considerarán como partes de la culpabilidad, si la postura es favorable al criterio finalista de la acción, el dolo pasa a ser parte integrante del tipo, como elemento subjetivo.<sup>10</sup>

Ya Hans Welzel, sin duda alguna uno de los principales referentes del finalismo, indicó que la esencia del dolo reside en ser el momento final de la acción, en el sentido de que toda acción conciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere –el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo –el momento volitivo- que conforman el dolo, actuando en forma conjunta y como configuradores de una acción típica real.<sup>11</sup>

En base a ello se puede afirmar que hoy el finalismo sustenta un concepto más restringido del dolo, que incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto y no requiere que se advierta la realización antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuricidad).

Sin embargo, hay quienes como Mir Puig aclaran que el dolo completo exigirá la conciencia de la antijuricidad, aunque distingue tres clases de dolo: el dolo típico, que sólo exige el conocimiento y voluntad del hecho típico, el dolo referido al hecho típico sin los presupuestos típicos de una causa de justificación y el dolo completo, que además, supone el conocimiento de la antijuricidad.<sup>12</sup>

También adopta la teoría de la doble posición del dolo José Cerezo Mir, afirmado que el dolo es por un lado un elemento subjetivo del injusto y por el otro una forma de culpabilidad, en cuanto una expresión de ánimo hostil o indiferente al Derecho. Tras sostener que no existe un impedimento ontológico para la doble posición del dolo, el autor se pregunta si es necesario considerar nuevamente a este elemento como forma de la culpabilidad y responde que ello depende especialmente del problema político criminal relativo al tratamiento del error vencible sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación.<sup>13</sup>

Entre los autores alemanes que sostienen esta tesitura se encuentra Johannes Wessels quien tras asentar que conforme al principio de culpabilidad y pena, fundamenta su postura en que existe una diferencia esencial en cuanto a la magnitud

---

<sup>10</sup> Puig Peña, Federico, *Derecho Penal, Parte General*. 7ma. edición actualizada, España, 1988, pag. 201.

<sup>11</sup> Welzel, ob.citada. pag. 94.

<sup>12</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4ta. Edición, Barcelona, 1996. pags. 237 y stes.

<sup>13</sup> Grassi, Adrián, ob, citada 15.

de las penas de los delitos dolosos y de los culposos, infiere que entre unos y otros no existe solamente una diferencia en cuanto a lo injusto de la conducta, sino también una diferencia relativa a la culpabilidad. Por ende, indica que, con los conceptos de dolo y culpa la ley no pretendió señalar solamente dos formas distintas de conducta, sino además, dos formas distintas de culpabilidad, o sea tipos de culpabilidad.

Por todo ello, infiere Wessels que al dolo le corresponde una doble función: en el tipo de injusto, como forma de conducta, es portador del sentido jurídico social de la acción, que comprende las relaciones psíquicas del autor frente al suceso externo y en la culpabilidad, como forma de ella, el dolo es portador del disvalor del sentimiento, que expresa la falta de sentimiento jurídico unida típicamente a la realización dolosa del tipo.

De esta forma, se ha efectuado un pormenorizado repaso histórico de lo que la doctrina ha entendido por dolo, desde sus primeros esbozos hasta los principios del finalismo. Más adelante profundizaremos su concepto y analizaremos nuevas posturas.

#### **b) Concepto de dolo mayoritario en la actualidad.**

Pese a la irrupción de nuevas y marcadas teorías que han surgido en las últimas décadas en lo que hace al definir y delinear el concepto de dolo, puede decirse que, sin embargo, la doctrina mayoritaria de los últimos tiempos lo define como : *“el conocer y querer de los elementos del tipo objetivo”*. Este será precisamente el primer gran dogma cuya validez intentaré poner en cuestionamiento.

Para ello, resulta necesario partir de otra premisa que se ha dado por supuesta y que se ha alzado cual verdad irrefutable, que es la clasificación tripartita del dolo, la que, también entiendo, debe -cuanto menos- ponerse en tela de juicio.

### **c) Clases de dolo.**

La doctrina básicamente distingue tres formas de dolo: el dolo directo de primer grado (intención propiamente dicha), dolo directo de segundo grado y el dolo eventual, las que se contraponen abiertamente con las dos clases de imprudencia : la consciente y la inconsciente.

Se ha entendido que *la intención o dolo directo de primer grado* abarca lo que el sujeto persigue.

Si bien existe acuerdo sobre que la intención (o propósito) es “la persecución dirigida a un fin” del resultado típico, se discute sin embargo en extremo, como ha de ser interpretado este elemento concretándolo en los distintos tipos”.

El P 162 había intentado una definición, “actúa intencionadamente aquel a quien lo que le importa es realizar el elemento para el que la ley requiere actuación intencionada”.

También la jurisprudencia alemana entendió que “el concepto de intención debe ser interpretado, a menudo, de manera diferente, según la naturaleza jurídica de la acción punible y según la finalidad perseguida en cada caso por el legislador en la conminación penal”.

En definitiva se entiende como aquellas conductas en la cual la voluntad o propósito se encuentra directamente dirigida a la producción del resultado típico, con relativa independencia de la posibilidad de acaecimiento del mismo<sup>14</sup> estimándose por ende irrelevante que el autor considere segura o solo posible la producción del hecho contenido en el tipo objetivo.<sup>15</sup>

Por eso afirma la doctrina que esta clase de dolo se caracteriza por la absoluta preponderancia del elemento volitivo. Se ha afirmado también que resulta indiferente para la configuración de dolo directo de primer grado que la realización del delito sea el único fin que mueve la actuación del autor, bastando que el delito sea perseguido para la consecución de otros fines.

---

<sup>14</sup> Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, t.1 . *Fundamentos...*Civitas. 1197, pag. 416.

<sup>15</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4ta edición corregida ... 1995. Barcelona

También se ha señalado que es la forma más perfecta de dolo, ya que concurren de modo inequívoco los dos elementos constitutivos del mismo que fundamentan la tripartición, es decir, el conocimiento y la voluntad.

Por su parte, el *dolo directo de segundo grado* contempla todas las consecuencias que, aunque no las persigue el autor, prevé que se producirán con seguridad. Se exige que el saber sea lo más certero posible de que se va a producir el resultado. No lo es en tal sentido el aspecto volitivo, el autor no perseguía ese resultado, pero aún así actuó. Aquí, aunque el autor no desee el resultado, la doctrina dominante no dudará en afirmar que el elemento volitivo también está presente.

Así lo han sostenido innumerables juristas entre los que podemos mencionar a Engisch, Rudolphi, Díaz Pita etc. Si el sujeto sabe que su acción lleva aparejado necesariamente un resultado típico, está aceptando el mismo y por ende lo quiere.

Sin embargo, hay autores que no aceptan que en esta clase de dolo se dé el elemento volitivo, pues en estos casos el autor no quiere el resultado en el sentido auténtico de la palabra.

Puppe, con referencia a ello, señala que mientras en el dolo directo de primer grado las doctrinas mayoritarias manejan un concepto psicológico descriptivo de la voluntad, en el dolo directo de segundo grado, éste se transforma en una voluntad normativamente imputada al sujeto.<sup>16</sup> No apunta la autora a poner en tela de juicio que un hecho cometido con dolo directo de segundo grado no sea doloso, sino a demostrar las incoherencias terminológicas que se manejan.

El dolo directo de segundo grado abarca todas las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas.

En tanto que 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 voluntad.

La importancia de la precisa delimitación conceptual del dolo radica en que no siempre el legislador castiga conductas que no sean dolosas, por lo que su

---

<sup>16</sup> Ragues Vallés, ob. citada. pag.47.

correcto encuadramiento, no sólo hará que una conducta sea típica o no, sino que, en última instancia, será imprudente, si es que se prevé esa clase de tipicidad, y, en su caso, la pena a imponer variará sustancialmente.

Como ya adelanté, mayoritariamente se ha sostenido, que para caracterizar unitariamente las tres formas de dolo, se emplea casi siempre, la descripción de dolo como el “saber y querer (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal”. A su vez, ambos requisitos están diferentemente configurados en sus relaciones entre sí. En el caso de la intención, para el conocimiento bastará que se suponga una posibilidad, (ej. : yo tomo un arma y disparo al blanco suponiendo que le voy a dar.), aunque el aspecto volitivo esté completamente presente.

En el caso del dolo directo de segundo grado el saber es todo lo exacto que es posible, pero el elemento volitivo se muestra mucho menos intenso ya que no se persigue ni se “quiere” de manera directa la consecuencia necesaria.

Por su parte, en el dolo eventual, todas las posibles discrepancias se acentúan. En este caso, la relación en que se encuentran los aspectos cognitivo y volitivo está muy discutida desde su base, aunque se puede decir que no se persigue el resultado y el aspecto volitivo es más débil.

Un ejemplo puede servir de base para entender algunas cuestiones.

*“Los miembros de una banda terrorista secuestran a un jefe policial para extraerle determinada información mediante técnicas de tortura. El funcionario pese a ello no la brinda y cada día que pasa se encuentra más débil y a punto de morir. Los captores saben que si continúan aplicándole torturas puede fallecer y el objetivo que anhelan se verá truncado. A pesar de ello continúan aplicándole torturas. Finalmente el policía muere.”.*

Evidentemente los captores no querían la muerte del policía, lo que sí querían era la información que les podía brindar. Sin embargo, sabían que si le seguían aplicando torturas podía morir y aún así siguieron actuando.

Debemos entonces preguntarnos si este puede ser un caso de dolo directo de primer grado o de segundo grado.

La respuesta es no. Sólo sería dolo directo de primer grado si se probara que el fin era matarlo, que querían hacerlo, aunque el medio fue matarlo. En la intención,

primará, según Roxin, el elemento volitivo al cognitivo, en donde bastará que se quiera el resultado aunque no se tenga certeza de su producción.

Tampoco podría haber dolo directo de segundo grado. Si bien coincidirían en el no querer o buscar en forma directa el resultado, la muerte del policía no resulta una consecuencia necesaria del plan original.

Por supuesto que tampoco podría calificarse esa conducta como imprudente. Para evitar que conductas similares se castiguen como homicidio culposo la doctrina recurrió a una tercera forma de dolo llamado eventual.

Aquí es donde los caminos se dividen, toda vez que se torna muy complicado seguir sosteniendo el concepto general de dolo, sobre todo en lo que hace al denominado “eventual” y distintas posturas se han esbozan en este sentido.

Por ello, otro gran objetivo del trabajo será determinar si dichas diferencias constituyen divergencias insalvables o son meras discrepancias terminológicas.

### **c.1. Historia del desarrollo del concepto de dolo eventual:**

Si nos retrotraemos al siglo XVIII podemos encontrar que *Boehmero* habló por primer vez de *dolus eventulis* para referirse a la previsión del resultado (Elementa jurisprudentiae criminalis, 1758).

Por su parte Putmann, que después de referirse al concepto de intención directa –*voluerit totum pmo facimus perpetratum fuit effectum*– trata dos casos en que el resultado no fue querido: aquel en que había sido previsto y otro en el que no lo había sido: *Praevidertique maiorem inde quam sibi proposuit effectum, facile sequi posse: tamen non etiam in hunc consenserit ...Nom praevidert miorem oriri posse qui tamen praeter opinionem inde effectum oritur.* (Elemeta Juris Criminalis, Leipzig, 1779, & 36.

Otra opinión alemana importante fue la de Feuerbach. Señalaba que los resultados que han de atribuírsele al sujeto eran “...esas consecuencias por dolo cuando fueron previstas como posibles o probables”. Identificaba el dolo eventual con el dolo indeterminado, confundía aquél con el dolo alternativo y el de ímpetu. Decía que había dolo indeterminado o eventual “si la intención estaba dirigida a varias lesiones jurídicas, sea cualquiera de ellas la que se produzca. Aquí el culpable quiso una lesión jurídica, pero no exclusivamente la que derivó de su acción. Su

voluntad estaba dirigida a varias lesiones jurídicas, su acción estaba hecha en una forma que podía realizar lesiones jurídicas de carácter distinto.

Por su parte, Francisco Carrara al hablar de dolo indeterminado en el homicidio, daba una definición de este en que podría entrar el *dolus eventualis* “Usar medios que por su naturaleza debía preverse que habrían podido causar la muerte, aunque ésta no fuese querida como resultado de los propios actos”.

Franz von Liszt entendió por “*dolus eventualis*” el caso en que el agente tuviera solo como “posible” la producción del resultado; es decir bajo la condición de que el autor no haya evitado la producción del resultado, pues no había llegado a esta conclusión: el resultado no sobrevendrá”.

Sin embargo, si nos ubicamos ya a principios del siglo XIX, podemos afirmar que la literatura científica estaba dominada por la contraposición de dos grandes teorías; la de la voluntad y la de la representación., la primera de las cuales ponía el acento en el aspecto volitivo del dolo y la otra en el intelectual.

### **c.1.1 .Teorías de la voluntad:**

Fueron tomando cuerpo desde los finales del siglo XVIII y comienzos del XIX cuando la concepción del dolo como intención psicológica se consolidaba.

Se aferran a la idea básica de que para el dolo necesariamente hace falta un querer y se esfuerzan por encontrarlo en todos aquellos supuestos que les parecen merecedores de la pena asignada al correspondiente delito doloso.

Durante el siglo XIX se extienden rápidamente por Alemania hasta consolidarse como doctrina mayoritaria e inspirar la mayor parte de las sentencias del Reichsgericht.

Como en muchos casos no resultaba para nada evidente que el autor del delito hubiera querido el resultado típico, pero a su vez, la conducta parecía ser merecedora de una pena de delito doloso, comenzaron a esbozarse ampliaciones o reformulaciones del concepto “querer”, señalando que también quiere el sujeto que después de haberse representado el resultado como posible; *haya estado de acuerdo con la realización del tipo (einverstanden sein), la haya ratificado (genehmigen), se haya resignado a ella ( in kauf nehmen), haya estado de acuerdo con ella (zustimmen), la haya consentido (einwilligen), la haya aprobado (nilligen), dado por*

*buena* (Gut heiBen), *contado con ella* (rechnen mit), *incluido en sus objetivos* (in seinen Zweckeinschliessen) o *ambicionando eventualmente* (eventuellerstreben). De todas estas expresiones las que predominaron fueron las de “aprobar” y la de “consentir”.

### **& De la aprobación o consentimiento:**

Estas teorías exigen que el sujeto, además de representarse la posibilidad del resultado, lo apruebe internamente, que haya estado de acuerdo con él. Atienden a disposiciones de carácter interno, dándole un valor preponderante al elemento volitivo, agregándole un plus, no basta que el autor se haya representado el resultado sino que tiene que haberlo “aprobado”, “consentido” o “aceptado”.

Se mantuvo, sobre todo, en la jurisprudencia del RG. En tal sentido se señalaba “Precisamente ahí...., en la aprobación del resultado como una realidad interior autónoma añadida a la producción del mismo, radica la característica esencial del dolo eventual” (RGSt 33,4,6).

Como bien lo señaló Roxin, si se toma en forma literal el término “aprobación” se le ha de exigir al autor que le agrade el resultado, que se alegre de él.

Zaffaroni, Alagia y Slokar señalaron que como reacción a las groseras subjetivizaciones que realizaron estas teorías Armin Kaufmann elaboró *la teoría de la voluntad de evitación*.

### **& Evolución de la teoría de la aprobación:**

Después de la posguerra, la teoría de la aprobación fue modificándose en la jurisprudencia. El “aprobar” ya no fue entendido como un deseo del sujeto sino desde un plano jurídico. Aprueba el resultado, quien, para alcanzar el objetivo perseguido actúa igual, resignándose a que su acción provoque el resultado indeseado. Se dice, por lo tanto que, de esta manera quiere el resultado.

La jurisprudencia alemana señaló, sin embargo: “*La aceptación del resultado, que.....constituye el elemento decisivo de diferenciación entre dolo eventual y la imprudencia consciente, no significa que el resultado deba corresponderse con los deseos del sujeto. También puede darse dolo eventual cuando el sujeto no desea la producción del resultado. En sentido jurídico, el mismo*

*aprueba ese resultado pese a todo, cuando, en atención al objetivo perseguido, es decir, en tanto que no puede alcanzar de otra manera su objetivo, se resigna también a que se produzca el resultado en sí indeseado y por tanto lo quiere en el caso de que se produzca.”*

Se ha criticado esta posición porque se ha entendido que induce a confusión que “*un aceptar en sentido jurídico*” pueda ser también un reprobar en el sentido del uso normal del lenguaje (crítica de Schmidhäuser).

### **& Teoría de la indiferencia:**

Esta teoría ha sido sostenida por autores como Karl Engisch, Franx Ezner, Jiménez de Asúa; Eduardo Núñez; Fontán Balestra; Sebastián Soler; entre otros.

Sostiene que habrá dolo eventual cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán.

En el proyecto del Código Penal de 1960 de Sebastián Soler, en su art. 19 se expresaba que obraba con dolo el que quiso de modo directo el hecho ilícito y también aquél que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción.

Se la critica pues si bien la indiferencia es un claro indicio de que el sujeto actuó con dolo la falta de ésta llevaría a descartar el dolo y no parece coherente que, se exonere de las consecuencias de su actuación concientemente incluidas en el cálculo, mediante meras esperanzas en las que ni uno mismo confía.

Algunos afirman que lo fundamental es a favor o en contra de qué se decide uno para el caso eventual, no con qué deseos y esperanzas lo haga.

### **c.1.2) Teorías cognitivas:**

#### **& De la representación o posibilidad:**

Señalan que la mera representación de la posibilidad del resultado sin ningún elemento volitivo fundamenta el dolo eventual. Se desarrolló en la posguerra por Schröder y después fue profundizada por Schmidhäuser. Afirmaban de que la mera representación de la posibilidad de producción del resultado debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando y de que la confianza en la no producción del resultado

encierra en sí la negación de su posibilidad. Niegan de esta forma la existencia de una imprudencia consciente en el sentido tradicional. “*Toda imprudencia es imprudencia inconsciente*” afirma el primero, y el segundo señala que no se podría hablar de una “*imprudencia consciente en el sentido de que se ha hecho hasta ahora*” de modo que se distinguiría dolo e imprudencia como conocimiento y desconocimiento.

Roxin y otros la critican porque se afirma que lo que falta aquí es la decisión en contra del bien jurídico, es decir, que incluya en sus cálculos la producción del resultado y se decida en contra del bien jurídico. El que se percata de la posible producción del resultado pero confía en que no se realizará no lo incluye en sus cálculos, elude la decisión.

Llega a las mismas conclusiones que la teoría de la aprobación más moderna. Habrá en muchos casos imprudencia consciente, porque ante la representación del resultado, confían en que no se producirá, o se tranquilizan con la convicción que todo saldrá bien por lo que no habrá –al saber de Schroder– una verdadera representación de la causación del resultado y Schmidhäuser señalará que el autor habrá reprimido su conocimiento original.

Se la critica porque no implica una solución materialmente discrepante, sino que aporta sólo otra interpretación y otra terminología. Exige representación del resultado, pero cuando se confía en que no se producirá o lo niega en el momento decisivo no habrá dolo.

### **& Teoría de la probabilidad:**

Entre sus adeptos se encuentran H. Mayer; Ross, Wilhelm Sauer, Enrique Gimbernat Ordeig y Marcelo A. Sancinetti, entre otros.

Los sostenedores de esta teoría afirman que habrá dolo eventual cuando sin querer propiamente la realización del tipo, un sujeto ha actuado siendo consciente o representándose que existía un cierto riesgo de dicha realización.

El problema que se planteó fue cuál debía ser el nivel de representación que debía tener el autor. En este sentido Konrad Hagen a fin del siglo XIX señaló que el consentimiento era un requisito superfluo para el dolo ya que lo que contaba era que el sujeto se haya representado el acaecimiento del resultado como probable y no

como posible. Si pese a haberse representado como probable la conducta típica, el autor actuó, concurre dolo, si se ha representado la conducta como meramente improbable, concurre culpa. Y en ese aspecto destacan que lo superfluo del aspecto volitivo ya se advierte en el caso del dolo directo de segundo grado en donde el autor no quiere el resultado y sin embargo nadie discute que se trate de un acto doloso.

Probabilidad significa más que mera posibilidad y menos que probabilidad predominante.

Schuman habla de “conciencia de un quantum de factores causales que deriva de un riesgo de producción del resultado que ha de tomarse en serio” y Joerden de “representación de riesgo concreto”.

Gimbernat Ordeig expresa, que no puede ser dejado todo al elemento interno de quien realiza la acción. Debe estarse a parámetros objetivos, de lo contrario la cuestión podría solucionarse de manera injusta en situaciones en que el autor fuera “un optimista empedernido” o “un maniático pesimista”. Al primero nunca le alcanzaría el dolo y al segundo siempre.

Para ese autor al ordenamiento jurídico le interesa la situación de peligro que se crea contra un bien jurídico protegido que puede desencadenar en un ilícito. “Dolo o culpa” según este autor, serán modalidades con que el derecho valora las conductas según sean éstas más o menos graves, cuanto más cerca esté de la producción del resultado más grave será su conducta y más cercano el dolo estará.

Se la critica por varias razones. En primer lugar se le reprocha que base la diferencia entre dolo e imprudencia en un criterio puramente cuantitativo (grado de probabilidad representado) que no permite justificar adecuadamente el salto de pena entre delitos dolosos y culposos.

Asimismo, también se la critica en los casos de los médicos que deben efectuar una operación y saben que es muy probable que el paciente fallezca en la misma. De todas maneras estos casos, hoy en día, se solucionan en el campo de la imputación objetiva o en la justificación.

También se la critica ya que muchos sujetos juzgan como improbables (o incluso imposibles) la producción de resultados apoyándose en la esperanza irracional de que todo saldrá bien.

Otra crítica que se le formuló es la dificultad de probar el límite de lo que es probable como improbable y también se juzgarían como imprudentes casos como el de la ruleta rusa en donde la posibilidad de que salga una bala es muy baja.

### **c.1. 3. Teorías mixtas o eclécticas y otras:**

Se llaman así y también “eclécticas” porque toman en forma parcial criterios de las teorías de la representación y de la voluntad.

Las mismas atienden al elemento cognoscitivo como al volitivo. Respecto del primero algunas se basan en la teoría de la posibilidad y otras en el de la probabilidad y a su vez con el elemento volitivo, adoptan la teoría del consentimiento pero destacan que éste no requiere que el autor quiera el resultado sino que se conforme con él.

En ese sentido Schroeder ha señalado que: “El dolo eventual se da cuando el sujeto considera posible y aprueba la realización del tipo, la considera probable o la afronta con indiferencia”.

Prittwitz, por su parte, desarrolló una teoría indiciaria de orientación procesal penal, que cita la probabilidad y la aprobación del riesgo como indicios a favor de la apreciación del dolo, la puesta en práctica de la voluntad de evitación, la posibilidad de influir en la producción del resultado y la cobertura o aseguramiento del peligro como indicios en contra de ella”.

Schünemann, se ha fijado más o menos en el carácter pronunciado de los elementos cognitivos y emocionales del dolo y lo descarta cuando al autor le resulta indeseable una lesión del bien jurídico considerada posible.

### **& Teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación**

Sustentada por Armin Kaufmann, parte de la teoría de la probabilidad, reformulándola y mejorándola, superando así la fórmula de Gimbernat Ordeig; y entiende que la persona que eligió los medios para la realización de un hecho que derivó en una conducta típica, debe demostrar por medio de una acción positiva externa y contraria a la producción del hecho típico o al corte del nexo causal, su intención de que no se produzca el resultado. Si su voluntad de evitación no es demostrada se está en presencia de dolo eventual.

Conforme a ésta, la voluntad del actor se puede extender a la realización de todas las consecuencias que se deriven de la citada acción y que son de realización probable. Si el autor no quiso la realización de esas consecuencias buscará que no se produzcan. Esa voluntad negativa será la determinante.

Según esta teoría, hay imprudencia conciente cuando el sujeto, en su acción influyente en el resultado, establece simultáneamente factores en contra, con cuya ayuda intenta conducir el suceso de manera que no se produzca una consecuencia accesoria representada como posible, con ello se presupone que el sujeto “concede a su habilidad una oportunidad real”. Cuando un sujeto deja, después de la representación, que las cosas sigan su curso sin hacer nada en contra, a menudo se puede deducir que el mismo se ha resignado al resultado.

Se la critica porque sólo se consigue un indicio. A veces la negligencia o ligereza humana hacen que un sujeto confíe en la propia estrella sin aplicar mayores medidas de precaución y en otras oportunidades, los esfuerzos de evitación tampoco deberían excluir el dolo cuando ni el propio sujeto confía en su éxito, continúa actuando a pesar de ello. Zaffaroni-Slokar-Alagia la consideran una teoría procesalista.

### **& Fórmulas de Frank**

Frank las elaboró con el fin de que se entendieran como medio de conocimiento del dolo eventual y no como caracterización directa del mismo.

**La primera** parte de esta pregunta ¿Cómo habría actuado el sujeto si desde el primer momento habría estado seguro de la producción del resultado realizador del tipo? Si se llega a la conclusión de que habría actuado en caso de tener conocimiento preciso habrá dolo y en el caso contrario no.

Se le critica que, en el primer caso, es obvio que hay dolo pero en el segundo no es obvio que no lo hay, toda vez que el sujeto habría incluido el fracaso en los cálculos de su plan.

**La segunda** Si el sujeto se dice: -sea de una forma u otra, pase esto o lo otro, actúo igual, habrá dolo.

Al saber de Roxin parece tener menos objeciones ya que se podría entender en el sentido de que el sujeto actúa dolosamente aún cuando sólo por necesidad se resigna a la producción del resultado.<sup>17</sup>

### **&Teoría de la Decisión contra el bien jurídico:**

Esta teoría fue sustentada por Claus Roxin quien señala que la característica esencial entre las tres clases de dolo es el “plan previo”, por ello “un resultado ha de considerarse doloso” cuando se corresponda con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Así, quien incluye en su cálculos como posible la realización de un tipo sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido en contra del Bien Jurídico protegido. Y es precisamente esta decisión contra el bien jurídico que la diferencia de la imprudencia consciente y que justifica una más severa punición.

El dolo es la realización de un plan, la imprudencia es mera negligencia o ligereza.

María del Mar Díaz Pita entiende, en este sentido, que es necesario una definición única de dolo que la escinda de la imprudencia. Para ella dolo será “la decisión contraria a los bienes protegidos por el ordenamiento penal”. La autora encuentra la ventaja en que el dolo así entendido sería un concepto neutro, en el que no valoraría el elemento interno de aprobación o rechazo del sujeto sobre su acción.

Lo importante, es si el autor, conociendo la situación de riesgo, eligió o no el camino de la defensa de los bienes jurídicos. Comparten este criterio Donna, Hassemer y otros.

### **&Teoría del riesgo:**

Frisch en su monografía “Vorsatz und Risiko” (Dolo y Riesgo de 1983) intentó aportar a la disquisición entre dolo eventual y culpa consciente un nuevo fundamento. Para él, objeto del dolo no son los elementos pertenecientes al tipo objetivo, pues el saber del sujeto no podría referirse al resultado típico simplemente por la sencilla razón de que éste no se ha producido al momento de realizar la acción. Objeto del dolo sería la acción típica (EJ: una conducta con riesgo no permitido de muerte), conocimiento del riesgo no permitido. Sostiene que no necesitaría elemento

---

<sup>17</sup> Roxin, ob. citada, pag. 438.

volitivo alguno. “Quien se ha percatado de aquél riesgo propio de su conducta que convierte su conducta en prohibida y típica normalmente puede cumplir el mandato de la norma de no originar semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que precisamente no ha aprehendido aún esa peligrosidad amenazante”.

Sin embargo, sostiene que si el sujeto se representa un peligro concreto pero cree que por una razón u otra no pasará nada, se decidiría por una conducta no peligrosa, por lo que en ese caso, descarta el dolo.

Se critica esta posición en que Frisch pretenda que el elemento volitivo que existe en la propia toma de postura del sujeto no sea considerado tal, sino que- de manera similar a los defensores de la teoría de la probabilidad- lo incluya en su conocimiento del riesgo, lo que supone solo una reformulación conceptual artificiosa, que no modifica en absoluto la coincidencia material.

No tiene razón para quienes lo critican cuando pretende hacer objeto del dolo solo el riesgo relevante para la norma y prescindir de las circunstancias de hecho, pues naturalmente ha de incluir ese conocimiento en el concepto de conocimiento del riesgo, con lo que materialmente todo queda como antes.

En tal sentido Mir Puig señala: “No se trata tanto de cuantificar un determinado grado de probabilidad que deba advertir el sujeto –como pretende la teoría de la probabilidad- sino de preguntar si el sujeto que advierte la posibilidad de delito cree que en su caso puede realizarse dicha posibilidad o, por el contrario, lo descarta. No importa la sola conciencia de la probabilidad estadística, sino el pronóstico de lo que puede ocurrir en el caso particular. 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, pero también en motivos irracionales, como la superstición. Esta posibilidad de coexistencia de la conciencia del peligro estadístico, y a la vez, de la creencia de lo que no va a realizarse, es lo que permite, a su juicio la existencia de la culpa conciente.

#### **c.1.4 Nuevas teorías cognitivas**

##### **& La no improbable producción del resultado y la habituación al riesgo de Jakobs**

Jakobs afirma que “dolo es conocimiento de la acción junto a sus consecuencias”. Distingue entre consecuencias principales y accesorias. Las principales son aquellas que sirven como motivo del accionar del sujeto. Este obra a causa de darse cuenta de la realización del tipo. Las accesorias son aquellas que, sin perjuicio de ser advertidas por el agente, no son contenidas por su voluntad; su realización no es el motivo de su actuar. Esta diferencia lleva a Jakobs a sostener la insuficiencia de la fórmula de dolo como querer y conocer, ya que el elemento voluntad no se encuentra presente en las consecuencias accesorias. Para el dolo es “exclusivamente conocimiento de la posible realización del tipo, mientras que la voluntad no pertenece en absoluto al dolo, aunque pueda en cierta forma incidir para determinar diferencias entre sus distintas especies, sino que es parte integrante del delito de acción.”.

Para Jakobs el dolo eventual se da “cuando el sujeto en el momento de la acción juzga que la realización del tipo como consecuencia de su acción no es improbable”. Aunque hasta aquí se fija sólo en el componente intelectual del dolo, reconoce que las condiciones del acto de conocimiento no son sólo de tipo intelectual. Quien negligentemente confía en que todo irá bien considera precisamente por eso improbable la producción del resultado.

Lo particular de esta posición es que se intenta ligar la imprudencia conciente con la suposición de falta de probabilidad.

Además, considera que si bien hay riesgos no permitidos también se da una cierta habituación al riesgo y la relevancia de la decisión depende según Jakobs de la importancia del bien afectado y de la intensidad del riesgo.

Roxin lo critica sosteniendo que son indicios muy importantes pero demasiado rígidos si se pretende ligar a ellos el juicio de que la producción del resultado es improbable. Hasta qué punto alguien sienta la situación como crítica y se tome en serio el peligro depende de los datos concretos y no se puede reducir a un

esquema unívoco. Tampoco es convincente el argumento de la importancia del bien afectado.

### **& La teoría del peligro no cubierto o asegurado de Herzberg**

Parte de una concepción estrictamente objetiva del dolo, que considera al mismo como conocimiento *de un riesgo a tomar seriamente en cuenta*. Ese riesgo se define a partir de la fórmula del peligro frente al que no existe protección. De este modo si el peligro está eficazmente cubierto, habrá por tanto un injusto imprudente, y si no lo está será doloso.

Herzberg advierte que cuando las doctrinas dominantes se encuentran ante riesgos pequeños muestran una clara predisposición a negar el dolo, pero si los riesgos son elevados lo afirman. Ello lleva a este autor a plantearse que, tal vez la solución del problema no sólo deba depender de las representaciones del sujeto, sino también de la calidad objetiva del riesgo creado y advertido. Afirma que “el dolo no depende de que el autor haya tomado en serio un peligro reconocido, sino de que haya reconocido un peligro a tomar en serio. Según este autor dentro de los riesgos no permitidos podemos distinguir dos modalidades: los peligros cubiertos y los no cubiertos. Los primeros tienen lugar cuando en el momento del hecho existen circunstancias que permiten confiar objetivamente en que el tipo no va a realizarse. Dichas circunstancias son ante todo el cuidado de la propia víctima, o del mismo autor. ***Peligro cubierto*** es aquel que la propia víctima puede reconocer y por lo tanto evitar o en el que el autor puede confiar de un modo fundamentado que podrá evitar o mantener bajo control.

Por su parte el ***peligro descubierto*** es aquel en que no concurren fundamentos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo.

El conocimiento de un peligro cubierto fundamenta la imprudencia, por el contrario se está ante un caso doloso. El juicio sobre si un riesgo sirve o no para fundamentar el dolo tiene una naturaleza meramente objetiva, no es necesario que el sujeto efectúe una valoración al respecto.

### **& Puppe**

Plantea la cuestión del dolo como una cuestión eminentemente cualitativa. El dolo viene a ser el conocimiento de un peligro cualificado, considerándose una diferencia cualitativa entre el peligro propio del dolo y el de la imprudencia. Un peligro será de dolo cuando, observado por sí mismo, expresa un método idóneo para la causación del resultado o una estrategia generalmente propiciada para la causación del resultado. Señala que como las teorías de la probabilidad son las que han dominado la disputa dogmática en el campo de la jurisprudencia y la doctrina se propone matizar a través de una medida normativa racional. Por ello, si el autor realiza un comportamiento que para una persona racional o respetuosa de las normas supone, como fórmula, que el resultado lesivo habrá de producirse o se puede producir, habrá entonces dolo.

### **& Bacigalupo y otros**

Según Bacigalupo el dolo se distingue en razón del conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido. Señala que quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace.

Afirma que el código español no contiene una definición de dolo pero puede afirmarse que las reglas del error de tipo contienen una definición indirecta sobre su definición, en tanto el error excluye el dolo, un concepto es la contrapartida del otro.

Bacigalupo llega a negar la existencia de la imprudencia conciente ya que en función de la concepción del dolo como conocimiento de que el resultado no es improbable, refiere que la distinción entre dolo e imprudencia debe fundamentarse según la antinomia conocimiento/desconocimiento, lo que lo lleva a sostener que sólo existe la culpa inconsciente que es aquella en que el sujeto no tuvo ese conocimiento.<sup>18</sup>

En la dogmática española este punto de vista reconoce su antecedente en el concepto de dolo propuesto por Jiménez de Asúa en 1919 y reformulado en su tratado, “Es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídica.....cuando

---

<sup>18</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal, Parte General*, 2da. Edición totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Bs.As, 1999 pag. 317.

se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior”.

Por su parte en la jurisprudencia española la noción sustentada por Bacigalupo ya había sido implícitamente aplicada.

En el caso Bultí el STS el 27 /12/82 apreció la concurrencia de dolo, dado que los autores eran concientes del peligro concreto que generaban con su acción. El conocimiento del peligro concreto de su acción importa, al menos, una muestra de la indiferencia del autor. Ya en 1989 jurisprudencialmente se distinguió entre peligro representado en abstracto (acción culposa) y peligro representado en concreto (acción dolosa). También se precisó que “voluntaria” es toda acción no determinada por fuerza o coacción exterior”.

Todos estos precedentes lograron concretarse en un fallo del STS del 23/4/92 (síndrome tóxico), en el que sobre la base de ellos se afirmó que “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”. Asimismo se señaló que “la jurisprudencia de esta sala permite admitir la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico.”...”El dolo eventual no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor”...pues “en tales supuestos, en realidad, su acción no es sino una manifestación de su indiferencia respecto de unos resultados, cual producción se ha representado como no improbable”.

Por su parte y en el mismo sentido de Bacigalupo, Santiago Mir Puig, señala que “quien realiza un comportamiento humano (voluntario) conociendo los elementos que lo hacen típico, actúa ya, sin más, con la voluntad consciente que caracteriza al dolo. Considera a la voluntad como parte integrante de la acción y no del dolo, pero al delimitar este último lo hace considerándolo como la voluntad consciente resultante de sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano. Basta añadir a la voluntariedad básica de la conducta humana el conocimiento de los elementos de la acción típica, para poder afirmar que

se quiere (al menos en el sentido de que se acepta). Señala que aunque sólo se añade a la voluntariedad general del comportamiento el conocimiento de que se realiza el tipo, este objeto de conocimiento se convierte también en objeto de la voluntad. Lo que se quiere en el delito doloso, es pues, distinto a lo que se quiere en el delito imprudente. La adición del conocimiento afecta, pues, al contenido de lo querido, esto es, de la voluntad.<sup>19</sup>

Jesús María Silva Sánchez explica que “la voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes”.

Por su parte Corcoy Bidasolo ha indicado que “no puede justificarse cuál es el significado o la función del elemento volitivo del dolo, que por otro lado no se requiere ni en el dolo directo de segundo grado ni en el error de tipo que excluye el dolo en base a la ausencia del elemento cognoscitivo, sin que en ningún caso, se haga referencia a la concurrencia o ausencia del elemento volitivo. La voluntad es un elemento de la acción y no puede probarse una voluntad distinta de la propia del comportamiento humano voluntario. Tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes el autor realiza un comportamiento humano voluntario, la diferencia estriba en el distinto contenido del conocimiento que tiene el sujeto respecto del “concepto peligro” creado por su conducta.<sup>20</sup>

Sancinetti considera que *hay dolo toda vez que el autor se decide a actuar ante la consciencia de esa posibilidad (de realización del tipo), ante el conjunto de circunstancias que, según la norma (delito doloso), motivan la prohibición de esa decisión*. Aclara que no existe ningún inconveniente para que se siga llamando al dolo, *voluntad de realización del tipo*, siempre y cuando se tenga bien en claro que al tener toda acción algún contenido de voluntad, el alcance de la misma quedará determinado exclusivamente por el elemento cognitivo del dolo.

La conclusión a la que arriba es que en los casos que el sujeto identifique un peligro concreto a partir del cual la acción esté prohibida, habrá dolo ya por el sólo

---

<sup>19</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4ta. Edición corregida... 1996 Barcelona. pág. 241.

<sup>20</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu “*Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva*”.ADPCP, 1996, fasc. 1, páginas 302-303.

hecho de la representación; y a la inversa, si el riesgo está por debajo de eso, no habrá dolo aunque el autor desee realmente el resultado<sup>21</sup>.

Una posición interesante también es la sustentada por el penalista argentino Jorge Sandro<sup>22</sup>. Señala con basamento en Binding y Jakobs, que el principio de “imputación personal” condiciona la presencia de culpabilidad a la existencia de un hecho completamente evitable para el autor, indicando que las condiciones de evitabilidad están vinculadas al aspecto interno (subjetivo) de la infracción y operan funcionalmente para excluir la pura responsabilidad por el resultado.

Afirma que el hecho es evitable cuando el autor sabe lo que hace (dolo) o bien es responsable por un déficit (error evitable) de conocimiento o instrumental (culpa), nivel al que corresponde la regla que impone: no hay pena sin dolo o imprudencia.

Ragués y Vallès tras un examen crítico de las tradicionales concepciones imperantes en la ciencia penal sobre el dolo, a las que engloba dentro de las que el llama “consenso divergente”, luego de reseñar algunas opiniones doctrinarias que se separan de este conjunto, se inclina por una postura cognitiva del dolo, asegurando que en principio *concorre una realización dolosa cuando un sujeto actúa pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal.*

Al momento de desarrollar esa fórmula Ragués se cuestiona la idea básica, inherente a todas las anteriores concepciones, de que el dolo depende exclusivamente de la subjetividad del sujeto activo, y en especial de determinados fenómenos psicológicos que concurren en la “cabeza” del mismo en el momento de llevar a cabo el comportamiento objetivo típico.

Dicho cuestionamiento lo lleva a plantearse, ya en esa etapa de su estudio, si la definición provisionalmente desarrollada en torno al dolo quizás ignora los mecanismos sociales en función de los cuales se admite o se rechazaba la existencia de determinados conocimientos generando en este concepto de dolo una serie de problemas que enumera en su exposición.

---

<sup>21</sup> Sancinetti, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Ed. Hammurabi, 1991, págs. 197 y stes.

<sup>22</sup> Sandro, Jorge A. “*Error de tipo y error de justificación*”, Suplemento de Derecho Penal, LL, sep. 2004. pags. 1 stes.

En consecuencia, este autor encara un exhaustivo análisis sobre la determinación del dolo en el ámbito del proceso penal, analizando las diversas posturas sustentadas para tener por acreditado, en el ámbito de una condena, dicho elemento subjetivo. Este estudio lo lleva a la conclusión de que resulta imposible arribar a una condena por delitos dolosos, si se es consecuente con el principio de que solo se puede alcanzar ese resultado cuando se consigan averiguar determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realizarse el comportamiento objetivamente típico.

Todos estos razonamientos lo inducen a plantear como solución la revolucionaria idea de acudir al **sentido social** como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo. Explica al respecto que *“El recurso al sentido social implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no dependa de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal”*<sup>23</sup>.

Estas nuevas teorías que han venido esbozándose en las últimas décadas han ido abandonando con mayor o menor firmeza el tradicional y sostenido elemento subjetivo del dolo. Esto fue así por cuanto el nexo psicológico entre el autor y el resultado antijurídico fue perdiendo relevancia al ir gestándose con la irrupción de los sistemas finalistas un entendimiento normativo de la imputación personal y una concepción final de la acción humana. El tránsito del dolo de la culpabilidad al injusto lleva, para algunos, inexorablemente al destierro de todo tipo de elemento subjetivo.

Al reconsiderarse, de esta forma, la tradicional concepción del dolo entendida como un proceso psicológico de conocimiento y voluntad, se empieza a dejar de lado la concepción psicologista por una concepción normativa. El primer enfoque supone adoptar como punto de partida el ámbito denominado óntico, es decir, del mundo del ser, un dato de la realidad del sujeto que actúa; mientras que, por su parte, el enfoque normativista encarrila el análisis por el carril deóntico, es decir, el mundo

---

<sup>23</sup> Ragués Vallès, obra citada.

del deber ser, contando, por tanto, con una clara pretensión valorativa extrayendo del contenido los conceptos “del sentido y fin del ordenamiento jurídico”.<sup>24</sup>

De todas maneras, existen tres grandes grupos de visiones normativistas, aquellas que parten de un examen puramente axiológico, otras que parten del análisis del ordenamiento como un todo sistemático y las posiciones mixtas.

Si bien este no es para nada el objeto del trabajo, es mi deber dejar en claro, aunque solo sea rápidamente, que el problema que presenta el ontologismo es la rigidez del método en detrimento de permeabilizar ideas de claro contenido material, valorativo, dejando por tanto, un poco al margen la problemática referida a los fines e intenciones que se le atribuyen al derecho penal actual, su análisis teleológico y la posibilidad de canalizar en las distintas etapas de la teoría general del delito, aquellos intereses valorativos encausados en la propuestas de sistemas dogmáticos-penales abiertos y con una orientación material más que puramente estructural.<sup>25</sup>

Por el contrario, los sistemas normativistas de corte teleológico se nutren, de conceptos más abiertos y flexibles, preparados para tomar la forma que la finalidad del sistema les propone a la hora de la subsunción de los casos particulares.

El concepto de dolo no es un concepto óntico sino jurídico por lo que forma parte de un contexto jurídico penal y a la hora de construir los conceptos del derecho penal y determinar su aplicación, deberán tenerse en cuenta los fines que se le otorgan al derecho penal y las posibilidades hermenéuticas que el legislador otorga en la normativa concreta al operador para la consecución de esos fines.

La inclinación por uno u otro sistema, cobra importancia, a los fines de decidir cuál será el mecanismo dogmático a aplicar, para que el jurista pueda resolver cuándo podrá o no imputarle a una persona que ha actuado con dolo.

#### **d) Contenido del dolo para la doctrina tradicional**

##### **“Voluntad y conocimiento”**

##### **d.1) ¿Qué debe conocerse?**

---

<sup>24</sup> Laporta, Mario Hernán, ob. citada, pag. 2.

<sup>25</sup> Laporta, M. ob. citada pag. 3.

Al saber de Mir Puig<sup>26</sup> el objeto del dolo típico se integra de elementos descriptivos y normativos.

Recordemos que los elementos descriptivos son aquellos que el autor puede conocer y comprender a través de sus sentidos, puede verlos, oírlos, tocarlos etc.

En cambio los normativos son aquellos en los que predomina una valoración. No se exige una valoración técnico jurídico sino que basta con el llamado “conocimiento en la esfera del lego”.

Ambos pueden constituir elementos esenciales y accidentales. Los esenciales serán aquellos elementos de los cuales dependa la presencia de un delito de que se trate y los accidentales serán aquellos cuya concurrencia sólo determinan la agravación o la atenuación del delito base. Para que proceda la penalidad de los tipos agravados será necesario que el dolo abarque los elementos accidentales.

Sobre la premisa elaborada a partir del artículo 16 del Código Penal Alemán (St GB), de que el dolo debe abarcar la realidad de todo el supuesto de hecho típico, la doctrina alemana ha entendido que en los casos de dolo el sujeto debe conocer todas las circunstancias y prever todos los sucesos que fundamentan o modifican la descripción típica y que se encuentran en el supuesto de hecho del tipo penal.

Así, la mencionada norma señala que : “Error sobre las circunstancias del hecho (1). Quien 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 intacta. (2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, sólo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna”.

De igual forma, el Código Penal español no ofrece una definición de dolo, lo que para muchos es acertado pues no es el legislador el que debe definir los elementos generales del delito sino la ciencia.

Sin embargo el único precepto legal al que se puede acudir para indagar un poco más sobre su concepto de dolo es el art. 14.1 del nuevo código. En el sentido, señala que el error de un sujeto sobre el hecho constitutivo de infracción penal (error de tipo) excluye la realización dolosa de éste, y en función de la invencibilidad o

---

<sup>26</sup> Mir Puig, Santiago obra citada, pags. 237 y stes.

vencibilidad de dicho error, procede la impunidad o el castigo del hecho como imprudente, siempre que el Código así lo establezca..

En el mismo sentido se expresa Silva Sánchez afirmando que el “objeto del dolo viene constituido por la conducta penalmente típica, en tanto que esta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídicos penales” y también, entre otros Corcoy Bisasolo al indicar que “el objeto del dolo es la conducta típica”

#### **d.2. ¿Cómo debe ser ese conocimiento?**

La doctrina mayoritaria sostiene que el conocimiento del hecho puede ser seguro (dolo directo de primero y segundo grado) o inseguro (dolo eventual) y su fijación debe darse al momento del hecho, debe ser actual, quedando entonces excluidos el *dolus subsequens* (conocimiento posterior a la realización del hecho) y *dolus antecedens* (conocimiento anterior a la realización del hecho).

En cuanto al grado de conciencia que requiere el dolo, debe decirse que este aspecto ha sido estudiado desde lo más diversos enfoques y es, en líneas generales, una tarea poco familiar para el ámbito del derecho y de la valoración de los juristas.

Se ha diferenciado entre pensamiento por medio del lenguaje o formulado lingüísticamente (conceptual), que se define indubitablemente como dolo y pensamiento en el que no se utiliza el lenguaje (gráfico).

Schmidhäuser<sup>27</sup> distingue, partiendo de la psicología del lenguaje, una conciencia “material-conceptual” de una conciencia “lingüístico-conceptual”, considerando la primera suficiente para el dolo. Aquella es definida como la relación significativa libre de lenguaje con las cosas mismas sobre la base de un recuerdo gráfico, que ha asumido en el ámbito del pensamiento sin lenguaje las cosas experimentadas originalmente mediante el lenguaje. El pensamiento conceptual es un conocimiento que abarca el significante o palabra que describe algo y su significado.<sup>28</sup>, mientras que el pensamiento gráfico es un conocimiento que solo va referido al significado o imagen de algo pero con independencia de su significante o de la palabra que los describe.

---

<sup>27</sup> Roxin, obra citada, pag. 473.

<sup>28</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo J, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo . Sobre la normativización del dolo”. CPC. Nro. 65, 1998. pag. 342

En la misma línea de pensamiento, Roxin al explicar la precisión con que deben haber aparecido los elementos objetivos del tipo al autor, para que se pueda señalar que hubo conocimiento, señala que deben descartarse las posiciones extremas, no pudiendo exigirse al sujeto que realice reflexiones conscientes sobre cada uno de los elementos del tipo. Asimismo, también indica que no basta para el dolo un conocimiento potencial o una conciencia marginal en el sentido del “aviso de sentimiento”, pues ello es más propio del ámbito de la imprudencia. Hoy se admite una posición que resulta ser un término medio entre ambos extremos. De esta manera, el dolo abarca todas aquellas circunstancias de las cuales el sujeto es coconciente, es una conciencia en la que no se presta atención explícitamente, pero que es conocida con otro contenido de conciencia al que se presta atención y a la que a la vez necesariamente ha de prestarse atención de modo implícito.<sup>29</sup>

De todas formas, la idea de coconciencia parte de la teoría del “pensamiento al margen condicionado por la percepción” sustentada en nuestro campo por Platzgummer, quien la toma del psicólogo Rohracher, pero no es pacíficamente admitida en la psicología, en la que se la considera como subconciencia.

Por otro lado y desde otra óptica se puede mencionar “la teoría de las vivencias actuales” elaborada por Schewe sobre la base de la psicología de la Gestalt. Esta escuela se dedicó principalmente al estudio de la percepción. Postulaba que las imágenes son percibidas en su totalidad, como forma o configuración y no como una mera suma de sus partes constitutivas.

Pero otras teorías al evaluar cuál debe ser el grado de conocimiento que debe tener el sujeto al momento de actuar han sustentado la fórmula tan usada, ideada por Mezger que es la “valoración paralela en la esfera del profano”. Esto significa que basta con que se conozca el elemento normativo al nivel del profano, es decir, del no especialista y debe concretarse acudiéndose al mismo nivel social del autor. No es necesario que el sujeto efectúe una calificación jurídica correcta de los hechos, si no es necesaria para su comprensión al nivel social que pertenezca.

En resumen, se puede señalar, que mayoritariamente se sostiene que el conocimiento del dolo debe ser efectivo, no potencial, es insuficiente la mera

---

<sup>29</sup> Roxin, ob. Citada, pag. 471.

posibilidad de haberlo conocido. Es el conocimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo.

Ya Zaffaroni había señalado que, ninguna de las formas de dolo puede presumirse, sólo el conocimiento efectivo habilita el poder punitivo. Indica que el concepto psicológico del dolo trae aparejadas dificultades para su prueba procesal, por eso se lo reemplaza por una ficción de dolo, afirmando que habrá dolo *cuando así lo indique su inequívoco sentido social*.

Pero entonces, debe considerarse cuál es la precisión con la que el sujeto debe conocer las circunstancias típicas.

Para Jakobs el dolo requiere un conocimiento inferior al efectivo, un “*deber de conocer*”. Ello lo considera así porque de lo contrario, el carente de escrúpulos, que no advierte las desgracias que ocasiona se encuentra en mejor posición que el escrupuloso.

Este autor que ha rechazado con muchos fundamentos la presencia de un elemento volitivo en el dolo, sostiene que es suficiente para afirmarlo un componente puramente cognitivo que, como tal, no consiste en la percepción intelectual del riesgo, sino en un juicio que el sujeto realiza sobre la peligrosidad de la situación con la ayuda de las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico.<sup>30</sup>

Diferencia entre imprudencia dirigida y no dirigida. La primera es aquel desconocimiento que no es enjuiciado por el delincuente como un defecto de su capacidad de orientación en el mundo, puesto que el ámbito desconocido del objeto no le interesa. Para los sujetos que actúan con esta imprudencia dirigida, la frontera entre dolo y culpa e imprudencia, que se traza estrictamente a partir de la diferenciación entre conocimiento y desconocimiento, supone un beneficio sin justificación axiológica: el que obra sin escrúpulos no se da cuenta del desastre que está provocando, y por ello resulta beneficiado en comparación con el que actúa escrupulosamente. Por ende el paradigma de la imprudencia puede ser, según Jakobs, el desconocimiento no dirigido; la imprudencia no dirigida no pertenece al grupo de casos a tratar con menos gravedad, a pesar del elemento psíquico del desconocimiento.

---

<sup>30</sup> Díaz Pita, *Dolo Eventual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1994, pags. 236 stes.

No se conforma con un mero pensar en la posibilidad del resultado sino que, para pensar en la mera concurrencia del elemento intelectual del dolo, exige un juicio válido por parte del sujeto que no es improbable la realización del tipo<sup>31</sup>. Afirma que el mero “pensar en” o el “ocurrirse” sin cualidad de juicio, puede denominarse imprudencia conciente. En resumen no basta pensar en lo que es probable sino que debe valorarse como tal.

Sin embargo Jakobs entiende que en determinados ámbitos hay que introducir variantes o matizaciones., especialmente en lo que atañe a los riesgos propios de la circulación rodada. Es en esa actividad que los intervinientes crean en forma constante riesgos no permitidos, de los cuales son, casi siempre conscientes. Esta creación de riesgos no permitidos pero habituales, tienen en la práctica destinatarios recíprocos: a veces es un sujeto que somete a riesgos a los demás y otras es sometido.

Jakobs señala que en ámbitos como ese lo que existe es una habituación al riesgo independientemente del peligro estadístico de la conducta en sí. Dicha habituación es imprescindible para poder participar del tráfico. En consecuencia lo que exige este autor para afirmar el dolo es que, no sólo el riesgo creado conscientemente por el sujeto no esté permitido, sino que, además, sobrepase la medida de aquellos riesgos sobre los que existe una habituación social.

Schmidhäuser recurre a otra solución consistente en afirmar que en realidad lo que el autor hace es eliminar mentalmente la representación del peligro concreto o actuar confiando en que no va a pasar nada, lo que le hace perder la conciencia del peligro concreto. Sin embargo esta solución no serviría, al saber de Ragués y Vallés, para aplicarse en forma automática a todos los casos y no sirve si se demuestra que el conductor no eliminó mentalmente o simplemente no confió en nada, lleva a castigar al escrupuloso.

Por ello Jakobs intenta normativizar la cuestión señalando que *“el conocimiento del riesgo estadístico no es todavía relevante para el dolo y por mucho que conductores escrupulosos puedan llegar a determinadas representaciones sobre lo peligroso de su proceder en el caso concreto, dichas representaciones son irrelevantes para la imputación dolosa”*.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Jakobs, *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, pag. 327.

<sup>32</sup> Jakobs, *El delito imprudente*, pag 182

Según Ragués y Vallès lo que en realidad postula este autor es una presunción iure et de iure; ahí donde existe la habituación al riesgo debe partirse de que todos los sujetos que crean riesgos no permitidos sólo se representarán, a lo sumo, riesgos, estadísticos, pero nunca riesgos concretos. De esta presunción se deriva que nunca existe dolo en estos casos, aunque pudiera demostrarse que la representación del peligro concreto estuvo presente en la cabeza del autor.

Tampoco sirve para fundamentar la imputación dolosa las representaciones de fenómenos sobrenaturales o de riesgos permitidos por mucho que el sujeto las valore como peligrosas.

Herzberg, como vimos, sostiene que el dolo es un conocimiento de un riesgo a tomar seriamente en cuenta. Así, postula la teoría del peligro cubierto y la del peligro no cubierto, por lo que habrá imprudencia en el primero y dolo en el segundo. Se desprende de la apreciación del autor acerca de si lo consideró protegido o no.

Puppe por su parte, prescinde en buena medida del fuero interno del sujeto como realidad a la que debe atenerse el tipo subjetivo y plantea la cuestión del dolo como un problema eminentemente valorativo, aunque su propuesta no llega al extremo de formular un concepto objetivo del dolo. Propone la introducción del concepto peligro cualificado propio del dolo y peligro propio de la imprudencia y sostiene que es el derecho y no el autor el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo del cual es conciente el autor. Se imputará una conducta a título doloso cuando el autor realice una conducta que para una persona racional o respetuosa de las normas supone, como fórmula, que el resultado lesivo habrá de producirse o se puede producir. Se imputará dolo solo en el caso de que una persona que piense y actúe racionalmente situada en el lugar del autor, solamente podría haber actuado de esa forma si hubiera querido realmente el resultado o lo hubiera asumido. El dolo se imputará cuando el comportamiento represente un método idóneo para la causación del resultado bajo las circunstancias por el conocidas o aceptadas.<sup>33</sup>

### **d.3. ¿Cómo se constata prueba o imputa el conocimiento?. Psicólogos contra normativistas**

---

<sup>33</sup> Ragués y Vallès ob. citada, pag. 813

Ya hemos visto precedentemente que dos grandes teorías también se alzan en esta cuestión de cómo se accede al conocimiento.

Todas aquellas teorías que consideran que se puede ingresar en la mente del ser humano y reproducir de alguna manera cuál ha sido el nivel de conocimiento con el cual contaba el autor al realizar el hecho, denominadas psicologistas, sostienen que el dolo debe ser probado.

En las últimas décadas autores como Walter Kargl han postulado una redefinición del concepto de dolo que tome en cuenta las aportaciones de determinadas disciplinas científicas acerca de fenómenos psicológicos como el conocimiento o la voluntad. Todas ellas llevan a considerar que solo concurre dolo cuando se consigan averiguar determinados datos psíquicos que concurren en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico. Esto hace que la prueba se considere casi imposible, ya que no se aclara de qué manera se pueden constatar estas afirmaciones psíquicas del individuo, bajo qué métodos o exámenes y si además, existe uno que pueda ser aceptado por todas las teorías psicológicas. Por otro lado, no es posible garantizar que los resultados que puedan obtenerse recurriendo a las ciencias empíricas, a la confesión del imputado o a la prueba de indicios vayan a coincidir siempre, en todo caso, con la que fue realidad psíquica del sujeto activo en el momento del hecho.<sup>34</sup>

Todo esto es a juicio de las posiciones normativistas un sin sentido, toda vez que el dolo no es un objeto de la realidad que debe probarse que ha ocurrido, sino más bien una expresión de valoración respecto de una conducta determinada que en el mundo físico ha sido condición de un resultado. El concepto de dolo es una construcción efectuada desde la dogmática, sin referencia alguna a conceptos ontológicos y que en puridad conforma lo que se conoce como tipo subjetivo del delito. Sostener, por tanto, que una persona ha actuado en forma dolosa implica una valoración normativa de su conducta, una justipreciación que realiza el juez en un momento, indudablemente *ex post facto* y sobre la base de criterios axiológicos y positivos, respetando todas las prescripciones de cualquier rama del derecho que tenga influencia en el iter racional de asignación de una consecuencia jurídico penal a una determinada acción. Por ello, desde un punto de vista normativo, bien sostiene

---

<sup>34</sup> Ragués y Vallès, ob. citada pag. 520.

Laporta, que no puede haber otra salida que dejar de pensar en idioma probatorio y comenzar a hablar de subsunción y de estructuras lógico –formales que puedan llevar a tal resultado.<sup>35</sup>

El concepto de dolo, sostienen los normativistas, no tiene nada de ontológico, y por el contrario si mucho de normativo. Entender que un determinado hecho, luego de ser considerado por el ordenamiento legal como una conducta humana voluntaria, es doloso, es una cuestión jurídica y no fáctica. El dolo tiene un significado netamente jurídico y como bien sostiene Hruschka no se determina y prueba sino que se imputa, este es un juicio adscriptivo y no descriptivo<sup>36</sup>.

La única relación que tiene el dolo con lo ontológico viene dada por el acaecimiento de un determinado suceso. La determinación de los hechos y la subsunción son dos mundos absolutamente distintos que se erigen por reglas diferentes.

Pretender tratar al dolo desde una concepción psicologisista implicaría para estas teorías un gran retroceso en la ciencia penal ya que se estaría nuevamente llevando al dolo al terreno de los hechos. En la subsunción el dolo ingresaría entonces en el sistema de imputación ya determinado por un criterio psicológico imposible de verificar en realidad, puesto que las representaciones de un sujeto en un momento pasado son inabarcables e irreconstruibles. De esta manera, afirman, se corre un verdadero riesgo de crear presunciones de dolo, puesto que el método en la praxis para acreditar si una persona actuó con dolo –prueba de indicios, convicción judicial- es irrestricto, incontrolable y peligroso. Al saber de Vives Antón<sup>37</sup> resulta imposible sobre la base psicologisista, por un lado, reconducir a un género común las diversas actitudes internas de un sujeto que se incluyen tradicionalmente bajo la noción de dolo, como así también resulta casi imposible determinar en la mayoría de los casos cuando concurre y cuando no el elemento intelectual del dolo. Nótese en tal sentido que cuando se tiene que acreditar el conocimiento de los elementos normativos del tipo, mucho más en el caso de la leyes penales en blanco, se recurre a

---

<sup>35</sup> Laporta, Mario Hernán, ob. citada pags. 150 y stes.

<sup>36</sup> Hruschka, Joachim, "Sobre la difícil prueba del dolo", en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, traducción Sánchez Ostiz Pablo Thompson Aranzadi, Navarra, 2006, pag. 155, citado por Laporte en ob. citada pa.163.

<sup>37</sup> Citado por Martínez -Bujámn Perez, Carlos, en *Derecho penal económico, Parte General*, Tirant Lo Blanch; Valencia, 1998, pag. 167.

la conocida “valoración paralela en la esfera del profano”, con lo que se deja explícitamente de utilizar la concepción psicológica y se pasa a formas de atribución.

Por ello, debe quedar claro que, para los que se adscriben en las teorías psicologistas el dolo puede ser probado y para los normativistas puede ser imputado.

Para los primeros primará la convicción judicial para probarlo

Para los segundos dicha cuestión se normativizará, la cuestión será entonces la de estudiar sobre cuáles parámetros se hará y que principios deben sostener dicha normatización para no caer en un positivismo autoritario.

#### **d.4) El rol de la confianza en la no realización del tipo**

Según la teoría mayoritaria aquí planteada que entiende al dolo eventual como un *“conocer y querer los elementos objetivos del tipo”* la diferencia entre dolo eventual y culpa con representación se encuentra en que en la segunda se actúa confiando en que el resultado previsto como posible no va a acaecer.

Estas teorías volitivas entendían que la confianza o las esperanzas del sujeto en la no realización del tipo eliminaban el dolo porque excluían el elemento emocional-volitivo, ya que negaba el consentimiento o la aprobación del autor a la realización típica.

Sin embargo desde la óptica de autores cognitivos como Schmidhäuser se sostenía que la confianza sólo tendría relevancia si provocaba una eliminación mental de la eliminación del riesgo. Esta posición no convenció a la mayoría de los autores por lo que se fueron buscando otros tratamientos .

Uno de ellos consistió en considerar que la confianza sólo es relevante en la medida en que pueda llevar a que el sujeto deje de representarse correctamente el riesgo que está creando con su conducta. Sin embargo se consideró que no bastaba con un mero conocimiento de posibilidad sino que eran necesarias otras formas aparentemente más sofisticadas de conocimiento. En tal sentido Welzel y Stratenwerth esbozaron las ideas de “contar con la posibilidad “ y “tomarse en serio el peligro” respectivamente.

Por otro lado una segunda posición consideró que la confianza debe tener relevancia incluso en aquellos casos en que el sujeto no ha dejado de representarse un grado de riesgo que, de no mediar confianza, sería por si sólo suficiente para

fundar una imputación dolosa. El problema que parece surgir de estas posturas es la dificultad para deslindar la auténtica confianza (relevante) de las esperanzas (irrelevantes), cuando estos fenómenos dejan de encontrar su frontera conceptual en la repercusión que han tenido sobre el aspecto cognitivo del dolo y se vinculan a elementos pseudo volitivos como el “aceptar” o “conformarse”. Dentro de esta línea, algunas propuestas teóricas indican que para diferenciar confianzas de esperanzas deberá recurrirse a criterios de “racionalidad media” .

### **El contar con:**

Autores como Welzel sostienen que la imputación dolosa solo debe excluirse cuando el sujeto deje de representarse “correctamente” el riesgo de realización del tipo. Este autor parte de dos ideas básicas: cuando un sujeto cuenta con ciertas consecuencias concomitantes en el instante de actuar, abarca dolosamente su causación pues “tiene que haberlas querido realizar eventualmente si emprende la acción”; por el contrario su voluntad de realización no se extiende a aquellos resultados posibles con relación a los cuales el autor confía justamente en que no se produzcan. Pues quien al actuar confía en que no se produzcan tales resultados no los quiere realizar. Welzel añade que los conceptos de “contar con la producción del resultado” y “confiar en que no se realice” son complementarios y por lo tanto excluyentes. Para el contar con es necesaria la representación de un apreciable grado de peligro, no bastando representaciones de una mera posibilidad. La confianza de las meras esperanzas, como el querer del mero desear, se diferencian en función de si el sujeto se atribuye o no asimismo la posibilidad de tener alguna influencia sobre el curso de los acontecimientos venideros, es decir, se distinguen por la forma en cómo repercuten sobre el elemento del contar con”<sup>38</sup>

### **El tomar en serio**

En los años 50 Günter Stratenwerth formuló esta teoría. Sostiene que lo propio de la imprudencia consciente no es que el sujeto elimine mentalmente la representación del riesgo, sino que dicho sujeto “tome a la ligera” un peligro previamente reconocido. A contrario sensu lo necesario para el dolo eventual es que

---

<sup>38</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, 11º ed., trad. Bustos Ramírez y otro., ed. Santiago de Chile, pag. 84.

el sujeto tome en serio el riesgo que se representa. Evidentemente este tomarse en serio implica algo más que el conocer, implica que el autor atribuya una cierta entidad al riesgo que previamente ha conocido, lo que no excluye la posibilidad teórica que dicho sujeto por motivos irracionales juzgue poco relevantes riesgos que cualquier observador medio considere graves.

En la teoría de Stratenwerth la confianza del sujeto en el no acaecimiento del resultado es el polo opuesto a la situación en que el sujeto ha tomado el riesgo en serio, por lo que sólo concurrirán meras esperanzas irrelevantes cuando, pese a tomar el riesgo en serio, el autor no desee que se realice el tipo.

Ya a partir de los años cincuenta fue tomando cada vez más fuerza, y hoy podemos decir que es doctrina dominante en Alemania y España, las teorías que sostienen que el dolo eventual existirá cuando el sujeto además de conocer el riesgo de la realización típica, se conforme o se resigne con el resultado.<sup>39</sup>

Quienes sostienen dichas teorías entienden que la confianza elimina el elemento volitivo del dolo no el elemento cognitivo.

De todas formas, siempre será difícil establecer cuando se puede afirmar que ha existido confianza racional o cuando irracional. Algunos autores sostendrán que por más que parezca injusto si el sujeto confió irracionalmente que el resultado no se produciría eso elimina el elemento volitivo y no hay dolo.

Otros, por el contrario, trataron de encontrar límites objetivos a la confianza, exigiéndose que ésta deba ser racional para excluir el dolo, entendiendo que en caso contrario sólo habrá esperanzas intrascendentes. En ese sentido Luzón Peña ha sostenido que “la aceptación (o conocimiento o similares) no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho (...) sino que la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza minimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho”. Estas teorías volitivas están aceptando un elemento objetivo (confianza social media) para corroborar o no la existencia de dolo, dejando de lado lo que venían sosteniendo acerca de que la cuestión del dolo dependía de la vertiente interna del sujeto.

---

<sup>39</sup> Esta teoría encuentra incluso su plasmación legal en el § 5 del Código penal austríaco y fue también la empleada en el proyecto del StGB alemán de 1962 para definir el dolo eventual “& 16: actúa dolosamente quien lo que quiere es realizar el tipo legal, quien sabe o prevé como seguro que va a realizarlo, o quien tienen por posible tal realización y se conforma con ella”.

### **CAPITULO III**

### **a) EL DOLO EN LOS DISTINTOS TEXTOS LEGALES ACTUALES.**

Ya se ha señalado en el capítulo anterior que tanto el código penal alemán y el español si bien no ofrecen definición alguna de dolo, de los arts. 16.1 y 14.1 respectivamente, que regulan el error de tipo, se puede deducir el contenido del mismo.

En el mismo sentido se encuentran los códigos penales de Paraguay (art.18), esloveno (arts. 20 y 21), griego (arts. 30 y 31), polaco (28 y 29), portugués (art. 16 y 17), suizo (arts. 19 y 20).

Sin embargo, en el art. 5º inc. 1ro. del Código Penal austríaco se recoge una definición de dolo: *“Actúa dolosamente, quien quiere realizar un hecho que se corresponde con un hecho típico legal”*.

De igual forma, también es definido en el art. 43 del Código Penal italiano.

### **b) Antecedentes legislativos en nuestro país:**

El proyecto Tejedor (reconocidamente inspirado en el Código de Baviera) establecía en su artículo 3º : “Hay crimen cometido con dolo, cuando el agente se propone la realización del crimen proveniente de su acción, como objeto intencional de ella y a sabiendas de que la resolución tomada es ilegítima y punible”. Por su parte el proyecto de Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García se limitaba a ordenar en su artículo 3º que: “La voluntad criminal es la libre decisión de cometer un hecho delictivo”.

En el Código penal de 1886 se realiza un reconocimiento expreso de dolo como fundamento de uno de los modos de responsabilidad criminal, al sustentar dicha responsabilidad en la voluntad o intención, la que es denominada también como resolución (arts. 4,56 y 7). El art. 4º decía: “El que después de formar la resolución de cometer un delito, emprenda una acción susceptible de producir uno mayor o uno menor, será castigado como autor del delito realmente cometido no se le admitirá la excusa de que su intención fue solo cometer el menos grave. El art. 5 señalaba que: “Cuando por efecto del error.....no se le imputará el hecho como

voluntario, sino en consideración a la intención a la intención real que hubiese tenido”

Pero en la Ley de reformas de 1903, inspirada en el proyecto de 1891, se produjo una supresión casi total de las referencias relativas a las formas de culpabilidad derogándose los artículos 4, 5 y 7 antes mencionados y manteniendo vigente sólo el 6, que declaraba presumible la voluntad o intención criminal.

Siguiendo dicha tendencia, el Código penal de 1921 no dedica ninguna disposición a la voluntad criminal, al dolo o a su presunción.

Contra la mencionada postura adoptada por el Código penal de 1921, vigente al día de la fecha con las ya conocidas modificaciones, en la mayoría de las reformas presentadas se ha propuesto alguna norma en la que se ha definido o delimitado el dolo.

Prueba de ello puede mencionarse el Código penal de Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez presentado en 1937, cuyo art. 4<sup>a</sup> establecía en su primer párrafo “*El delito es doloso cuando el resultado de la acción u omisión que lo constituye responde a la intención que tuvo al ejecutarlo*”.

También tenía una definición de dolo el proyecto de reformas de José Peco presentado en 1941 (art. 7<sup>o</sup> inc. 1<sup>o</sup>: “El delito es doloso cuando el autor ejecuta un acto típicamente antijurídico, con conciencia, voluntad y representación del resultado que se quiere o ratifica” y el de 1951 preparado por Isidoro de Benedetti (art. 13: “*El delito será doloso cuando se cometiere consciente y voluntariamente o, si juzgándose sólo como posible su consumación se consintiere no obstante en ella para el caso que aconteciere*”.

De la misma forma en el proyecto de reforma de 1953 incluía una definición muy completa de dolo. El art. 33 señalaba “*El agente obra con dolo si habiendo comprendido la ilicitud de la acción u omisión, incurre en ella voluntariamente, así como también si se hubiese provocado un trastorno mental transitorio para cometer un delito. Cuando el delito se integre con la producción de un acontecimiento dañoso o peligroso, habrá dolo si además el agente: 1<sup>o</sup>) Quiso o aceptó el resultado de su acción u omisión 2<sup>o</sup>) Aun no queriendo ese resultado, lo aceptó al representárselo como consecuencia probable de su conducta. El resultado*

*meramente posible por el medio empleado u otras circunstancias objetivas, sólo será penado en los casos expresamente determinados por la ley”.*

En el proyecto de Soler de 1960 el art. 19 establecía “ *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”.*

El art. 19 del proyecto de 1973, preparado por Soler, Aguirre Obarrio y otros era casi idéntico al anterior y el art. 19 del proyecto de 1979 señalaba “*Obra con dolo el que, sabiendo lo que hace quiere de modo directo el hecho ilícito o asiente a su producción eventual* “.

Hoy se ha presentado un nuevo proyecto realizado por la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal (Res. M.J. y D.H. 303/04 136/05).

La particularidad que presenta respecto al tema que nos ocupa, es que en su artículo 33 se establece que : “***Hechos dolosos y culposos. Sólo son punibles las acciones u omisiones dolosas descritas en la ley, a menos que también se disponga pena para las culposas.*** “ y se introduce el concepto de culpa grave y leve, entendiéndose que concurre culpa grave cuando se ha infringido temerariamente el deber de cuidado, introduciendo riesgos importantes para la vida, la integridad física o la libertad, que se concretan en resultados altamente lesivos. La escala penal en estos casos se elevará en UN TERCIO (1/3) del mínimo y la MITAD (1/2) del máximo.

### **c) La doctrina nacional y el derecho vigente**

Nuestro código penal vigente no define expresamente el dolo, como lo hacen otras legislaciones o los proyectos de reforma ya citados, ni realiza ninguna referencia ex profeso al principio que establece que la imputación delictiva se debe realizar a ese título, salvo expresa consagración del tipo culposo. Por eso, los distintos autores han efectuado diversas construcciones sobre la definición de dolo.

1) La construcción sobre el art. 34, inc. 1º del Código Penal.

Todos los autores causalistas argentinos como Soler, Núñez, Fontán Balestra, Creus etc. han sostenido que la definición de dolo debe extraerse de la mencionada norma, porque en ella se establecen los requisitos para que una acción sea punible y

consisten en la capacidad de comprender la criminalidad del acto y la capacidad de dirigir sus acciones.

La única diferencia que se ha planteado entre los autores es que unos exigen que para que haya dolo deberán presentarse en forma conjunta ambas capacidades y para los otros pueden darse las dos posibilidades; es decir, que el sujeto actúe comprendiendo la criminalidad del acto y la dirección de su acción o bastará solamente que quien haya comprendido la acción obre sin dirigir específicamente la acción a un resultado expresamente propuesto (siempre que tuviera por supuesto la capacidad de dirigir la acción). Esto es lo que para Soler dará lugar al dolo eventual.

Por otro lado autores finalistas como Zaffaroni construyeron el concepto de dolo a partir del art. 42 del Código Penal en donde se desarrolla el concepto de la tentativa., que contiene un elemento subjetivo que es tomado como base para la definición de dolo que considera correcta.

Partiendo de la base que define al dolo como *la voluntad realizadora del tipo guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo para su configuración*<sup>40</sup>, critica la utilización del art. 34 inc. 1º para obtener la definición del dolo pues entiende que las tentativas de construirlo en virtud del art. 34 inc. 1ª eran sostenibles en las estructuras analíticas naturalistas neokantianas plegadas a la teoría del dolus malus. Por el contrario el toma como base la fórmula de la tentativa “*el que con el fin de cometer un delito determinado...*”.

Por otro lado, Enrique Bacigalupo construyó el concepto de dolo a partir de dos normas del Código penal, una del ellas el art. 34 inc. 1º, en donde encuentra sentado el elemento cognitivo, por cuanto excluye la penalidad de quienes no hayan tenido un conocimiento correcto de los hechos que estructura el tipo respectivo (error o ignorancia de hecho); por otro lado indica que el elemento volitivo estaría dado en el art. 81, inc. 1º (homicidio preterintencional) cuando se refiere al primer tramo doloso de la figura de ese carácter en los siguientes términos: *con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud*<sup>41</sup>. Con posterioridad cambió su postura en cuanto a la definición y contenido del dolo, lo que ya he adelantado anteriormente.

---

<sup>40</sup> Zaffaroni, Eugenio, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As. Junio 2002, pag.519

<sup>41</sup> Bacigalupo, Enrique *Culpabilidad, dolo y participación*, Buenos Aires, Alvarez, 1966, pag. 49/50.

## CAPITULO IV .

### LA CULPA.

**Concepto. Breve descripción de la estructura del tipo culposo. Clases admitidas. Culpa por representación o consciente y culpa sin representación o inconsciente.**

Maurach afirma que las acciones punibles dolosas y culposas solo tienen en común un concepto de acción y la referencia a la misma norma.

Los causalistas entendieron en un principio que bastaba una voluntad sin finalidad, la relación de causalidad y el resultado lesivo para que hubiera tipo culposo. Sin embargo el finalismo entendió que la acción tanto dolosa como culposa tenían en común la finalidad, ambas eran conductas finales.

Las valoraciones jurídico-penales subyacentes conducen a una distinción definitiva entre ambas categorías delictivas. Aunque ambas presuponen los mismos elementos delictivos generales de los dolosos (tipo, antijuricidad, etc) los contenidos particulares son distintos y dentro de ellos se discuten distintas variables, que si bien no son el objeto de este trabajo, resultan necesarias mencionar porque hacen a las conclusiones a las que se llegue.

Algunos autores, entre los que nombraré a Zaffaroni, distinguen dentro de la tipicidad una objetiva y la otra subjetiva.

Sin entrar a desmenuzar esos contenidos particulares se puede señalar, que dentro de la tipicidad objetiva exigen la violación a un deber de cuidado, una relación de causalidad entre ella y el resultado o mutación física ocurrida y una relación de determinación entre ambas.

Por su parte dentro de la tipicidad subjetiva exigen la voluntad de realizar la conducta en la forma elegida y la previsibilidad de la producción del resultado típico que se distinguirá en la culpa consciente como previsión y rechazo de la posibilidad y en la inconsciente como posibilidad de prever el resultado y no hacerlo.

Se distinguen dos clases de imprudencia. La consciente y la inconsciente.

Según Roxin se dará la imprudencia inconsciente cuando el sujeto “no advierte la realización de un tipo” y la consciente cuando “ considera posible que

realice el tipo legal”, pero no obstante “actúa en la confianza de que no lo realizará”.<sup>42</sup>

La diferencia entre ambas clases de imprudencia no reviste para este autor mayor significancia, ya que el legislador no prevé para ellas distintas consecuencias jurídicas. Sin embargo la imprudencia consciente o con representación merece mayor castigo que la inconsciente y eso se resuelve en la medición de la pena.

El problema, como ya se dijo, y que constituye el objeto de este trabajo es su diferenciación con el dolo eventual., el que se enciende vivamente cada vez que la sociedad está frente a casos paradigmáticos que muchos jueces consideran como culposos cuando parte de la doctrina opina lo contrario y el común de la gente también.

Evidentemente considero que ese debe ser un detonante importante y que revela que hay algo en la estructura básica de estas dos formas de culpabilidad que no funciona bien, que falta o que sobra.

El derecho penal no es algo que se encuentre fuera de la sociedad, sino que es un producto de esta creado para atender necesidades de los ciudadanos a los que sirve. Lo que no puede pretenderse es que el derecho penal utilice criterios que la sociedad juzgue anómalos, de lo contrario será visto como un mecanismo inútil y de represión innecesario. Tampoco debe responder a intereses arbitrarios o salirse de los más elementales derechos individuales. Debe actuar como una balanza entre el garantismo y el eficientismo penal, demostrando que uno no importa la negación del otro.

Por ello, la importancia de clarificar esta diferencia, si es que las hay, entre dolo eventual y culpa con representación, resulta de fundamental importancia porque el legislador ha previsto en los textos legales de fondo consecuencias penales muy disímiles para las acciones cometidas con dolo y con culpa.

Un rápido análisis de cualquiera de los códigos penales vigentes demostrará que el legislador ha entendido que los hechos cometidos en forma dolosa recibirán un castigo muy superior a los que han sido cometidos en forma culposa. Es más, la ausencia de dolo en muchas figuras lleva a la inexorable consecuencia de atipicidad de la conducta, pues no se ha previsto figura imprudente.

---

<sup>42</sup> Roxin, ob. citada, pag. 1019.

Una adecuada comprensión del dolo como infracción penal exige justificar el por qué de su pena agravada con respecto a la imprudencia y la respuesta que se obtenga será fundamental para efectuar consideraciones acerca de qué debe entenderse por hecho doloso y qué por hecho culposo.

Resulta indiscutible que la gente no valora de la misma manera un hecho realizado intencionadamente que inconscientemente o descuidadamente. Así, cuando la muerte de una persona es el resultado de una actuación consciente e intencionada, su causación se atribuye esencialmente a quien ha llevado a cabo tal comportamiento. El es el único culpable. Pero cuando la misma se lleva a cabo en virtud de una actuación negligente, sólo se considera parcialmente la obra del autor, pues desde una perspectiva social se entiende que en el caso concreto ha entrado a jugar un mayor o menor grado de infortunio, que permite juzgar al sujeto de manera más condescendiente, ya que a todos nos puede pasar. Se vislumbra que toda víctima parece más dispuesta a perdonar al autor culposo que al doloso. Resulta claro que existe un mayor disvalor en la conducta del autor doloso. La gente juzga de distinta manera ambas conductas pues sabe que, sin la más mínima intención de apartarse del Derecho puede incurrir algún día en un descuido y encontrarse en esa situación. Además el causante del resultado se encuentra expuesto a ser, a la vez, víctima de sus propios actos, en la medida en que la causación de consecuencias que no ha querido, o ni siquiera ha previsto, puede resultar desagradable incluso para él mismo.<sup>43</sup>

En la antigüedad se explicaba la diferencia de pena entre dolo y culpa *a partir de la especial maldad* del autor doloso. Robert Von Hippel vinculaba el reproche más grave del que se hacía acreedor el autor doloso al egoísmo mostrado por éste que anteponía sus propios intereses a los bienes jurídicos penalmente protegidos. Aunque esta teoría sea correcta para describir una determinada valoración social no lo es a los fines de explicar según una perspectiva *preventiva* de la pena el por qué de una sanción distinta para la comisión de un tipo doloso de otro culposo ni cómo este mayor castigo tiene que generar determinados efectos beneficiosos para el futuro de la colectividad o del propio sujeto (fines preventivos especiales o generales de la pena).

---

<sup>43</sup> Jakobs, *El principio de culpabilidad*, trad. Cancio Meliá, en Estudios de Derecho Penal, pag. 367.

Otra teoría sustenta la idea que el autor doloso merece una pena más grave que el imprudente porque al primero le fue más fácil *evitar la realización del tipo*, toda vez que el primero sabe lo que está haciendo y el otro no. Es similar al anterior, quien no evita lo que puede evitar demuestra una mayor maldad, ya que sabe lo que hace y quiere hacerlo. Esto se ha visto reflejado en la mayor tasa de reincidencia de los autores dolosos que culposos, pero obviamente tampoco es un criterio que pueda absolutizarse ya que, muchas veces el autor doloso comete sólo una vez un hecho disvalioso y por determinadas circunstancias, en cambio, el imprudente sigue actuando con desenfado o negligencia.

Una tercera posición explica la mayor punición en que los hechos dolosos expresan una decisión del autor contra los bienes jurídicos que no concurren en los delitos imprudentes. También es similar a la anterior. Quien se decide contra los bienes jurídicos muestra una mayor maldad o insensibilidad y por este motivo, debe ser castigado más brevemente.

Otras teorías afirman que la justificación de mayor pena radica en la idea de que el hecho doloso comporta una mayor peligrosidad para los bienes jurídicos, lo que tampoco es así, porque las grandes catástrofes cuando no obedecen a hechos naturales se deben a hechos imprudentes, lo que justificaría, entonces, una igual pena.

Otra posición, sustentada por Günther Jakobs (prevención general) señala que el sujeto que actúa dolosamente realiza una conducta más necesitada de réplica por parte del ordenamiento jurídico, pues desde un punto de vista del significado social, dicho sujeto ha negado con su comportamiento la vigencia de la norma infringida ante la colectividad, algo que no puede afirmarse del hecho producido negligentemente. Ej: la norma dice “no debes matar” el autor doloso dice: “Si, se puede matar”.. El que actúa de manera imprudente no pone en tela de juicio la vigencia de la norma ya que su accionar se debió a un descuido. El imprudente no conoce de manera precisa qué peligros está creando con su accionar, de tal modo que corre un riesgo netamente superior de padecer una poena naturalis, esto es, de que las consecuencias de su comportamiento descuidado se vuelvan contra él o le resulten totalmente desagradables.

Lo que pretende explicar Jakobs es que el sujeto que actúa imprudentemente niega la vigencia de la realidad y por tal razón se conduce irremediamente al fracaso. El autor doloso, por el contrario, lo que niega es la vigencia de la norma. Para que éstas triunfen debe hacerse fracasar al autor doloso en su accionar y la pena actúa en ese sentido, mostrándole a los demás que el comportamiento de aquél conduce al fracaso (fin preventivo general). Por el contrario, al autor imprudente basta con aplicarle en ciertos casos una pena menor, simplemente para garantizar los estándares objetivos de peligro.

## CAPITULO V

### POSICION INTERMEDIA ENTRE EL DOLO Y LA CULPA.

#### La recklessness:

En el derecho anglosajón se distingue una tercera posición entre la *intention* (concepto equiparable a nuestro dolo directo) y la *negligence* (imprudencia consciente) que se denomina *recklessness*. Esta 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 posible.

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*.

La determinación acerca de que una conducta objetivamente peligrosa lleva como inherente un riesgo injustificable de causar una lesión a un bien jurídico, no es aún suficiente para afirmar su presencia. Se requiere, además, examinar la actitud del sujeto al momento de llevar a cabo la conducta peligrosa. El autor puede en ese momento haber conocido el riesgo, puede no haber considerado si lo había, o puede haber decidido que no lo había pese a haberlo considerado. Solo la tercera conducta no sería considerada *recklessness*. Las dos primeras si, siendo la primera denominada *Cunningham recklessness* (descuido subjetivo) y *caldwell o Lawrence recklessness* (descuido objetivo).

Se critica a quienes han intentado fijar una tercera forma de culpabilidad entre el dolo y la culpa en nuestro derecho continental, como Eser y Weigend<sup>44</sup> apoyándose en la idea del derecho anglosajón de la *recklessness*, toda vez que si bien implicaría una clara simplificación en la aplicación del Derecho presupondría una revisión de toda la parte especial por lo que posee escasas posibilidades de hacerse realidad. Asimismo, autores como Roxin indican que se igualaría la diferencia cualitativa que existe entre la decisión en contra del bien jurídico protegido y la confianza negligente en su conservación por lo que no lo recomienda.

Días Pita<sup>45</sup> la 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 si como posible, la realización típica, y a pesar de este riesgo, lleva a cabo la acción.

Implicaría en nuestro 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 cognoscitivas.

---

<sup>44</sup> Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Ed Civitas, pag 447.

<sup>45</sup> Díaz Pita, María del Pilar, Dolo eventual. pag. 257.

## **CAPITULO VI**

### **CASOS PARADIGMÁTICOS. ¿SON DOLOSOS O CULPOSOS?**

**Caso 1.** Muertes como consecuencia de “picadas” en la vía pública. Sebastián Cabello.

Conforme se desprende del fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal 30 de la ciudad de Buenos Aires el 30 de agosto de 1999, cerca de las dos de la madrugada, Sebastián Cabello corrió con un Honda Civic de propiedad de su padre, una picada antinormativa<sup>46</sup>, a velocidad antirreglamentaria<sup>47</sup>, mínimo de 137,65 km. por hora junto a otro vehículo (que habría sido un BMW) por la Avda. Cantilo, de la ciudad de Buenos Aires. En ese contexto embistió por detrás a un Renault 6 en el que circulaban –a menor velocidad y con las luces reglamentarias encendidas- Celia. E. González Carman (de treinta y ocho años de edad) y su hija Vanina Rosales de –tres años de edad-, produciéndose la muerte de ambas por carbonización a consecuencia del incendio inmediato que causó el impacto. En el asiento del acompañante del Honda Civic, que conducía Sebastián Cabello, se hallaba Daniel C. Pereyra Carballo, que sufrió lesiones leves y acerca de quien se estimó demostrado que, al igual que Sebastián Cabello, aceptó el riesgo de correr la picada. Además se consideró probado que al momento del hecho la visibilidad era excelente, que Sebastián Cabello, decidió correr la picada sin que hubiera otros motivos de apuro y que éste, (dada su educación, conocimientos, volición y lucidez) se representó el resultado, es decir, el fallecimiento de dos personas, como posible consecuencia de su participación voluntaria en correr una picada, que optó por ese comportamiento al resultarle indiferente el prójimo y los resultados que –previamente – despreció y asumió. En el fallo, también se demostró y se tuvo en cuenta que luego del hecho Sebastián Cabello se preocupó solo por los daños de su rodado Honda Civic y no por las víctimas.

---

<sup>46</sup> Art. 78 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (LA 2001-A-570) “Carreras en la vía pública: participar, disputar u organizar competencias de destreza o velocidad con vehículos motorizados en la vía pública, violando las normas de tránsito”.

<sup>47</sup> La ley de Tránsito (ley 24.449 –LA 1995-A-72- en su art. 51, ap.2, prescribe un límite máximo de velocidad precaucional en 60 km. por hora dentro de la Capital Federal. Por otro lado en la Avda. Cantilo el límite máximo de velocidad estaba fijado, a la fecha del suceso, en 80 km. por hora.

**Caso 2:** Una persona muere como consecuencia de contraer el virus del SIDA por haber mantenido relaciones sin protección con otra infectada, una sola vez, que no le hizo saber esa circunstancia, conociendo perfectamente su condición de portador (mediante la clara y precisa información brindada por su médico) y del alto riesgo de contagio que tenía si no usaba preservativo. A pesar de ello y de ser conocedor que de esa acción podía devenir el contagio y la eventual muerte de su pareja, mantuvo igual relaciones sin protección .

**Caso 3** Un perro muerde a su propia dueña y después a un niño que transitaba por la calle. Se sospechó que el can estaba rabioso pero antes de que viniesen a llevarse al animal para el correspondiente examen, su propietaria lo mató a escondidas, enterrándolo en su quinta y lo reemplazó por otro de la misma raza y tamaño, que fue el que examinaron las autoridades sanitarias. Como la exploración fue negativa se interrumpió el tratamiento preventivo del menor en el Instituto Pasteur; pero la dueña del perro (conocedora de ello y celosa de su secreto) prosiguió el tratamiento inmunizador contra la rabia, indiferente a la suerte de la otra víctima, que falleció pocos días después atacada del terrible mal..

**Caso 4** Una empresa larga humo de sus chimeneas y los vecinos del lugar le advierten en reiteradas oportunidades que el mismo es perjudicial para su salud, con exámenes médicos que denotan las enfermedades respiratorias de las que son víctima, como así también cómo se tiñen las prendas lavadas mientras se secan al aire libre. Los dueños de la empresa reconocen lo ocurrido, les pagan los estudios médicos y los daños ocasionados en las prendas de vestir pero nada hacen sobre la emanación de esos gases. Con el tiempo los daños en la salud de los vecinos se agrava y también los daños en las cosas.

**Caso 5:** El caso de los mendigos rusos. Unos mendigos de esa nacionalidad mutilaban niños para dar lástima y que les den limosna. Varias criaturas al ser mutiladas perdían la vida. Ellos no querían su muerte, porque además no les servía.

**Caso 6:** Un individuo convence a un amigo suyo para que le preste una elevada cantidad de dinero, afirmando que va a invertirla en un negocio muy rentable de fabricación de maquinaria que, en realidad, no existe. Su verdadera idea es destinar el dinero a la compra

de décimos de lotería, y con las ganancias que confía obtener, no sólo piensa resarcir a su amigo, sino lucrarse también el mismo. Si, como parece lo más probable, se pierde todo el dinero ¿se está ante la comisión dolosa de una estafa?”

### **Caso 7: Omar Emir Chaban**

Se le reprocha en el auto de procesamiento apelado que en su calidad de organizador de eventos musicales y explotador comercial y responsable del local denominado República Cromañón, organizó el recital de rock del grupo Callejeros del 30 de diciembre de 2004, provocando, con acciones y/u omisiones, la muerte de 193 personas y diversas lesiones a varios centenares más, hechos imputados por dolo eventual (artículo 79 del Código Penal).

La defensa cuestionó la calificación señalando que no era la correcta, ya que la máxima imputación que se le podía realizar era a título imprudente.

La Cámara del Crimen confirmó el auto de procesamiento pero modificó la calificación señalando que debía descartarse la figura descripta en el artículo 79 del Código Penal y debía aplicarse al caso la del artículo 186 inciso 5º, es decir, la del incendio doloso agravado por el resultado de muerte, siendo la especie que concurre en el caso la del dolo eventual, en calidad de autor (art. 45, C.P.).

## CAPITULO VII.

### CONCLUSIONES:

**a) El por qué de tanta discusión doctrinaria. En qué radica el problema? No es en realidad una discusión de política criminal.? La diferencia punitiva entre dolo eventual y culpa con representación no es demasiado amplia? No es esa la base encubierta de tanta discusión doctrinaria o es un problema de dogmática puro?**

Evidentemente, si la discusión doctrinaria sobre la diferencia entre dolo eventual y culpa con representación, si es que la hay, ha tomado dimensiones tan importantes, es porque obedece a las diferencias punitivas que acarrea la calificación de una conducta en una u otra modalidad delictiva. Si no fuera así, el debate sólo sería académico y de menor importancia práctica. Debemos reconocer que si el mismo ha tomado la entidad de la cual hoy goza, es porque se ha producido una distorsión entre lo que la doctrina y la jurisprudencia penal sostienen y lo que la sociedad demanda.

Esto es así por cuanto el debate sobre las diferencias existentes entre una u otra modalidad delictiva se reavivan cuándo se generan resoluciones judiciales conflictivas o casos paradigmáticos. La sociedad considera que no es justo que se castigue al infractor con la escasa sanción punitiva de un delito culposo en lugar de con la pena de un delito doloso. A la población no le preocupa si el nombre técnico es dolo o culpa, sino lo que recibirá el autor como paga por el hecho cometido.

Bien lo ha dicho Hassemer<sup>48</sup> que quien no pueda contestar a la pregunta sobre por qué razón se castiga de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente “no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables” .

La sociedad cuando se encuentra ante resultados desfavorables no juzga de la misma manera a quien los ha cometido sin conciencia o debido a su infortunio, que a quien sabía lo que hacía o quería el resultado. Pero a esto que parece sencillo se le suma el escollo que proviene del análisis más fino, que tienen lugar cuando la gente empieza a cuestionar las situaciones medias que conforman la frontera existente entre el dolo eventual y la conocida culpa con representación, diciendo, pero.... ¿cuánto sabía y quería?, ¿no podía

---

<sup>48</sup> Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1990, pag. 915 (citado por Ragués Vallès, ob. citada, pag.33).

prever el resultado?, ¿no es harto conocido por todos que ese resultado se hubiera producido igual si hubiera extremado los recaudos necesarios?, ¿esa actitud del sujeto tan desaprensiva no implica desinterés? ¿ese desinterés no es equivalente a un querer? ¿importa ese querer si sabía (y cualquiera podía saberlo) que ese resultado se produciría?

Todos estos interrogantes y muchos más han estado poniendo de manifiesto que lo que se ha entendido por dolo en la doctrina mayoritaria merece ser cuanto menos cuestionado, toda vez que si dolo es conocer y querer las circunstancias del tipo objetivo, deberá probarse o acreditarse que el sujeto, además de conocer, quería, y ese querer, tal como se verá más adelante, no va a estar presente en todas las clases de dolo.

Esa definición tradicional de dolo es la responsable, no la única, de la discusión que se suscita entre sociedad y doctrina y por suerte, también entre los doctrinarios entre sí, porque a partir de ella es donde se verá la grieta del sistema, que no parecerá advertirse cuando hablamos de dolo directo de segundo grado pero sí en el dolo eventual y la culpa con representación.

Por eso, considero que si bien el problema tiene una fuerte raíz de política criminal, pues lo que le interesa a la ciudadanía son las injusticias que parecen producirse ante la falta de sanción punitiva o de adecuada punición de determinados comportamientos, debe entenderse también que es un problema dogmático y para ello debemos poder definir con precisión el concepto de dolo.

**b) El concepto de dolo. ¿Cuáles son sus elementos? ¿Voluntad y conocimiento o sólo conocimiento? ¿Qué papel juega la confianza en la no realización del tipo?. ¿Es un componente que obnubila la voluntad o el conocimiento?**

Ahora bien, a esta altura de la investigación y después de efectuar un amplio y pormenorizado recorrido histórico sobre lo que se ha entendido y se entiende hoy por dolo, para poder así, llegar a evaluar con mayores fundamentos el problema que aquí nos ocupa, que no es otro que el del dolo eventual y sus diferencias, si es que las hay, con la culpa conciente o con representación, y analizadas también las teorías que han intentado dar respuesta a este preciso entuerto, entiendo que estamos en condiciones de efectuar las primeras críticas, todo ello con el objetivo final de llegar a ofrecer una respuesta que se ajuste con los más elementales valores de justicia.

En primer lugar y como ya lo señalé, considero indispensable poner en tela de juicio el concepto de dolo que sostiene la doctrina mayoritaria, entendido como “*el querer y conocer los elementos del tipo objetivo*”, y someterlo al análisis necesario que permita dilucidar si puede dicha definición captar o englobar las distintas formas de dolo, es decir, si puede actuar con la esperada relación de género a especie con cada una de ellas; si se ajusta a los textos legales actuales y si permite explicar por qué los delitos dolosos merecen más pena que los culposos.

Sobre el primer punto debemos preguntarnos si existe algún denominador común entre las distintas clases de dolo y en su caso cuál es, el punto indispensable para poder comenzar a definir al dolo.

Por las razones que a continuación esbozaré adelanto que el único elemento común a las tres formas de dolo reconocidas por la doctrina es el aspecto cognitivo .

En el desarrollo de este entuerto considero necesario previamente efectuar algunas consideraciones. ¿Cuál es el concepto de definición.?

Definición, es la acción y efecto de definir. Definir es fijar con exactitud y claridad el significado de una palabra o la naturaleza de una cosa.<sup>49</sup> Si el dolo es el género y sus clases son sus especies, estas deben ser lo mismo que el género y deben aportar una característica distinta. La definición de dolo tradicional, no puede hacerlo.

Se afirma con convicción que el dolo tiene dos elementos, uno cognitivo y el otro volitivo. El autor debe conocer la realización típica y quererla. Este querer es señalado por la doctrina mayoritaria como un elemento adicional a la propia voluntariedad de la acción. Esta voluntad, inseparable de la acción, es aquella indispensable para que se considere que existe infracción penal, es toda acción u omisión voluntaria, pero nunca lo es un pensamiento.

Razones esenciales de un derecho democrático en el que los sujetos deben ser castigados por lo que hacen (derecho penal de acto) y no por lo que son (derecho penal de autor), indican que toda imputación penal debe ser el comportamiento de un ser humano en un momento preciso de su existencia.

Los causalistas consideraban a la acción como un movimiento corporal dependiente de la voluntad, que produce un determinado resultado, es decir, un cambio en el mundo

---

<sup>49</sup> Diccionario de la Real Academia Española...

exterior y los finalistas que era un ejercicio de la actividad final. La divergencia entre ambas escuelas giraba en torno a la determinación del elemento hacia el cual se dirige la voluntad del autor, para unos, bastaba que la voluntad del agente estuviese referida al mero movimiento corporal y para los otros que la voluntad estuviese dirigida a la consecución del resultado. De todas formas, ambas escuelas sabían que ante todo debía evaluarse si había o no había acción.

Para realizar ese análisis de la acción lo que se considera no eran todas aquellos elementos que caracterizan un comportamiento humano, sino los que le permiten cumplir la función de delimitación de los comportamientos que pueden ser relevantes para el derecho penal de aquellos que no lo son. El concepto de acción está limitado a establecer un mínimo común denominador para cualquier modalidad delictiva, sea comitiva u omisiva, dolosa o imprudente.

Bacigalupo y Righi sostienen con precisión *“que hay acción cuando lo que se verifica es un comportamiento exterior evitable”*. Como se adelantó, el comportamiento descarta los pensamientos y se da como acción (cuando el sujeto interviene procurando modificar una situación de hecho, para producir un resultado valorado negativamente por el derecho) y como omisión (cuando falta la voluntad de modificar, porque el acontecer por sí mismo desembocará en el resultado deseado, supuesto en el cual se ha ordenado actuar para evitarlo).

Si consideramos evidente que son acciones los comportamientos que el sujeto ha podido dominar, surgen o nacen otras definiciones de dolo y de culpa en las que no se exigirá o analizará el querer o no querer. Habrá dolo cuando el sujeto haya podido dominar el suceso dirigiéndolo conscientemente hacia un resultado y culpa cuando solo lo ha dominado.

La acción, si bien es posterior al conocimiento, a lo sumo es concomitante a él, se analiza, por razones de técnica jurídica, antes de la evaluación de si fue realizada con o sin conocimiento. Esto es así porque el juez lo que tiene ante sus ojos es la denuncia de un hecho que ocurrió y las consecuencias que produjo. Una vez que ese hecho le es atribuible a un autor determinado, el magistrado lo primero que debe analizar es si el mismo fue producto de un acto voluntario o si fue cometido por causas que excluyen esa acción y que

son de relevancia para el derecho penal. Si se descarta esta voluntariedad el expediente se archiva y no se pasa a analizar otros estadios (tipicidad, antijuricidad etc.).

Por eso, debe quedar bien en claro, que no se está negando que el dolo es producto de una acción voluntaria, porque eso sería una insensatez y un sin sentido. Solo se está afirmando que la voluntariedad debe ser evaluada en la acción y no en el dolo. Éste es la consecuencia de una acción voluntaria que se realizó conscientemente, es decir, sabiendo lo que se estaba haciendo.

En nuestro derecho vigente son causas de exclusión de la acción : 1) la fuerza física irresistible (art.34, inc. 2°), 2) los actos reflejos y la inconsciencia absoluta (art. 34 inc. 1° del C.P.)

Si los comportamientos que se realizan en forma voluntaria, es decir, sin que sean producto de una fuerza física irresistible, un acto reflejo o un estado de inconsciencia absoluta, necesitan un plus de subjetividad, un querer, una ratificación etc. deberá precisarse en qué consiste ese plus, si está presente en todas las clases de dolo y en que se diferencia con la voluntariedad propia de la acción.

Las teorías de la voluntad, como ya se ha señalado, consideraban necesario que para que haya delito doloso el autor además de representarse el resultado como posible lo haya querido.

Como la debilidad de ese querer quedó inmediatamente plasmada ya que no siempre el sujeto, en el sentido literal del término, deseaba el resultado, o le era indiferente o lo aborrecía, pero igual realizaba la acción que se había representado como probable lesionadora de un bien jurídico, se comenzaron a esbozar ampliaciones o reformulaciones del concepto “querer”, señalando que también quería el sujeto que después de haberse representado el resultado como posible; *hubiera estado de acuerdo* con la realización del tipo (einverstanden sein), *lo hubiera ratificado* (genehmigen), *se hubiera resignado a ella* (in kauf nehmen), *hubiera estado de acuerdo con ella* (zustimmen), *la hubiera consentido* (einwilligen), *la hubiera aprobado* (nilligen), *dado por buena* (Gut heißen), *contado con ella* (rechnen mit), *incluido en sus objetivos* (in seinen Zweckeinschliessen) o *ambicionado eventualmente* (eventuellerstreben).

De todas estas expresiones las que predominaron fueron las de “aprobar” y la de “consentir”. Así, ese querer original se convirtió en un querer en sentido jurídico, en un

aprobar, en un consentir, en un resultarle indiferente el resultado etc. Dichas formulaciones se mostraban artificiosas y se imputaban, como bien señaló Puppe, de manera normativa en el dolo directo de segundo grado y en el eventual, cuando en el dolo directo de primer grado esa voluntad era una clara imputación de corte psicologista y constituía una verdadera actitud interna del sujeto.

Más allá de esa ficción, a mi juicio innecesaria, de exigir un elemento subjetivo adicional a la propia voluntad conciente realizadora del tipo para constatar el dolo, tal vez fácil de constatar en el directo de primer grado, imposible en el dolo directo de segundo grado (el sujeto solo quería el resultado concomitante, no el principal, por ello debía recurrirse a la ficción de que aquí el querer es un “aprobar”, es un “no importarle”, un “actuar igual”, un “decidirse en contra del bien jurídico”) y muy difícil en el dolo eventual, fue precisamente en este último en donde la avería de ese sistema se vio en su máxima expresión, ya que al afirmarse que la diferencia existente entre una acción cometida con dolo eventual y otra cometida con culpa con representación, radicaba, en que si bien en ambos supuestos se representaban como probable o posible la comisión del tipo, en el primero, no existía una confianza de evitar el resultado y en el segundo sí; se perdía toda lógica jurídica y se atentaba contra los más elementales derechos de justicia y racionalidad.

Ya Von Liszt había señalado *“designar como “querer” el resultado no deseado y hasta “desagradable” supone violentar el lenguaje corriente.*<sup>50</sup>

Llegados a este estadio parece difícil negar que el elemento volitivo no esté en todas las clases de dolo conocidas. Así, mal puede decirse entonces que es un elemento del dolo, solo parece ser una característica del dolo directo y aún así, muy difícil de precisar.

Ninguna de las teorías de corte volitivo que se fueron esbozando a lo largo del tiempo pudieron, a mi juicio, demostrar en qué consistía ese elemento.

Las teorías de la aprobación o del consentimiento no pudieron demostrar en muchos casos que el sujeto hubiera querido el resultado producido, aún cuando nadie hubiera podido negar que esas conductas eran acreedoras de un castigo doloso. Ese querer como desear pasó a ser un querer relacionado a cualquier relacional emocional.

A modo de ejemplo, si bien Roxin señaló que los empeños por suprimir totalmente el elemento volitivo-emocional del dolo estaban condenados al fracaso, cierto era que no

---

<sup>50</sup> Von Liszt, Tratado, tomo II, pag. 410 (nota 2).

pertenecía al dolo ninguna aprobación en el sentido de que el sujeto debía considerar deseable el resultado. Tampoco le debía ser exigible una actitud sentimental de indiferencia frente a la producción del resultado, pero indicaba que lo importante era la decisión contra el bien jurídico.

Esa decisión, a la cual se suman bastantes juristas<sup>51</sup>, a mi modo de ver se encuentra ínsita en la propia voluntad de actuar sabiendo lo que se hace. Resulta una redundancia sin mayor necesidad. Quien actúa voluntariamente afectando un bien jurídico sabiendo que lo está haciendo, ya se ha decidido en su contra.

Pero más allá de esta disquisición, a esta teoría -al igual que todas las demás de corte volitivo-, y después se verá también que esto sucede con las de corte cognitivo, le será muy difícil acreditar que el autor del hecho delictivo se decidió en contra del bien jurídico; porque el error estará en entender que el dolo representa fenómenos internos o psíquicos del individuo que el juez deba probar, tema que abordaré más adelante.

Entiendo que, como la mayoría de la doctrina fue advirtiendo esta situación fue recurriendo a parámetros objetivos para salvar esta circunstancia.

Así, Díaz Pita ha señalado que frente al problema de la inaccesibilidad de la constatación empírica del suceso cognitivo por parte del juez, se hace necesario acudir a aquello a lo que sí un jurista puede tener acceso; los datos externos, los indicadores, el suceso desarrollado en el mundo exterior. Por ello quienes sostuvieron esta teoría consideraron que la única forma de acreditar el dolo era, frente al caso concreto, recurrir a una serie de indicadores objetivos como; la no exteriorización de una voluntad de evitación; el grado de peligrosidad objetiva de la acción; la circunstancia de si el sujeto tenía algún motivo para conformarse con el resultado; la mayor o menor capacidad para comprender la situación que demuestre el autor; el plan que ha existido respecto del hecho cometido; la complejidad o simplicidad de la situación; el tiempo en que se desarrollaron los acontecimientos; el necesario para percibir el peligro; la habituación al riesgo etc.

Como consecuencia de ello lo que sí se puede advertir claramente es que todas estas teorías volitivas que comenzaron apoyándose en criterios netamente psicologistas, pasaron a invocar aspectos objetivos o indicadores externos para deducir la presencia de

---

<sup>51</sup> Díaz Pita, Hessemer, Luzón Peña etc.

dicho aspecto en el dolo. El querer era “probado” mediante criterios objetivos externos al autor.

Más allá de esta situación compleja y confusa y adentrándonos ahora en los propios tipos penales en sí, tampoco se advierte cuál es el papel que juega el llamado elemento volitivo en alguno de ellos. A modo de ejemplo se puede citar el hurto, en donde el autor se apodera de una cosa que sabe que es ajena o en los abusos sexuales en donde el sujeto efectúa tocamientos a una menor sabiendo que lo es. ¿Cuál es el rol del querer en dichos tipos?.

De igual forma, en el campo del derecho penal económico, se ha sostenido la necesidad de dar por tierra con la pretensión de un elemento volitivo en el ámbito de la imputación subjetiva, no sólo por motivos sistemáticos, sino, además, por los insatisfactorios resultados a los que se llega usualmente en la práctica jurisprudencial cuando se aboca a la acreditación de un tal elemento volitivo en el dolo.<sup>52</sup>

Por el contrario existen otros tipos que sí requieren un elemento subjetivo especial como lo es en el caso del encubrimiento, el ánimo de lucro, lo que no se niega, pero debemos estar a una definición que pueda ser y actuar como denominador común en todos los tipos penales, y dicha circunstancia solo se da con el elemento conocimiento.

La diferencia está en el saber reconocer que cuando se realiza una acción voluntaria, en algunos casos puede saberse lo que se está haciendo y en otros no. Es decir, para mostrarlo con un ejemplo, yo puedo saber que estoy dándole de tomar a otra persona un té con dos cucharaditas de cianuro (acción voluntaria + saber lo que se hace = dolo) o creer que eran dos cucharaditas de azúcar (acción voluntaria + no saber lo que se hace = acción culposa).

Como ya intenté empezar a explicar ese nexo psicológico existente entre el autor y el resultado antijurídico fue perdiendo relevancia, porque se concluyó que era imposible adentrarse en la mente del sujeto para saber si actuó o no con dolo. Ya con la irrupción del sistema finalista comenzó a gestarse un entendimiento normativo de la imputación personal y una concepción final de la acción humana, todo ello porque el tránsito del dolo de la

---

<sup>52</sup> Laporta, ob. citada. Pag. 66.

culpabilidad al injusto debe necesariamente implicar el destierro de todo tipo de elemento volitivo.<sup>53</sup>

Corcoy Bidasolo señaló que no podía probarse una voluntad distinta de la propia del comportamiento humano voluntario<sup>54</sup> y Beling que “la acción pertenecía a la voluntad “

Todos estas dificultades que se han ido advirtiendo entonces a lo largo de la investigación parecen desembocar entonces en algunas conclusiones. Por un lado, el dolo no tienen un aspecto volitivo como se ha ido señalando a lo largo de la historia. Esa voluntad no es otra que la propia voluntad de la acción. Por el otro, también podría señalarse que no es un fenómeno interno del sujeto.

El dolo es un concepto jurídico y si se analizan las tres formas de dolo reconocidas por la doctrina no puede dejar de concluirse que el único elemento común entre las mismas es el aspecto cognitivo. Ese plus de voluntariedad o elemento de ánimo que distingue, evidentemente, los tres accionares de dolo conocidos, deben ser evaluados al juzgar la culpabilidad del agente y servirán para justipreciar la pena. Obviamente no tiene el mismo valor matar a un ser humano con frialdad, premeditación y sin ninguna motivación particular que matarlo por indiferencia o descuido al representarse el elemento típico.

Por ello, la primera conclusión es que, como la adelanté, la definición tradicional de dolo no logra pasar el análisis efectuado, por lo que en principio y sólo hasta este estadio, podemos indicar que dolo “es la realización de una acción voluntaria con conocimiento de sus elementos típicos”.

El segundo aspecto que debe tenerse en cuenta y que corrobora la definición aquí propuesta que destierra al elemento volitivo, es que cualquier definición de dolo que se adopte debe ajustarse al texto de la ley. En este sentido, debe recordarse que muy pocos códigos definen al dolo, pero otros ofrecen reglas como las del error de tipo de donde se puede deducir su concepto.

Este el caso de los códigos de España y de Alemania, en donde claramente se señala que el error sobre las circunstancias del tipo objetivo elimina el dolo, demuestra que no es

---

<sup>53</sup> Silva Sánchez, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Bosch. Barcelona, 1992, pag. 402

<sup>54</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu “Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva subjetiva”, ADPCP, fasc. 1, pags. 304 y 308.

necesario la verificación de ningún elemento volitivo extra. De ser así el error en el aspecto volitivo eliminaría el dolo y esto no es sostenido por ningún autor.

De todas maneras, se que parte de la doctrina nacional afirmará que el contenido del elemento volitivo del dolo viene dado por nuestro derecho positivo, afirmándolo a partir de la definición de tentativa prevista en el art. 42 del Código Penal. En ese sentido coincido ampliamente con lo sostenido por Mario Hernán Laporta<sup>55</sup> en cuanto a que resulta bastante dudoso que la definición de dolo pueda desprenderse del concepto de tentativa. Por un lado indica que resultaría asistemático, ya que si nos cansamos de afirmar que el error es la contracara del dolo, que sea una norma la que define el error (art. 34 inc. 1 C.P.) y otra la que define el dolo (42). Por otro lado, por el hecho que el art. 42 haga referencia a la finalidad (el que con el fin de cometer un delito determinado) no puede afirmarse como argumento válido en contra sin caer en tautología, pues quienes afirmamos que el dolo es puro conocimiento, no hacemos eliminar el elemento volitivo, sino que simplemente lo trasladamos a la categoría dogmática de la acción, sin perjuicio de lo cual puede proyectarse sobre la valoración del conocimiento, sea para afirmarlo o para negarlo y el art. 42 en ningún momento hace alusión a que tal finalidad debería evaluarse a nivel de tipo. Asimismo, tampoco se entiende por qué la palabra fin esté referida a una voluntad de realización de los elementos del tipo, sino que, en todo caso aludiría a la realización de una conducta voluntaria. Y esto último en realidad se condice con la fórmula final de la norma (no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad). Lo que en realidad parece indicar la norma es que el que realiza una conducta voluntaria sabiendo que es un delito y no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad habrá actuado en forma tentada (fin de cometer = acción voluntaria dirigida conscientemente a vulnerar la norma).

Por último y para rematar este punto caben las palabras del profesor Silva Sánchez: “La voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común a los delitos dolosos e imprudentes, ya que si alguien realiza una acción voluntariamente y sabe cuál es el contenido de sentido de esa acción, necesariamente quiere producir ese contenido de sentido”<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Laporta. Mario Hernán El dolo y su determinación en Casación, Ed. Lexis Nexis,, año 2007.

<sup>56</sup> Silva Sánchez, Jesús M. Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona,1992, pag. 401.

Por último, debe señalarse que la definición de dolo debe poder explicar por qué los delitos dolosos merecen desde un punto de vista preventivo mayor pena que los culposos.

Entiendo que la respuesta está en la disyuntiva conocimiento-desconocimiento. Quien actúa conociendo lo que hace y viola el bien jurídico tutelado, enfrenta a la norma y la desconoce. La norma dice “no matarás” y el sujeto dice “sí, voy a matar”. En cambio en las conductas negligentes no hay conocimiento por lo que no hay enfrentamiento y negación a la norma.

Ragués y Vallès lo llama defectos de volición (en el dolo) y defectos de cognición (en la culpa).

Quien actúa sabiendo lo que hace su acción es más gravosa del que no sabe lo que hace.

Por ello, la respuesta al primer interrogante es no. La definición tradicional de dolo no resiste los análisis efectuados porque como ya lo señalé, no puede comprender a todas sus clases, ni puede hacerse extensiva a todos los tipos penales y a las diversas circunstancias que los tipos contienen y que también deben ser abarcadas por el dolo del sujeto. El denominador común entre las tres clases de dolo es el conocimiento y todas esas manifestaciones de ánimo a las que se ha hecho referencia constituyen indicadores subjetivos que deben evaluarse en una posterior instancia, es decir, en la culpabilidad. (Ej: acción voluntaria con conocimiento de lo que se está haciendo = dolo, si además lo quise en forma directa, no lo quise pero quise sus consecuencias necesarias, lo aprobé, lo consentí, me fue indiferente, me resigné, etc. son diferencias importantes en el disvalor que serán evaluadas con posterioridad).

Por otro lado, otro gran cuestionamiento que corresponde hacerse es sobre el rol que juega la “confianza del sujeto” en la no realización del tipo.

A mi modesto modo de ver entiendo que la confianza en la no realización del tipo ataca el elemento cognitivo del dolo y no el volitivo, como lo ha considerado gran parte de la doctrina mayoritaria. El creer, fundada o infundadamente, que no va a producirse el resultado de la acción riesgosa llevada a cabo, debe evaluarse de la misma manera que un error de tipo. El quid de la cuestión es considerar la racionalidad o irracionalidad de la confianza, que se analizará como un error en la producción o no del resultado, el que deberá

evaluarse de conformidad con las reglas del error de tipo acerca de la invencibilidad o no del mismo y sus consecuencias le serán aplicables.

Toda esta apreciación puede juzgarse de manera más o menos similar al punto de vista aquí ofrecido, pero lo que en verdad veo como poco discutible, es que no ataca elemento volitivo alguno sino que ataca el conocimiento, la justa apreciación de un riesgo.

Sostener lo contrario sería aceptar la presencia del elemento volitivo en el dolo, cosa que ya hemos desterrado, y además dejar vinculada a la tipicidad con los desordenes internos o de ánimo de los autores de delitos que tienen más que ver con cuestiones de culpabilidad, motivación etc. que con la adecuación típica de una conducta humana.

Admitir la confianza como error vinculado al desterrado elemento volitivo del dolo, tornaría atípicas conductas en donde no existe tipo culposo y se privilegiaría de esta forma al autor optimista ante el peligro. Ragués y Vallès cita el siguiente ejemplo que es digno de atención:

“Un individuo convence a un amigo suyo para que le preste una elevada cantidad de dinero, afirmando que va a invertirla en un negocio muy rentable de fabricación de maquinaria que, en realidad, no existe. Su verdadera idea es destinar el dinero a la compra de décimos de lotería, y con las ganancias que confía obtener, no sólo piensa resarcir a su amigo, sino lucrarse también el mismo. Si, como parece lo más probable, se pierde todo el dinero ¿se está ante la comisión dolosa de una estafa?”

Si dejamos de evaluar la confianza como un problema o un error en la apreciación del conocimiento, es decir en el grado de la representación del riesgo de realización del tipo, la única salida pasa por la imprudencia, y en el caso de la estafa por la impunidad. Los que sostienen el elemento volitivo en el dolo dirán que la confianza en la no realización típica ha eliminando el dolo, aún si es irracional, porque el sujeto no la ha querido.

A mi juicio esa respuesta resulta inaceptable, pese a que reconozco que es coherente con la posición sustentada, ya que si el dolo es conocimiento y voluntad, y esa confianza afecta la voluntad, ergo no debe haber dolo.

Pero esa lógica se pierde cuando los seguidores de esa posición intentan introducir límites a la confianza que son baremos objetivos medidos en base a criterios equivalentes al conocimiento del hombre medio etc. que desvirtúan tales postulados. Este modo de ver las

cosas implica un notable grado de objetivización que no se condice con lo que vienen sosteniendo.

La confianza en la no realización del tipo sólo debería entenderse, a mi juicio, como un error de apreciación en el conocimiento, que sólo deberá admitirse si está amparada por cuestiones de índole objetiva, que trataré más adelante.

Lo contrario implicaría privilegiar al sujeto que actúa de manera optimista e irracional ante la posibilidad del riesgo de afectación típica.

Imaginemos por un momento el caso de dos individuos, igualmente poco hábiles para manejar un arma, que deciden practicar tiro y se sitúan desde uno de los lados de una autopista y deciden apuntarle a una cartelera ubicada del otro lado de la misma. En el medio se encuentran los automóviles circulando. Uno de ellos se cree, falsamente tan habilidoso, que considera que dará en el blanco y no lastimará ni matará a ningún automovilista, ni dañará ningún vehículo y el otro, pesimista por naturaleza y poseedor de una autoestima muy baja, considera lo contrario, que es muy probable que afecte alguno de esos bienes jurídicos. La consecuencia es que ambos se deciden y como era de esperar matan a distintos automovilistas. ¿Puede en el sano juicio de un juzgador considerarse que el primero actuó culposamente y el segundo dolosamente?. Lo único que varía en ambas conductas es la diferencia de autoestimas de ambos sujetos, la diferencia en que miden o aprecian la realidad. Sin embargo, ambos realizan acciones voluntarias sabiendo del riesgo que pueden ocasionar, pero uno se sobrevalora y confía y el otro, que siempre se desvalora, no confía. ¿Por qué razón debe exigirse dentro del concepto de dolo un plus subjetivo de querer, de consentir, de aprobar, de decidirse contra el bien jurídico, si esa decisión ya fue evaluada previamente? Una acción se realiza sabiendo o no sabiendo lo que se está haciendo. ¿Puede la confianza (en este caso irracional) de que no se produzca un resultado, descartar el dolo y convertir la conducta en culposa? No descarto que se argumentará a favor de la tesis contraria, diciendo que el sujeto de autoestima alta y en el que se ve más patente la negación de la realidad, de contar de antemano con la seguridad de que el resultado lesivo se produciría, tal vez se hubiera abstenido de realizar la acción prohibida. Es probable que eso ocurra, pero efectuar esa valoración implica crear un nuevo caso, una hipótesis distinta a la que manejamos, ya que el autor estaría incluyendo en su evaluación el fracaso, objeción que se le hacía, en su momento, a una de las fórmulas de Frank. Sería

como evaluar otra hipótesis y no la misma. Además, de decidirse por realizar la acción, tampoco se trataría de dolo eventual sino de dolo directo.

De todas maneras, y a modo de no pecar de necia, debo decir que se advierte, una diferencia en el accionar de los dos sujetos, un mayor disvalor en la acción del pesimista, que sabiendo que es muy probable que no evite el resultado actúa igual, pero eso es una cuestión que debe ser resuelta al medir la pena y no en la tipicidad, como ya lo dije anteriormente.

Por ello, entiendo que la confianza en la no realización del tipo debe evaluarse como un error en el conocimiento, que si retomamos las palabras de Silva Sánchez, podremos finalmente concluir que el que sabe lo que hace quiere lo que hace y si quiere ya fue evaluado previamente, mal puede ser evaluado en segundo lugar.

**c) Aceptada la definición intelectualista de dolo, debemos preguntarnos ¿cómo ha de ser ese conocimiento que habrá de tener el agente para que se pueda afirmar sin vacilaciones que ha conocido la acción que estaba realizando y de qué manera podemos sostener que un sujeto ha actuado con dolo?**

En primer lugar debemos señalar que el conocimiento debe ser efectivo,<sup>57</sup> no puede aceptarse un conocimiento potencial o un deber de conocer.

En este sentido sabemos que habrá una gran gama de situaciones que no presentarán problema alguno para constatar que se ha actuado con el conocimiento necesario. Sin embargo, a medida que esa certeza en la atribución del conocimiento se desvanezca o diluya comenzarán los problemas.

Lo que no debe hacerse es intentar determinar los límites del conocimiento, ya que se trata de un tema perteneciente a otras disciplinas como la psicología, la psiquiatría, la filosofía del lenguaje o la medicina que no domina el derecho penal.

Ya hemos visto precedentemente que dos grandes teorías también se alzan en esta cuestión de cómo se accede al conocimiento, las de corte psicologistas y las de corte normativistas.

Todas aquellas teorías que consideran que se puede ingresar en la mente del ser humano y reproducir de alguna manera cuál ha sido el nivel de conocimiento con el cual

---

<sup>57</sup> Zaffareoni Eugenio Raúl, Slokar, Alagia, Derecho penal, Parte General, Ediar. Se. Edición, pag. 522

contaba el autor al realizar el hecho, denominadas psicologistas, sostienen que el dolo debe ser probado.

Las normativistas por su lado, sostienen que dolo no es un objeto de la realidad que deba ser probado, sino que es una expresión de valoración respecto de una conducta determinada que en el mundo físico ha sido condición de un resultado. Indican, como ya lo vimos, que es una construcción efectuada desde la dogmática, sin referencia alguna a conceptos ontológicos, que no puede ser probada, ya que implica una valoración normativa de su conducta, una justipreciación que realiza el juez en un momento, indudablemente *ex post facto* y sobre la base de criterios axiológicos y positivos, respetando todas las prescripciones de cualquier rama del derecho que tenga influencia en el iter racional de asignación de una consecuencia jurídico penal a una determinada acción.

Es lógico, en base a la línea de pensamiento que vengo adhiriendo, sostener que la cuestión del conocimiento del dolo no es un problema que deba resolverse averiguando determinados datos psíquicos que concurrieron en la mente del sujeto al cometer el comportamiento típico.

Esto, no sólo es de muy difícil cumplimiento ya que de hecho es imposible inmiscuirse en la mente del autor, sino que ni siquiera existe acuerdo dentro de la ciencia psicológica acerca de cómo hacerlo. No es posible garantizar que los resultados que puedan obtenerse recurriendo a las ciencias empíricas, a la confesión del imputado, o a la prueba de indicios vayan a coincidir siempre y en todo caso, con lo que fue la realidad psíquica del sujeto activo en el momento del hecho. Esto conllevaría a que sea muy difícil arribar a sentencias por condenas dolosas y sólo podría aplicarse el tipo imprudente en los casos en que esté legalmente previsto.

Coincido con lo sostenido por Mir Puig<sup>58</sup> cuando indica que “el juicio de imputación es un juicio de atribución efectuado por el hombre con relación a un determinado hecho, siendo en consecuencia adscripción a un sujeto y no meramente descripción”. “El dolo se sustrae a la perspectiva del observador, por este motivo, no puede describirse mediante la observación”<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Laporta, Mario Hernán, “imputación estrictamente objetiva o intersubjetiva? Un análisis del fundamento iusfilosófico y su coherencia pragmática”, *el Derecho Penal*, septiembre 2003, ps. 17-27.

<sup>59</sup> Hassemer, citado por Volk, Claus. “concepto prueba de los elementos subjetivos”, trad. Ragués Vallès, *RPDJP*, Grijley, nro. 3, Lima, 2002, p. 417.

Por eso, coincido con la línea argumental que sostiene Mario Hernán Laporta en su obra ya citada, en cuanto no cabría otra salida que dejar de pensar en idioma probatorio y comenzar a hablar de subsunción y de estructuras lógico-formales que puedan llevar a tal resultado.<sup>60</sup> El concepto de dolo, no parece tener nada de ontológico: lo ontológico son los hechos, son las conductas humanas voluntarias que son sometidas a un juicio de valoración acerca de si son o no dolosas de acuerdo a parámetros que el legislador ha fijado en tal sentido y después el juez valorará como tal.

Si esto no se entiende de esta forma siempre nos enfrentaremos ante el obstáculo de la prueba del dolo y su imposibilidad manifiesta; toda vez que no se soluciona la cuestión cambiando de adhesión de la tesis volitiva a la cognitiva. Si sostenemos que el dolo representa fenómenos internos del sujeto, seamos volitistas o cognitistas la situación será la misma. Si entendemos que es una construcción jurídica podremos imputarlo mediante un juicio de adscripción o subsunción, claro y formado en base a criterios objetivos y a un cierto consenso social.

Sin embargo, debe remarcarse que la pretensión de normativización no puede ser absoluta. En este sentido debe señalarse que todo intento de normativización no puede ir más allá de los límites del lenguaje compartido y mucho menos de la gramática legal, pero tampoco de la operatividad misma de los Derechos Fundamentales y de los principios básicos limitadores del *ius puniendi*, pretendiendo una ampliación inexplicable del ámbito punitivo. Los principios limitadores del derecho penal (culpabilidad, igualdad, legalidad, proporcionalidad, resocialización, entre otros) inhiben toda creación normativista que agrande o agrave el marco punitivo. A ello no puede dejar de sumarse, como así lo sostiene Yacobucci<sup>61</sup>, los principios derivados de los genéricos como forma de limitación al derecho penal que son la insignificancia, la prohibición de analogía, el *in dubio pro reo* etc.

Es aquí, en este punto, dónde se advertirán y surgirán claras las eternas disputas entre sistemas jurídico-dogmáticos funcionalistas puros (que no admiten límites externos a la eficacia en el derecho penal) y entre los denominados principalistas (que no renuncian a los principios fundamentales). Para los primeros, cualquier principio limitador cede frente a la eficacia, lo que conlleva a la adopción de criterios avalorativos y relativistas.

---

<sup>60</sup> Laporta, Mario Hernán, ob. citada pags. 150 y stes.

<sup>61</sup> Yacobucci, Guillermo, El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal, ábaco, Buenos Aires, 2002, pags. 446-447.

Personalmente entiendo que esa “tensión” no debería ser tal si se entendiese que una no puede funcionar sin la otra. La eficacia es un valor que debe ceder ante los principios fundamentales, pero no por ello debe desaparecer, de lo contrario, los fines del derecho penal perderían su razón de ser. Ambas deben coexistir y hay que encontrar la manera de que eso sea posible.

Entonces, esta idea de un derecho penal mínimo y respetuoso de las garantías individuales ya enunciadas, pero a su vez inmerso en un sistema cuya finalidad sea lograr los objetivos del derecho penal centrados en la idea de justicia, de prevención, de resocialización etc. debería, a mi juicio, ensayar un concepto de dolo, como así también de todos los otros institutos dogmáticos que componen la teoría general del delito, basado en un marco normativo claro, que ofrezca a los ciudadanos y a los jueces baremos precisos para saber cómo se atribuye una conducta dolosa o culposa a un determinado autor.

Quien ha podido expresar técnicamente y de manera más acabada esta idea que siempre he tenido desde mis épocas de estudiante, primero, en forma intuitiva y después con mayor fundamentación, ha sido Ragués y Valles, al considerar en su obra titulada “El dolo y su prueba en el proceso penal..”, que el parámetro con que debía atribuirse el conocimiento a un determinado autor de una acción típica era el *significado social de una conducta* y de las circunstancias que acompañan a ésta.

En su tesis evalúa detenidamente si el problema suscitado entre las variadas teorías que han intentado precisar el concepto de dolo no obedecía más a cuestiones terminológicas que a verdaderas diferencias de fondo, arribando a la conclusión, que más allá de las discrepancias terminológicas, la actual doctrina coincidía en que concurría una realización dolosa “cuando un sujeto ha actuado pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal”.

En tal sentido, ha considerado que dicha definición no sólo cumplía con las exigencias de la ley de fondo sino que también resultaba capaz de explicar satisfactoriamente las distintas consecuencias jurídicas que se asociaban a realizaciones delictivas dolosas e imprudentes, lográndose, asimismo, una correcta y completa adecuación entre tipo subjetivo y tipo objetivo, entendiendo este último como punto de referencia al primero. Sin embargo, remarcó con claridad meridiana los problemas que planteaba esa definición desde el plano teórico como ser:

- a) suponía un privilegio para los desconocimientos irracionales.
- b) Gravaba a las personas escrupulosas y beneficiaba a las desafortadamente optimistas.
- c) No aportaba criterios para decidir en qué casos podía considerarse que un sujeto hubiera realizado o no el juicio de atribución en que se fundamenta el dolo.
- d) Podía propiciar una confusión entre dolo de lesión y dolo de peligro concreto.

Por ello, es que sostiene, y en ese punto adscribo enfáticamente, que no podrá afirmarse la existencia de dolo cuando se consigan averiguar determinados datos psíquicos que concurrieron en la mente del autor al realizar el hecho, o cuando el “juez” determine, en base a su “concepción” los conocimientos del acusado, porque todo ello establece como criterio decisivo para tal determinación un factor decisivo o irracional, con cuyo empleo es posible, incluso, en el caso teórico, que un mismo caso pueda tener dos o más soluciones correctas en función de quien lo enjuicie. Asimismo, también señala que esta solución incorpora un evidente riesgo de divergencia entre hechos probados y realidad efectivamente acaecida, por lo tanto, de instrumentalización del sujeto y de ataque a la dignidad de éste como persona. Los criterios objetivizantes que suele exigir la jurisprudencia, la doctrina (ausencia de dudas concretas, plausibilidad, no arbitrariedad etc.) no eliminan el carácter decisivo de la convicción, ni aportan fundamentos para legitimar el riesgo de instrumentalización que se asume en toda condena por delito doloso .

Por ello, es que presenta como solución que el conocimiento del dolo se determine procesalmente, mediante la utilización del *significado social de una conducta y de las circunstancias que acompañan a ésta*.

Este sistema presenta grandes ventajas. Por un lado, se restringe el empleo de la sanción dolosa a los supuestos en que ésta resulte verdaderamente imprescindible, concepción que irá de la mano con el respeto de los principios fundamentales emanados de nuestra Carta Magna, de los tratados internacionales que desde 1994 tienen en nuestro derecho jerarquía constitucional y con la idea de un derecho penal mínimo.

Además, esta fórmula permite una construcción teórica de criterios para decidir en qué sentido deban resolverse los distintos casos que se presenten. Esta posibilidad permite, a un mediano plazo, soluciones uniformes para supuestos de hecho estructuralmente

idénticos y, a mucho más largo plazo, resulta adaptable a las cambiantes convicciones de la sociedad. Asimismo evitará la arbitrariedad judicial, pues no toda convicción será válida sino sólo aquella que consiga captar correctamente el sentido social del hecho.

Ragués y Vallès presenta como criterios que, de acuerdo a un punto de vista social, debe basarse la correcta atribución a una persona de un determinado grado de conocimiento. He aquí los puntos a considerar:

1- El autor deberá contar con los denominados *conocimientos mínimos en sentido estricto*.

Estos son aquellos que van ligados al concepto de imputabilidad. La mera atribución de imputable lleva atribuir a un sujeto todos aquellos conocimientos cuya ausencia sólo se entiende posible en personas que padecen algún tipo de perturbación psíquica o sensorial de las que dan pie a una causa de inimputabilidad o en sujetos menores de ciertas edades .

2- Deberá contar con los denominados *conocimientos mínimos en sentido amplio*.

Estos son aquellos que hacen a la socialización del sujeto. El hecho de que una persona haya sido socialmente socializada hace que se le imputen todos aquellos conocimientos cuya ausencia sólo se concibe en sujetos que no han mantenido apenas contactos con la civilización occidental.

3- Si con anterioridad al hecho objetivamente típico se acredita que se pasó al autor los conocimientos, estos le podrán ser atribuidos si se demuestra que es impensable que el sujeto no haya contado con ellos. De igual forma debe plantearse el caso de si el sujeto antes del hecho exterioriza o da a entender sus conocimientos.

4- Las exteriorizaciones de conocimientos efectuadas por el sujeto durante o después de la realización del acto sólo sirven para atribuirle esos conocimientos en los casos en que haber contado con ellos lo perjudique.

5- Las características personales o posiciones sociales que en un sujeto concurran llevan siempre a atribuirle esos conocimientos salvo que se demuestre que la ausencia de ellos resulta impensable desde un punto de vista social que los reuniera.

6- Para poder imputársele a un sujeto el correcto conocimiento de la situación en la que actúa hace falta que pueda acreditarse que los factores objetivos que conforman tal situación se encontraban en una posición espacial tal, en relación con el citado sujeto, que éste necesariamente tuvo que aprehender con sus sentidos, su existencia y ubicación.

7- Se le debe imputar el conocimiento cuando un sujeto ha llevado a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo ha hecho siendo conocedor de la peligrosidad genérica de la conducta y contando además con un perfecto conocimiento situacional.

8- En los supuestos que el autor haya realizado una conducta (arriesgada) neutra en cuanto a su aptitud para producir un determinado resultado, sólo deberá serle imputado el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de tal conducta si, habiendo contado con el conocimiento abstracto de su peligrosidad y con un correcto “conocimiento situacional” concurre además una de las siguientes situaciones:

-el sujeto ha exteriorizado durante o después de la realización de la conducta lesiva haber sido plenamente consciente de su concreta aptitud lesiva en el momento de llevarla a cabo.

-durante la ejecución del hecho el sujeto ha percibido inequívocos signos de un próximo acaecimiento del resultado y, pese a ello, ha seguido adelante con su comportamiento.

-la dinámica comisiva hace impensable que el sujeto no haya integrado los factores que conocía aisladamente en un juicio de concreta aptitud lesiva.<sup>62</sup>

Gracias a estos criterios los problemas que hemos vislumbrado en la definición tradicional de dolo no tendrán trascendencia práctica.

Si se alega la no representación irracional de un riesgo, es decir, cuando la defensa intenta explicar que el sujeto no se representó el riesgo y a la luz de los parámetros antes mencionados esta suposición resulta irracional, sólo podrá no serle atribuido si prospera una presentación de inimputabilidad.

Las personas escrupulosas o con baja autoestima dejan de verse perjudicadas y las desafortadamente optimistas beneficiadas, pues las condiciones de escrupuloso u optimista no son aplicativos para las reglas de atribución del conocimiento expuestas.

La diferencia entre *conductas especialmente aptas* y *conductas arriesgadas neutras* aporta criterios para establecer cuándo (desde una perspectiva social) un sujeto ha realizado el juicio de atribución en que se fundamenta el dolo del resultado y cuándo puede otorgarse plausibilidad a su alegación de no haber realizado dicho juicio.

Por otro lado, también sostiene Ragués y Vallès, y hago míos sus argumentos, que el dolo de peligro concreto debe afirmarse en el caso de las conductas (arriesgadas) neutras,

---

<sup>62</sup> Ragués Vallès, ob. citada. Pags. 519/522.

siempre que quien las realice, conozca en abstracto el riesgo implícito a su conducta y cuente con un “conocimiento situacional” correcto, pero no cuando sea posible atribuirle la realización de un juicio de concreta aptitud lesiva. En el caso de conductas especialmente aptas concurre siempre dolo de lesión.

Se descartan así todas aquellas teorías de corte psicologistas que intentan probar el dolo en la actitud interna del sujeto actuante, pero también se descartan todas aquellas que si bien se definen como normativistas siguen dejando en cabeza del autor la decisión de si conocía o no la gravedad de su conducta, si se representó o no el riesgo.

En este sentido, Frisch, Jakobs, Herzberg y Puppe pese a declararse cognitivistas y normativistas, siguen poniendo en cabeza del autor el juicio de evaluación de si la aptitud lesiva de la conducta fue representada por el sujeto.

Adviértase que Frisch sostiene que cuando el sujeto, tras representarse un peligro concreto se dice a si mismo que por esta u otra razón no va a pasar nada, se decide por una conducta no peligrosa y no actúa dolosamente. Por ello, pese a la representación del peligro, Frisch excluye el dolo si el sujeto confía en un desenlace airoso. Considera que la concepción más acertada para delimitar el dolo de la culpa es la de “tomarse en serio el peligro”.

Lo que termina haciendo Frisch es negar, por un lado, la presencia del elemento volitivo en la toma de la decisión, pero lo incluye en la evaluación del conocimiento del riesgo. El riesgo evaluado por el autor se disipa porque después termina creyendo que el resultado no se va a producir, es decir, no se toma en serio el peligro primariamente verificado.

Por su parte, recordemos que Jakobs sostiene que “dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias”. Respecto del dolo eventual indica que éste concurre “cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción”. Como se verá, este punto de vista es muy similar al de Frisch. Jakobs no se conforma con el mero pensar en la posibilidad del resultado sino que exige un juicio válido por parte del autor de que no es improbable la realización del tipo.

De todas formas recordemos también que a ese postulado Jakobs le agrega algunos matices, sobre todo en lo que hace a la circulación rodada. En este campo el indica que es

un sector de actividad en que los intervinientes crean de forma constante riesgos no permitidos de los cuales son, casi siempre, perfectamente concientes. Esta creación de riesgos no permitidos son, la mayoría de las veces, habituales y ello con independencia de que importen una indiscutible peligrosidad estadística. Esta habituación al riesgo es imprescindible, a su juicio, para la circulación rodada, por lo que terminará señalando que habrá dolo cuando el riesgo creado concientemente por el sujeto no esté permitido sino cuando sobrepase la medida de aquellos riesgos sobre los que existe una habituación social. Estos matices introducidos por Jacobs están dirigidos a corregir los resultados a los que conduciría una aplicación estricta de los conceptos más usuales de dolo en situaciones que acontecen con gran frecuencia.

Para este autor no sirve para fundamentar esta imputación las representaciones de riesgos habituales no permitidos o las representaciones de fenómenos sobrenaturales o de riesgos permitidos, por mucho que en su caso el sujeto las valore como notablemente peligrosas<sup>63</sup>. La aportación de Jakobs se concreta en una restricción normativa del ámbito de las representaciones de peligro que puedan dar lugar a dolo, en tal medida, supone una evidente ruptura con las teorías dominantes en cuanto sostienen que el dolo es algo que depende en exclusiva con la subjetividad y de que, existiendo conciencia y (eventualmente voluntad) de un riesgo permitido, existe dolo.

El principal interés del planteamiento de Jakobs viene dado por la explicitación de cómo ante determinados comportamientos se hace muy difícil afirmar la existencia de una realización delictiva dolosa, por mucho que el sujeto realmente haya llevado a cabo un juicio serio sobre la peligrosidad de su conducta. Sin embargo parece indiscutible que en una sociedad habituada a ciertos riesgos lo normal sea que en la práctica determinados juicios de concreta peligrosidad no se lleven a cabo o que, si se realizan, estos no trasciendan más allá de la psiques del autor. De todas maneras no es inimaginable que el sujeto confiese que sabía que su acción iba a producir ese resultado y si bien puede resultar estadísticamente improbable esa posibilidad no debe descartarse. Por ello esta tesis también, al igual que todas las teorías volitivas, requiere que el dolo deba ser probado y sigue poniendo en cabeza del autor el juicio de lesividad de la conducta representada.

---

<sup>63</sup> Jacobs, Derecho Penal, pag. 315.

Por su Herzberg y Puppe, sin perjuicio de las ventajas propuestas en sus sistemas, tampoco pueden liberarse por completo de la dependencia de los datos psicológicos del autor, toda vez que siguen exigiendo que el juicio de idoneidad del método de causación del resultado de la conducta realizada se lleve a cabo teniendo en cuenta los conocimientos con que cuenta el sujeto activo.

Entiendo que, como bien lo afirma Ragués y Vallès el principal mérito de estas tesis elaboradas por Jakobs, Herzberg y Puppe fue haber puesto en evidencia algunos defectos bastante habituales de las teorías dominantes, sobre todo la sospechosa facilidad para negar que el sujeto haya contado, ante la presencia de determinados riesgos, con los conocimientos necesarios para la imputación dolosa. Sin embargo a ellos tampoco se los puede calificar de enteramente “objetivos”, como así lo hace parte de la crítica que reciben, pues todos ellos siguen exigiendo que el sujeto cuente con ciertos conocimientos sobre el riesgo creado. Además tratan de convertir en una regla general e inderogable lo que simplemente es habitual en la práctica, es decir, que determinadas conductas se realicen sin concreta peligrosidad, o que, en el plano objetivo no aparenten ser la realización voluntaria de un tipo penal. Y esto pasa por alto que determinados datos que por regla general se mantienen ocultos en el fuero interno del sujeto puedan trascender a través de distintos medios probatorios (confesión, video o grabación en que se escucha al imputado razonar sobre el tema etc).

Ahora bien, volviendo al sistema aquí propuesto cuya autoría corresponde al maestro Ragués y Valles, no es difícil imaginar que se le efectuaran diversas críticas de mayor o menor originalidad teórica.

Por un lado se afirmará que por ser una concepción de corte meramente cognitiva se ampliará el ámbito de lo doloso. A esta inquietud deberá contestársele que esto no será así, toda vez que deberá negarse la imputación dolosa como regla general en todas aquellas conductas que no resulten especialmente aptas para provocar un determinado resultado, cuyo número puede ser muy elevado en la práctica. Se restringirá el empleo de la sanción dolosa a los supuestos en que ésta resulte verdaderamente imprescindible, concepción que irá de la mano con el respeto de los principios fundamentales emanados de nuestra Carta

Magna, de los tratados internaciones que desde 1994 tienen en nuestro derecho jerarquía constitucional y con la idea de un derecho penal mínimo.

También podrá afirmarse, equívocamente a mi juicio, que este sistema registra puntos de comparación con el sistema de la prueba tasada. Esta posición debe ser rechazada sobre todo si se tiene en cuenta los rígidos criterios que solían emplearse en tales sistemas. En realidad esto pretende ser una pauta media entre lo que era la prueba tasada y lo que significa el sistema de libres convicciones del juez.

Esta fórmula permite una construcción teórica de criterios para decidir en qué sentido deban resolverse los distintos casos que se presenten. Esta posibilidad permite a un mediano plazo, soluciones uniformes para supuestos de hecho estructuralmente idénticos y, a mucho más largo plazo, resulta adaptable a las cambiantes convicciones de la sociedad. Asimismo evitará la arbitrariedad judicial, pues no toda convicción será válida sino sólo aquella que consiga captar correctamente el sentido social del hecho. De hecho en la jurisprudencia se tiende naturalmente a unificar criterios pero de manera no sistematizada.

El criterio de imputación del dolo será, de esta forma, un criterio que trascenderá al propio criterio del juez, pudiéndose de esta manera, lograr un dialogo racional con él sobre si sus conclusiones son o no acertadas.

En la práctica el juzgador después de describir el hecho objeto del proceso, indicará qué regla de normativización suscribe y luego imputaría el conocimiento de la relevancia típica de la conducta basándose en ello. La estructuración subjetiva del tipo pasa a ser una cuestión de inferencia ya lógica, pero no sobre la base de una facultad discrecional y de sus convicciones, sino fundando su decisión en la aplicación de una regla concreta de imputación a través de una correcta elaboración argumental (adjetiva).

Establecer de antemano las reglas de imputación del dolo es mucho más seguro que la libre convicción judicial que, pero aún, la realidad actual argentina, es que es insusceptible de ser casada. Este sistema tiene, además, la ventaja de que el tribunal de casación se encuentre en las mismas condiciones que su inferior jerárquico para atribuir el dolo sobre la base de un determinado suceso fáctico, confrontándolo con el criterio de atribución que entienda aplicable y que ponga de relieve antes de decidir el caso (la ley sustantiva.). De esta manera se cumplirá también con la exigencia del derecho al recurso

concebido plenamente, puesto que en este caso sí que la determinación del dolo puede considerarse producto de un doble juicio.<sup>64</sup>

También se señalará que será ardua y compleja la tarea del juez cuándo deba explicar en todos y cada uno de los casos de manera pormenorizada las imputaciones de conocimiento. Esto no es así ya que el sistema está pensado para solucionar los casos denominados “difíciles”. En la mayoría de los casos la atribución de conocimiento no requiere mayores explicaciones.

Con este criterio entiendo que se intenta racionalizar la aplicación de las consecuencias jurídico-penales, desligando las decisiones judiciales de criterios maniqueos, irracionales, injustos, vagos o imprecisos, que por más bien intencionados que parezcan den lugar a soluciones de todo tipo, satisfactorias o sumamente insensatas.

Por ello la necesidad de una aplicación coherente e igual de los institutos penales si bien no estará exento de críticas, será mejor que el sistema que se critica. Además como las reglas se presuponen claras, las vías que el mismo sistema penal ofrece para la revisión de las decisiones judiciales hace que este se autoinmunice, se corrija.

Por último y con relación a este sistema entiendo que cabe hacerse la aclaración o salvedad que sobre tal, formula Mario Hernán Laporta en la obra citada, cuando exige que uno de los correctivos de la idea de sentido social sea la de utilizar un baremo individualizado, para evitar cualquier riesgo de instrumentalización y generalización. Al individuo se le dirige un imperativo concreto, pero no sólo en relación con cada situación determinada, sino, además, en relación con su propia personalidad que se manifiesta en el momento del hecho.

Otra crítica que se puede formular en base a la descripción del sistema, es acerca de los conocimientos mínimos en sentido estricto a los que hace alusión Ragués y Vallès, como necesarios para atribuir el conocimiento.

Como señala que van ligados al concepto de imputabilidad y esta es un instituto que debe evaluarse en la culpabilidad, entiendo que la ausencia de estos conocimientos deben ser los referidos a aquella incapacidad psíquica permanente o transitoria como la alteración morbosa de las facultades o la insuficiencia de estas, previstos en nuestro derecho en el art. 34, inc. 1ª del Código Penal, que hacen que el sujeto no tenga en el momento de la acción,

---

<sup>64</sup> Laporta, Mario H. Obra citada, pag. 167.

la capacidad de conocer o actualizar los elementos concientes o necesarios para configurar la finalidad realizadora del tipo.

Esto es lo que Zaffaroni llama error de tipo por incapacidad psíquica.<sup>65</sup> Y explica que no se trata sólo de casos de autismo esquizofrénico y alteraciones de sensopercepción (ilusiones y alucinaciones) que impiden reconocer los elementos objetivos del tipo (quien percibe animales y son personas) sino también de los oligofrénicos que no pueden comprender ciertos conceptos abstractos, como la ajenidad de la cosa, los niños pequeños respecto de los cuales es difícil pretender que conceptúen como cosa algunos objetos; las personas que obran bajo los efectos del miedo grave (pánico) que les perturba la sensopercepción o la actualización de algunos conocimientos; las personas que bajo los efectos del cansancio y la falta de sueño sufren alteraciones de sensopercepción.

Por ello, estas situaciones no deben confundirse con las alteraciones de la sensopercepción que dan lugar a ilusionar o alucinar circunstancias objetivas de justificación, o las del juicio crítico que llevan a interpretar erróneamente hechos reales, como suele suceder en delirios paranoides persecutorios en general.

#### **d) Sobre esta base cuál debería ser el concepto de dolo a proponer?**

En principio y solo en principio, podemos afirmar, que dolo será la realización de una acción voluntaria sabiendo lo que se está haciendo y las consecuencias que puede provocar esa acción. Si yo dirijo esa acción consciente en forma directa hacia el resultado o consecuencia se lo llamará directo o de primer grado. Si yo dirijo esa acción consciente hacia un resultado para producir otro, que es el que en verdad deseo provocar, se llamará directo de segundo grado o indirecto. Y si yo realizo esa acción consciente sabiendo que es probable que produciré el resultado lesivo o soy conciente del riesgo que produce esa acción, será lo que la doctrina llama dolo eventual.

El análisis efectuado en este trabajo me permite afirmar que la definición de dolo que propongo es la de “conocimiento de los elementos objetivos del tipo”, pero el de acción dolosa será “toda aquella conducta (entendida esta como acción y como omisión) realizada voluntariamente y respecto de la cual se conocen todos los elementos que la hacen típica o,

---

<sup>65</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho penal, Parte general, Ediar, pag.535.

como bien sostiene el maestro Bacigalupo “Dolo es la realización de un comportamiento humano voluntario conociendo los elementos que lo hacen típico”.

Sin embargo y a fin de precisar el alcance del conocimiento exigido, la definición podría ser la que utiliza Ragués y Vallès en su obra ya citada. *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 penal.*<sup>66</sup>

#### **e) ¿Qué pasa entonces con la división tripartita del dolo?**

La división tripartita de dolo se torna irrelevante en esta concepción en donde el dolo solo está compuesto por un aspecto cognitivo. Algunos autores sostienen como argumentos a favor de la superación de la clasificación tripartita, entre otros, que al eliminarse del concepto de dolo al elemento volitivo esta ya no es necesaria, que la conciencia no puede admitir grados de intensidad, que no deriva de ningún reconocimiento legal explícito y que de la concurrencia o no de cada una de sus formas no se deriva efecto alguno ni desde la pena ni desde la tipicidad.

Por el contrario, entiendo que la división se torna irrelevante en la evaluación típica del dolo, pero al evaluarse en el estadio de la culpabilidad esa acción, cometida por el autor con conocimiento de los elementos del tipo objetivo y sin causas de justificación, retomará importancia como modo de evaluación de lo que se conoce como “disvalor” de esa acción, para poder medir la pena a aplicar, en caso de que así correspondiese. Todo ello por cuanto resulta obvio que no es igualmente grave una acción cometida deseando intensamente el resultado, o para recibir una recompensa, o por placer, o para defenderse -aunque pudo utilizar otros medios para hacerlo- o sin motivación aparente, o a sangre fría, o por resentimiento, indiferencia, odio, no deseándolo, etc. Allí es dónde deben entrar en consideración los distintos estados de ánimo del autor para cometer el delito que necesariamente deben influir en la medición de la pena. No tendrá el mismo disvalor el que salió a la calle a matar a diestra y siniestra a cualquier persona que quien cansado de ser hostigado mata a otro, o quien sale con su auto a fin de correr una picada en una calle

---

<sup>66</sup> Ragués y Vallès, ob. citada, pag. 521.

totalmente transitada sin intención de matar directamente a alguien pero actuando con tal desinterés por la vida ajena que la mata igual..

**f) ¿Qué pasa entonces con la culpa consciente? Aún teniendo en consideración esta nueva reformulación teórica del concepto de dolo y la ubicación sistemática de los estados de ánimo en el estadio de la culpabilidad, se verán superados los casos paradigmáticos, es decir, aquellos casos límites que para la doctrina es discutible catalogar como dolo eventual o culpa por representación.**

La culpa consciente desaparece. Como dije la diferencia entre dolo y culpa es la misma que existe entre conocer y no conocer.

Como se intenta demostrar en esta humilde tesina, el problema suscitado entre el llamado dolo eventual y la culpa consciente o con representación es, por un lado, de tinte dogmático, pero por el otro, de tinte político criminal.

Delimitado ya el concepto de dolo a seguir y desprendiéndose del mismo cuál es el significado de culpa, lo que resta analizar es si en aquellos casos llamados paradigmáticos o difíciles, que como ejemplo he citado, hallan solución con esta propuesta teórica o subsisten las dudas al momento de atribuir una u otra sanción. ¿Se ajustan las escalas penales dolosas y culposas a las conductas juzgadas? ¿Se dejan de advertir esas notorias diferencias en la pena? .

Es aquí en donde se vislumbra, a mi juicio, el segundo escollo de este gran tema y creo que se vincula con la política criminal.

Yo creo que esta precisión dogmática efectuada, a mi juicio, con tanta claridad por los autores citados, especialmente por el Dr. Ragués y Vallès, tal vez sea necesario efectuar reformas de política criminal tendientes a disminuir los mínimos de determinados delitos cometidos con dolo, como podría ser el caso del homicidio, para adecuar, aún mejor la subsunción de casos considerados “border” por el sistema sin que por ello deban ser catalogados ficticiamente como culposos.

Si bien para los juristas el tema objeto de esta discusión en esta tesina parece ser solo de origen dogmático penal, humildemente considero que también lo es de índole político criminal, toda vez que estos casos paradigmáticos ya citados, llegan a la opinión pública, evidentemente, porque la población se sintió de alguna manera “no entendida”,

“estafada” o “desprotegida” por los fallos judiciales y no encuentro razón ni fundamento, para soslayar el incesante reclamo social que existe para adecuar estos casos a niveles más lógicos de justicia. El único límite que entiendo nos debe frenar ante el reclamo social es la adecuación de la dogmática y la plena sujeción de ella a los principios fundamentales emanados por nuestra carta magna y los principios limitadores del ius puniendi.

Un derecho que se encuentre fuera de la sociedad no sirve. El derecho penal debe ser un producto de ésta creado para atender necesidades de los ciudadanos a los que atiende. Lo que no puede pretenderse es que el derecho penal utilice criterios que la sociedad juzgue anómalos, de lo contrario será visto como un mecanismo inútil y de represión innecesario. Tampoco debe responder a intereses arbitrarios o salirse de los más elementales derechos individuales. Debe actuar como una balanza entre el garantismo y el eficientismo penal, demostrando que uno no importa la negación del otro y que la pena no sólo es una medida justa sino que ha servido de algo.

**g) ¿Qué puede decirse de los casos paradigmáticos planteados si utilizamos la teoría elegida?.**

**Caso 1:**

El fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal 30 de la ciudad de Buenos Aires, contra Sebastián Cabello por la muerte de Celia. E. González Carman (de treinta y ocho años de edad) y su hija Vanina Rosales de –tres años de edad-, tuvo por probado que el 30 de agosto de 1999, cerca de las dos de la madrugada, el imputado corrió con un Honda Civic de propiedad de su padre, una picada antinormativa a velocidad antirreglamentaria, a un mínimo de 137,65 km. por hora junto a otro vehículo (que habría sido un BMW) por la Avda. Cantilo, de la ciudad de Buenos Aires y que en ese contexto embistió por detrás a un Renault 6 en el que circulaban –a menor velocidad y con las luces reglamentarias encendidas- las víctimas antes mencionadas produciéndose las muertes de las mismas por carbonización a consecuencia del incendio inmediato que causó el impacto. En el asiento del acompañante del Honda Civic, que conducía Sebastián Cabello, se hallaba su compañero Daniel C. Pereyra Carballo, que sufrió lesiones leves y acerca de quien se estimó demostrado que, al igual que Sebastián Cabello, aceptó el riesgo de correr

la picada. Además se consideró probado que al momento del hecho la visibilidad era excelente, que Sebastián Cabello, decidió correr la picada sin que hubiera otros motivos de apuro y que éste, (dada su educación, conocimientos, volición y lucidez) se representó el resultado, es decir, el fallecimiento de dos personas, como posible consecuencia de su participación voluntaria en correr una picada, que optó por ese comportamiento al resultarle indiferente el prójimo y los resultados que –previamente – despreció y asumió. En el fallo, también se demostró y se tuvo en cuenta que luego del hecho Sebastián Cabello se preocupó solo por los daños de su rodado Honda Civic y no por las víctimas. Se lo condenó por considerarlo autor penalmente responsable del delito de doble homicidio simple cometido con **dolo eventual**, a la pena de doce años de prisión de efectivo cumplimiento e inhabilitación especial para conducir automotores por el tiempo máximo previsto en la ley de fondo y costas procesales.

En esa sentencia el Tribunal Oral en lo Criminal 30 puso especial énfasis en demostrar la actitud interna del autor para tener por probado que había actuado con dolo eventual. En tal sentido se advierten consideraciones y expresiones tales como: “la desaprensión previa”, “sentimiento antisocial obviamente egoísta”, “Indiferente, centrado en sí”, “no importándole, dado que allí fueron dirigidas sus acciones de disparo” “eligió libremente para sí como valor selectivo tanto el disparo como la velocidad” “apodíctica indiferencia al propio” “se preocupó solo por su situación, también por el hecho por la trascendencia periodística del suceso, pero que nunca espontáneamente le exteriorizó preocupación, una referencia o un pensamiento hacia las víctimas del luctuoso hecho, que el supo generar desaprensivamente”, “disparar en una picada por puro gusto individual”, “simple estado subjetivo de indiferencia ante la representación de la probabilidad de que ocurra el delito” “su total indiferencia” “esta indiferencia ostenta ponderablemente consistencia y constituye un indicio cargoso seguro que demuestra su resignación hacia el resultado”, “hasta tal punto llegó esa indiferencia al otro”, “tampoco hizo una referencia explícita a la suerte de las víctimas y el relato se centró siempre en lo que le pasa a él a su familia”.

Dicho fallo fue casado en forma parcial por la Cámara Nacional de Casación Penal, calificándose en forma definitiva el hecho como constitutivo del delito de homicidio culposo con multiplicidad de víctimas y se lo condenó a la pena de tres años de prisión,

inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años y costas.

La Sala Tercera de la C.N.C.P. entre sus fundamentos invocó que no se advertía en que elemento acreditativo fincaron los jueces su convencimiento acerca de que Cabello al conducir su automóvil de la manera en que lo hizo había previamente conocido y aceptado que iba a embestir a otro rodado, provocando la muerte de seres humanos y logrando salir él indemne del episodio. Señalaron que esos extremos debían ser probados para poder afirmar con certeza la existencia de dolo y ello no ocurrió en el expediente.

A mi manera de ver y conforme a la línea argumentativa puesta a disposición de los lectores y a la que personalmente he suscripto, entiendo que este caso merece muchas observaciones.

Si bien coincido ampliamente con el veredicto de la sentencia dictada por los distinguidos miembros del tribunal oral actuante, entiendo que su error consistió en intentar demostrar la presencia del elemento volitivo en el dolo, cosa que, como ya se vio quedó ampliamente desterrada en este trabajo.

Que a Sebastián Cabello le haya agradado o desagradado el resultado, le haya sido indiferente, o haya preferido otro desenlace, o se haya preocupado por las víctimas, o lo haya aceptado o no, etc. resulta a mi modo de ver totalmente irrelevante. Lo que importa es si al momento del hecho puede afirmarse, conforme a las reglas del inequívoco sentido social, que el nombrado se representó que en oportunidad de correr la picada antinormativa, con exceso de la velocidad reglamentaria (137 km por la Avda Cantilo) podía acabar en la lesión o muerte de alguna persona.

En segundo lugar y ahora criticando también la base lógica del fallo de la Sala 3ra. de nuestra Cámara de Casación debo decir que el conocimiento, y en su caso la aceptación del resultado, no deben ser probadas sino atribuidas.

Conforme ya se explicó párrafos antes el juez no puede ingresar a la mente del autor y probar acabadamente qué es lo que ocurrió, si conoció, de qué manera obtuvo ese conocimiento y si aceptó, si le agradó, le desagradó etc. Todo ello se puede inferir a través de elementos externos pero no se puede probar, se puede atribuir en base parámetros externos y pautas de mensura.

En primer lugar podemos afirmar que Cabello contaba con los conocimientos mínimos en sentido estricto a los que alude Ragués y Vallès. y que hemos precisado con Laporta.

Tenía todos aquellos conocimientos con los que no cuentan aquellos que padecen incapacidad psíquica permanente o transitoria como la alteración morbosa de las facultades o la insuficiencia de éstas, previstos en nuestro derecho en el art. 34, inc. 1ª del Código Penal, que hacen que el sujeto no tenga en el momento de la acción, la capacidad de conocer o actualizar los elementos conscientes o necesarios para configurar la finalidad realizadora del tipo.

En segundo lugar, también se puede señalar que contó con los conocimientos mínimos en sentido amplio y estos son aquellos que hacen a la socialización del sujeto. Cabello al momento del hecho era un joven educado en la sociedad y ello implica el conocimiento de todo aquello que tiene que ver con el mundo social.

Además, dados sus conocimientos específicos sobre vehículos, anteriores al suceso, resulta impensable suponer que no haya contado con dichos conocimientos al momento del hecho. A él le era fácilmente cognoscible que de correr una picada a la velocidad empleada y por el lugar mencionado podía causar el fallecimiento o las lesiones de personas indeterminadas. Asimismo, también se ha acreditado que los factores objetivos que conforman tal situación se encontraban en una posición espacial tal, en relación con él, que tuvo que aprehender, con sus sentidos, su existencia y ubicación. Es decir, era obvio que sabía que estaba en una avenida, no en un autodromo, sabía que la velocidad no era la permitida ( ya que sabía leer y que ese tipo de velocidades no son permitidas en avenidas), sino marcadamente superior, sabía que otros automóviles circulaban por allí y que no corrían picadas y que como consecuencia de ello podía lesionar o matar a otros.

Por las mismas razones, es fácil afirmar que no sólo era conocedor de la peligrosidad genérica de la conducta sino de su peligrosidad concreta ya que contaba con un perfecto conocimiento situacional.

Con todo ello no es difícil imputarle a Cabello el conocimiento de los resultados lesivos ocurridos. Asimismo él tenía la posibilidad de haber evitado, tras esa representación el resultado, porque bastaba con no correr la picada ni manejar a esa velocidad antirreglamentaria.

Cabello realizó una acción voluntaria con conocimiento del peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, conocía las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior. Era consciente del peligro concreto que generaba con su acción.

Cabello se decidió a actuar ante la conciencia de esa posibilidad (de realización del tipo), ante el conjunto de circunstancias que, según la norma (delito doloso), motivan la prohibición de esa decisión. Dados los conocimientos de un hombre común o con los conocimientos mínimos estrictos y amplios antes descriptos no se puede sostener sin dejar la lógica de lado, que Cabello no haya identificado ante su acción un peligro concreto de violación de los bienes jurídicos mencionados.

Pero como se vio más allá de la dicotomía voluntad versus conocimiento, lo que aquí también debe ponderarse es que, aunque se fundamente el dolo eventual exclusivamente en el aspecto cognoscitivo del dolo, hay que renunciar a la idea de que el mismo debe ser probado. No podemos ingresar en la mente del autor e intentar demostrar si tuvo el conocimiento señalado. Ya se sostuvo en estas conclusiones que ni siquiera hay acuerdo en la psicología acerca de cómo hacerlo. Por ello el dolo deberá ser imputado y una posibilidad es la de hacerlo conforme a las reglas enunciadas que, a lo largo del tiempo, se irán perfeccionando y posibilitando a su vez mayor seguridad jurídica.

Aquí es donde, a mi modesto modo de ver, se equivocaría el Tribunal Oral 30 y la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación Penal, que insisten con probar el dolo, considerando que es un fenómeno interno del sujeto.

Por ello es que considero que Cabello actuó en forma dolosa. Si ese hecho delictivo producido en la vía pública con un automotor no puede considerarse doloso, no veo cuál podría serlo, y en este sentido me vienen a cuento las palabras esbozadas por Jorge Frías Caballero cuando señaló: "...no existe el menor fundamento para afirmar que los delitos de homicidio o lesiones en el tránsito vehicular únicamente pueden cometerse en forma culposa. La tesis que excluye la posibilidad de la responsabilidad dolosa en el homicidio o lesión es palmariamente inexacta. En consecuencia cabe afirmar que quien conduce un automotor con exceso de velocidad o violando un semáforo rojo, por ejemplo, no es un mero "pecador venial" o un "caballero de tránsito" marcado por la mala suerte (como

habitualmente cree la opinión pública) sino un auténtico criminal que perpetra un “pecado mortal” de homicidio o lesiones , con culpabilidad que puede llegar hasta el dolo. ¿por qué razón, pues se habría de asegurar que siempre, o sólo, actuará con mera responsabilidad culposa?”

**Caso 2:** Una persona muere como consecuencia de contraer el virus del SIDA por haber mantenido relaciones sin protección con otra infectada, una sola vez, que no le hizo saber esa circunstancia, conociendo perfectamente su condición de portador (mediante la clara y precisa información brindada por su médico) y del alto riesgo de contagio que tenía si no usaba preservativo. A pesar de ello y de ser conocedor que de esa acción podía devenir el contagio y la eventual muerte de su pareja, mantuvo igual relaciones sin protección .

En este caso, y utilizando los criterios ya enunciados, no puedo dejar de señalar que si se comprueba que la información brindada por el experto (médico) al paciente fue clara y detallada sobre la existencia de un riesgo de contagio, incluso en una única relación sexual no protegida y que éste entendió, a su vez, la información brindada por el profesional, el conocimiento le debe ser atribuido.

Al individuo se le dirige un imperativo concreto, pero no sólo en relación con cada situación determinada, sino, además, en relación con su propia personalidad que se manifiesta en el momento del hecho. Por eso, si dadas sus características personales (conocimientos, personalidad, instrucción etc.) se puede afirmar que el sujeto entendió lo que podía pasar con su accionar el conocimiento le será imputado. Como se ve no sólo se evalúa el conocimiento respecto de una acción concreta determinada sino en relación al sujeto particular.

Por ello lo importante es constatar si el autor sabía de los riesgos que ocasionaba su conducta.

Si quería o no quería contagiar a su pareja, si le resultó indiferente esa posibilidad etc., no resulta relevante. Esa conducta, de acuerdo a sus características externas y perceptibles, se valora como negación consciente de una norma concreta penal. El sabía de su peligrosidad y actuó igual, la representación irracional de la no producción del resultado sólo podría ser invocada como un error de tipo (error en la apreciación de las circunstancias

objetivas de la conducta) que dada la prueba colectada en ese sentido deviene improcedente.

El sujeto tenía los conocimientos mínimos en sentido estricto, no padecía perturbación de la conciencia ni en forma permanente ni transitoria y tenía los conocimientos mínimos en sentido amplio, era una persona que se había educado en un mundo social, en donde la información sobre el contagio del SIDA, es claro y reiterado, el mundo en el que se movía, sus características culturales y sociales etc. descartaban sin duda toda posibilidad de error en el conocimiento. Asimismo es de fundamental importancia la información que brindó el profesional, que con su accionar pasó al paciente los conocimientos relativos al tema que nos ocupa, lo que en modo alguno puede ser soslayado. Por otro lado y por sobre todo, lo fundamental es que la conducta es especialmente apta para causar el daño creado.

**Caso 3** Un perro muerde a su propia dueña y después a un niño que transitaba por la calle. Se sospechó que el can estaba rabioso pero antes de que viniesen a llevarse al animal para el correspondiente examen, su propietaria lo mató a escondidas, enterrándolo en su quinta y lo reemplazó por otro de la misma raza y tamaño, que fue el que examinaron las autoridades sanitarias. Como la exploración fue negativa se interrumpió el tratamiento preventivo del menor en el Instituto Pasteur ; pero la dueña del perro (conocedora de ello y celosa de su secreto) prosiguió el tratamiento inmunizador contra la rabia, indiferente a la suerte de la otra víctima, que falleció pocos días después atacada del terrible mal..

En este caso también se constató que la imputada sabía lo que estaba haciendo y que ello ocasionaría la muerte del menor. En tal sentido lo demuestra la propia actitud que adoptó consigo misma al realizar el tratamiento en el instituto Pasteur contra la rabia. Que haya querido no, o lamentado o no, o resultado indiferente la muerte del niño no resulta relevante para señalar que la nombrada actuó con dolo.

Conforme a las pautas de mensura que se vienen analizando la nombrada sabía perfectamente lo que estaba haciendo y las consecuencia de su acción. En casos tan claros como este se advierte que el análisis en más rápido y que no conlleva tanto detenimiento, critica que se intentó realizar a este método. La realidad indica que estas pautas de

valoración a medida que se van sistematizando, su aplicación también se va agilizando, dejando las mayores evaluaciones a los casos más problemáticos o dudosos.

Sin embargo se puede afirmar que la conducta era socialmente apta para producir el desenlace fatal, la imputada tenía los conocimientos mínimos en sentido estricto (no tenía ninguna perturbación permanente o transitoria de su capacidad psíquica), tenía los conocimientos mínimos en sentido amplio ( era un ser educado en sociedad), la propia actitud llevada a cabo para su persona demuestran que sabía los males que le podía aparejar la mordedura del can rabioso que ella misma mató, exteriorizó así su conocimiento, la clase de saber que se le exige es acorde a su preparación social y cultural.

**Caso 4:** Una empresa larga humo de sus chimeneas y los vecinos del lugar le advierten en reiteradas oportunidades que el mismo es perjudicial para su salud, con exámenes médicos que denotan las enfermedades respiratorias de las que son víctima y el nexo causal que existe entre estas emanaciones y los daños en la salud producidos. Asimismo, le demuestran que las prendas recién lavadas y colgadas en las sogas se tiñen debido a ese humo, mientras se secan al aire libre. Los dueños de la empresa reconocen lo ocurrido, les pagan los estudios médicos y los daños ocasionados en las prendas de vestir, pero nada hacen sobre la emanación de esos gases. Siguen trabajando como si nada hubiera ocurrido. Con el tiempo los daños en la salud de los vecinos se agravan y también los daños en las cosas. De ello resultan muertes, lesiones graves y daños.

Este es otro caso similar a los anteriores. Los responsables de la firma se han representado el posible mal que podrían sufrir los vecinos de la zona. No sólo se lo han representado sino que han sido testigos de lo que ha ocurrido al ver los exámenes médicos y los daños producidos. La buena intención puesta de manifiesto al abonar los gastos producidos por los problemas médicos sufridos o las prendas de vestir dañadas por las emanaciones no pueden modificar el cuadro situacional en que se hallaban inmersos los imputados. Ellos sabían del mal que estaban produciendo y nada hicieron para evitarlo. Siguieron sin modificar la situación, pese a las advertencias de los vecinos, lo que llevó a los resultados producidos.

Los imputados superan los conocimientos mínimos en sentido estricto y amplio y tomaron acabado conocimiento de lo que estaba sucediendo y no modificaron su actitud.

Que hayan querido o no la situación, les haya resultado indiferente, etc. no cambia el cuadro cargoso. Actuaron con dolo. El peligro del resultado no sólo constituía un medio idóneo sino que era de carácter concreto.

**Caso 5:** El caso de los mendigos rusos. Unos mendigos de esa nacionalidad mutilaban niños para dar lástima y que les den limosna. Varias criaturas al ser mutiladas perdían la vida. Ellos no querían su muerte, porque además no les servía.

Aquí ocurre lo mismo que en los anteriores. Si los mendigos querían o no el resultado, les agradaba o no etc. no resulta importante. Ellos se representaron el resultado producto de su acción (mutilación) y actuaron igual. Tenían los conocimientos mínimos y

amplios en sentido estricto, se demostró que al momento del hecho sabían lo que podía pasar, hubieran podido evitarlo, el medio era idóneo para generar el resultado etc. Actuaron con dolo eventual.

**Caso 7:** Un individuo convence a un amigo suyo para que le preste una elevada cantidad de dinero, afirmando que va a invertirla en un negocio muy rentable de fabricación de maquinaria que, en realidad, no existe. Su verdadera idea es destinar el dinero a la compra décimos de lotería, y con las ganancias que confía obtener, no sólo piensa resarcir a su amigo, sino lucrarse también el mismo. Si, como parece lo más probable, se pierde todo el dinero ¿se está ante la comisión dolosa de una estafa?”

El autor en modo alguno quiere perjudicar a su amigo. Sin embargo esto no resulta relevante. La posibilidad de ganar la lotería y de esta forma devolverle a su amigo el dinero prestado para otro fin era muy remota. El tipo objetivo del delito de estafa se encuentra cubierto. Generó un ardid necesario para provocar en la víctima un error que desencadenara la disposición patrimonial del nombrado. Debe demostrarse si actuó con dolo.

Conforme las reglas de imputación con las que venimos trabajando, el autor tenía los conocimientos mínimos en sentido estricto y amplio a referenciados y también tenía al momento del hecho ese conocimiento. Evidentemente el medio era idóneo para producir el perjuicio sufrido y la esperanza de que éste no se produjera era irracional. La confianza invocada no puede actuar como un error que haya disipado el conocimiento del sujeto. Darle curso a esa confianza, ya sea como un eliminador de la voluntad o un eliminador del conocimiento, no encuentra el menor atisbo de racionalidad ni media ni personalizada para una persona imputable. Sostener lo contrario llevaría a considerar atípica la conducta en cuestión, toda vez que no existe tipo culposo de la estafa.

### **Caso 8: Omar Emir Chaban**

Se le reprocha en el auto de procesamiento apelado que en su calidad de organizador de eventos musicales y explotador comercial y responsable del local denominado República Cromañón, organizó el recital de rock del grupo Callejeros del 30 de diciembre de 2004, provocando, con acciones y/u omisiones, la muerte de 193 personas

y diversas lesiones a varios centenares más, hechos imputado por dolo eventual (artículo 79 del Código Penal).

La defensa cuestionó la calificación señalando que no era la correcta, ya que la máxima imputación que se le podía realizar era a título imprudente.

La Cámara del Crimen confirmó el auto de procesamiento pero modificó la calificación señalando que debía descartarse la figura descripta en el artículo 79 del Código Penal y debía aplicarse al caso la del artículo 186 inciso 5°, es decir, la del incendio doloso agravado por el resultado de muerte, siendo la especie que concurre en el caso la del dolo eventual, en calidad de autor (art. 45 del C.P.).

El juzgado de primera instancia le atribuyó puntualmente a Chabán :

1) *“Haber permitido que ingresasen al predio alrededor de 3.000 personas cuando, en realidad estaba habilitado y tenía capacidad para 1.031 personas, como así también haber dispuesto un lugar específico (supuestamente el baño de damas) para la permanencia de menores de edad a modo de guardería.”*

2) *“Haber omitido, en su calidad de organizador del espectáculo, adoptar las medidas de prevención necesarias para contar con una adecuada dotación de personal de seguridad que garantizase la integridad de las personas y los bienes que concurrieron esa noche al lugar.”*

3) *“No haber, en esa misma calidad de organizador, dispuesto lo necesario para establecer un cacheo eficiente y minucioso en la entrada del local para impedir que los asistentes, conocidos y distinguidos en el ambiente por la habitual utilización de pirotecnia, ingresaran con elementos de esas características, teniendo en cuenta que se trataba de un lugar cerrado, en el que se reunirían muchas personas, teniendo en cuenta que había ocurrido anteriormente un incendio de similares características, y que, en sus techos y estructuras presentaba materiales altamente combustibles que no se ajustaban a las normas reglamentarias para el caso de incendios.”*

4) *“Haber organizado un espectáculo de esas características, aún a sabiendas que la única puerta/salida de emergencia del local, ubicada en Bme. Mitre 3038/50 que debía estar en condiciones de abrirse desde el interior del mismo -accionando la barra antipánico que tenía colocada- se hallaba sellada con un candado y alambre, no habiendo dispuesto lo necesario para que ella se encontrase habilitada durante la permanencia del*

*público en el lugar por si se sucedía un siniestro y pudiera ser utilizada para que el público saliera del lugar y de esta forma salvaran sus vidas, teniendo además en cuenta que sabía que en el lugar había más personas que las permitidas por la habilitación municipal.”*

5) *“No haber dispuesto lo necesario, en su calidad de organizador del evento y responsable de los bienes y vidas que se encontraban en el lugar para, una vez desatado el incendio, organizar un egreso ordenado de las personas que permitiese una evacuación más eficiente y pronta del local.”*

6) *“No haber dispuesto lo necesario, en la calidad antes apuntada, para que, una vez comenzado el siniestro, se abriese la única puerta/salida de emergencia con que contaba el lugar.”*

7) *“Haber organizado el espectáculo de marras aún a sabiendas que el certificado anti-incendio expedido por la Superintendencia de Bomberos de la PFA se encontraba vencido y que, en consecuencia, ningún organismo especializado garantizaba la seguridad del lugar y sus asistentes en lo relativo a ese tipo de siniestros.”*

8) *“Haber llevado adelante el mencionado espectáculo aún a sabiendas de que la mayoría de los matafuegos existentes en el predio se hallaban despresurizados y/o vencidos.”*

Este caso es particularmente interesante para evaluar otro aspecto y es el alcance de la representación que habría tenido Chabán en el suceso acaecido.

Sin perjuicio de que no tenemos en nuestras manos el expediente de la causa “Cromañon” para analizar personalmente y en forma pormenorizada la prueba colectada, el caso se analizará con los elementos que tuvo por probado la jueza de instrucción.

Lo que me resulta sumamente destacable es el esmero que han puesto los juzgadores (la jueza y la Cámara del Crimen) en tratar de constatar si el conocimiento del dolo le podía o no ser atribuido a Chabán.

Más allá de las distintas posiciones esbozadas –la jueza creyó que el conocimiento del dolo de homicidio podía serle atribuido y los jueces de la Cámara entendieron que solo el del dolo de incendio- considero que el camino escogido para ello se acerca bastante a los postulados aquí planteados.

En el caso de la jueza se advierte que no descartó el elemento volitivo del dolo, pero lo relativizó de tal manera que, a los efectos prácticos, se logró enunciar lo mismo. La conducta llevada a cabo por el imputado ha sido una voluntad conciente de la realización del tipo (al mejor saber de Sancinetti) y esa voluntad ha de juzgarse al merituar la acción no el dolo.

Pero sin perjuicio de que la magistrada no ha hecho dicha disquisición tampoco se ha obstinado en querer demostrar si el imputado quiso, no quiso, aceptó o le resultó indiferente el resultado.

Por su parte la Cámara del Crimen explicó fundadamente las razones por las cuales consideró que el dolo de homicidio no le podía ser atribuido a Chabán sino, por el contrario, le era atribuible el conocimiento inherente a la entidad del riesgo de incendio que podría haberse generado.

Chabán se habría representado efectivamente la posibilidad de que como consecuencia de sus defectos de organización, se produjera un incendio que, por las características de las circunstancias en que se podría dar, generaría inevitablemente un peligro para las personas y los bienes que hubiera en el lugar. Sin embargo, no se vislumbró que se haya representado de igual manera la posibilidad de muerte de las personas, las que si bien fueron en el caso una consecuencia previsible del incendio, no fueron previstas por el imputado por la forma en que éste efectivamente experimentó los incendios anteriores que sufrió República Cromañón, y por el conocimiento que éste tenía de las derivaciones que podría tener un incendio como los que preveía podría haber en el lugar, que no le permitió contar con las consecuencias que la emanación de gases tóxicos podría generar para la vida de los asistentes, él incluido.

Por ello entiendo, que el dolo de peligro y el de lesión no son idénticos, y que si bien el segundo puede abarcar al primero, no ocurre lo mismo a la inversa, por lo que es factible sostener que la calificación a adoptar es la de 186 inciso 5<sup>a</sup> y no 79 del Código Penal.

Si bien no es el objeto de este trabajo dar una acabada y definitiva respuesta sobre este caso, debe destacarse, como se hizo, la importancia de la evaluación del alcance de la representación del imputado sobre baremos generales pero también particulares. Se analizó la viabilidad de su conocimiento desde un aspecto social y también personal.

En este último aspecto podría decirse que las actitudes llevadas a cabo por Chabán habrían demostrado que la posibilidad de muertes no fue por el representada, ya que tampoco se demostró que el nombrado tendría ánimo de suicidarse –ya que estaba allí- o que esperara la muerte de sus conocidos y allegados.

Esto no quiere decir, que en todos los casos en que la vida propia esté involucrada deba descartarse el dolo, hay actividades en que por las propias características y actitudes arriesgadas del autor asumen el riesgo y no existe en tal sentido confianza racional que permita indicar que lo hubieran suprimido (casos de conductores de vehículos por ejemplo).

## **EPILOGO**

Tal como se habrá advertido el problema que dio origen a este trabajo es el de la aparente e inacabada discusión entre lo que la doctrina ha dado en llamar dolo eventual y culpa con representación.

Después de efectuar un pormenorizado recorrido por las distintas escuelas que han intentado definir una y otra posición dogmática, advertí que era necesario comenzar por el principio; es decir, por analizar la definición de dolo y someterla a distintas pruebas. De esta forma, constaté que la definición que ofrecía la doctrina mayoritaria no podía superar distintas vallas, y una de ellas, principalmente, era la de captar con su definición a todas las especies de dolo que se reconocían.

Esto ocurrió cuando intenté aplicar la definición estricta, es decir, la que considera que dolo es el “conocimiento y la voluntad de los elementos del tipo objetivo” a cada una de sus clases y constaté que ello no era posible.

Dicha situación me llevó a considerar que dolo era solo el conocimiento de los elementos del tipo objetivo pero que la voluntad, obviamente, no desaparecía sino que era aquella que guiaba la acción como tal y debía evaluarse en la etapa pre típica. Voluntarios eran los actos dolosos y los imprudentes, la diferencia radicaba en que en unos se conocía lo que se estaba haciendo y en los otros no. En los primeros había dominio de la acción, esta se podía evitar, en los culposos no existía tal dominio.

El desdoblamiento de esas dos “voluntades” me resultó sobreabundante y confusa. Confusa porque a ese aspecto volitivo, además, se le sumaban connotaciones de índole emocional que nada tenían que ver con lo típico sino con aquellos fenómenos que debían evaluarse en el momento de la individualización de la pena. Obviamente, no debería recibir la misma sanción quien actúa realizando una acción cuando conoce el riesgo que ella imprime sin querer el resultado que puede producir, que quien lo desea y lo premedita, o actúa con alevosía etc. Desde una posibilidad a la otra existen distintos matices de disvalor de acción que serán evaluados de distinta forma al momento de aplicar la pena; lo que no quita a todas ellas su carácter de dolosas. Por ello, también, las escalas penales suelen ser tan amplias.

Este destierro del elemento volitivo del dolo y el aceptar que el mismo es solo conocimiento, implicó precisar los alcances de éste último, qué era lo que debía saberse, en qué momento y de qué manera se afirmaría su presencia. ¿Debía probarse el dolo o debía atribuirse al autor?. Debía hurgarse en la mente del sujeto y demostrar que conocía los elementos del tipo (psicologismo) o podía determinarse y atribuirse conforme a parámetros legales claros definidos por la jurisprudencia (normativismo). Debía para ello responderse al interrogante de si el dolo es un concepto ontológico o jurídico y si es jurídico, conforme a qué reglas debía atribuirse a un sujeto. Al saber o entendimiento de un lego, al inequívoco sentido social de manera general o a aquél que se evalúa desde un baremo individual.

Asimismo si se entendía que debía utilizarse un sistema de corte normativo debían precisarse sus límites. ¿Acaso una normativización absoluta no podía ampliar en forma ilegítima el marco punitivo? Por ello, se entendió humildemente en este trabajo que los principios materiales rectores del derecho penal inhiben una creación que bajo una pretensión normativista, y con absoluta coherencia intrasistemática, logren la ampliación del ámbito de acción de los tipos penales o el agravamiento de conductas que ni merecen ni necesitan tener una pena más grave.

Este sistema que aquí se propone para entender y tratar el dolo, basado en autores tales como Ragués y Vallès en España y Hernán Laporta en Argentina, entre otros, pero sostenido indirectamente por la posición dogmática de otros tantos juristas de gran jerarquía, tiene la gran ventaja de ser mucho más seguro que la prueba de indicios o la convicción judicial, que permiten entre otras cosas, que se juzguen de distinta manera acciones idénticas en iguales contextos, lo que la transforma en incontrolable y peligrosa. Asimismo permitirá que pueda ser casada lo que no ocurre hoy porque se considera que es una cuestión de hecho y prueba. Con esto el tribunal de casación se encontrará en la mismas condiciones que el tribunal inferior para evaluar el dolo.

Así y sobre esta base de definir al dolo sobre el aspecto cognitivo pero con todas las precisiones que se han intentado dar para poder llegar a atribuirlo, entiendo que ha quedado, por lo menos, más despejado el camino para entender esos casos paradigmáticos que azotan a los juristas y a los ciudadanos, cada vez que se dan frente a nuestros ojos.

Mucho se puede decir y soy conciente que son temas muy dificiles de cerrar porque indefectiblemente conducen a uno u otro tema en forma permanente, pero debo darle un final y por ahora es este.

Agradezco desde ya al Departamento de Posgrado de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, especialmente al Dr. David Baigún por su paciencia y sabios consejos, esperando que esta humilde tesina pueda poner, aunque sea, un pequeño granito de arena en este tema tan apasionante.

## **BiBLOGRAFÍA:**

Arteaga Sánchez Alberto, “Concepto y elementos del dolo”, Derecho Penal Venezolano, Editorial Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1989.

Anichiarico, Ciro, Revista del Colegio de Abogados Noviembre-Diciembre 2005. “Dolo eventual. Consideraciones en torno de una figura penal que origina controversias”

Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, Parte General, “da. Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Baigún, David “Dos cuestiones dogmáticas conocidas (legítima defensa dolo eventual y las valoraciones de la Política Criminal”, (Nota a Fallo), Doctrina penal, Teoría y práctica de las Ciencias penales, Editorial De Palma, Año 1987, Revista 38, pag. 267.

Bellati, Carlos Alberto “La evolución de las explicaciones finalistas del delito imprudente” [www.jurídicas.com](http://www.jurídicas.com). Mayo de 2000.

Bolaños González, Mireya “Algunas consideraciones teóricas acerca el dolo eventual” páginas 129-180, Revista CENIPEC 24.2005. Enero-Diciembre. SIN:0798-9202

Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal, Parte Gral., 3ra. Edición aumentada, corregida y puesta al día. Ed. Ariel Derecho.

Bustos Ramírez J, Lecciones de Derecho Penal, Vol II, Editorial Trotta, 1999.

Canestrari, Stefano: “ La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo”. Ius et praxis, Año 10, nro. 10, pag. 59.

Clemente, Martín, “Dolo eventual e imprudencia conciente: El problema de la conciencia insegura.” JA 1992-IV pag. 259.

M. Corcoy Bidasolo, “El delito Imprudente, criterios de imputación del resultado, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

De la Fuente, Javier Esteban “El concepto de dolo eventual en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Editorial Ad Hoc, Año 2000, T 10 B, pag. 553.

Elhart, Raúl “El caso Cabello: para imputar el dolo eventual, ¿es insoslayable demostrar la indiferencia del autor ante el resultado probable?, Revista de Derecho Penal Procesal Penal, 2004, fascículo 1, pag 249 stes.

Fallos: Cabello, Sebastián, Chabán Osmar.

Fernández Cruz, José Angel “El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones”, Revista de Derecho (Valdivia) SIN 0718-0950 versión on line.

Frias Caballero, Jorge ¿Homicidio simple con dolo eventual en el tránsito automotor?, Tomo 1995-B, Sec. Doctrina.

García, Esther Hava: “Dolo eventual y culpa consciente: criterios diferenciadores”

Jakobs, Gunter, Fundamentos de Derecho Penal, Ed. Ad-hoc.

Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Comares. Granada, 2002.

Jiménez de Azúa, La ley y el Delito, páginas 575 y stes.

Laporta, Mario Hernán, “El dolo y su determinación en Casación..Normativización ubicación estructural..” Ed. Lexis Nexis. 2007.

Letner, Gustavo Adolfo, “Dolo eventual y culpa con representación (Problemas y consecuencias que traen aparejadas su distinción su posterior aplicación en casos vinculados con el tránsito automotor).

Maurach Reinhart, Derecho penal, Parte General 1, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible, Traducción 7ma. Edición alemana., 1994.

Mezger, Edmund, Derecho Penal, Libro de Estudio-Parte General, Din. Editora, Traducción de la Sexta Edición Alemana (1955). Dr. Conrado A. Finzi 1989.

Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 4ta. edición corregida, Barcelona 1996.

Núñez, Ricardo C. Derecho Penal Argentino, Parte General, Tomo I.

Pagliariere, Carlos P. (h) “ Todos los delitos son dolosos: el delito culposo no existe” La Ley,19/4/05.

Pierrestegui, Walter “Dolo eventual vs. Imprudencia –una dicotomía relevante”.

Ragués I Vallès Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1999.

Rodríguez Montañés Teresa, “El dolo de peligro, delimitación frente al dolo eventual y a la imprudencia conciente”.

Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos de la Teoría del Delito. Ed. Civitas. 1997.

Sancinetti, Marcelo A. Teoría del delito y disvalor de acción, Bs. As, Hammurabi, 2004, pag. 273.

Stratenwert Gunter: Derecho penal, parte General I, El hecho punible. Traducción de la Segunda edición alemana (1976) de Gladis Romero, Edersa, 1982.

Struensee, Eberhard : “Conferencia de Temas de Derecho Penal celebrada en el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires dictada el 31 de agosto de 2005”

Terragni, Marco Antonio, “Delirio, castigo dolo eventual”.

Terragni, Dolo eventual e imprudencia , LL 2005-E.pag.562 stes.

Welzel, Hans: “Derecho Penal alemán, Editorial Jurídica de Chile, parte General, 12 a edición, 3ra. Edición castellana, Traducción de los profesores Juan Busto Ramírez Sergio Yáñez Perez, Mayo de 1987.

Zaffaroni, Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar, Alejandro. Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, 2002.

