

# **Derecho Penal**

# POSICIONES TRADICIONAL y ACTUALES SOBRE EL DOLO EVENTUAL

Carolina Gitana - Fausto Yrure

## Capítulo 1.Introducción.-

1.- Parfraseando a Ramón Ragués, *"todo indica que la centenaria discusión sobre el dolo va a seguir gozando de férrea salud durante el próximo milenio"*<sup>1</sup>.

En el presente trabajo, pretendemos invitar una vez más, a ingresar al análisis del dolo eventual en su viscosa relación/diferenciación con la imprudencia consciente, haciéndolo desde la perspectiva de las distintas teorías tradicionales que gobernaron la discusión por décadas y desde algunas tendencias modernas, que de un tiempo a esta parte han comenzado a extenderse y en ciertos casos, a imponerse.

Del desarrollo de las mismas, se intentará descubrir el aporte que han realizado al tema, y principalmente, responder a ciertas preguntas que en el devenir de esta intensa disputa se fueron imponiendo, tales como: si es posible construir un concepto de dolo, basado solamente en parámetros cognitivos, despojando al mismo, de todo contenido de voluntad; si ello no significaría ampliar peligrosamente el ámbito del dolo; si es necesario, entonces, mantener un componente volitivo, único capaz de distinguir adecuadamente dolo de imprudencia; si es posible llegar a una definición de dolo a través de elementos comunes a las categorías tradicionales que hoy conocemos y relevantes a efectos de alcanzar una teoría unitaria del mismo; si el tan conflictivo problema de la prueba del dolo, podría solucionarse abandonando el criterio subjetivo psicologista interno del sujeto para su averiguación y recurriendo a parámetros normativos externos y constatables del hecho.

Ramón Ragués, "Tres propuestas recientes en la histórica discusión sobre el dolo", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año V, N° 9 A, Ad-H(lc, Bs. As., 1999, pág. 486.

2.- Comenzamos por repetir algunas cuestiones ya largamente conocidas.

Por un lado, por mucho tiempo y aún hoy (casi podríamos afirmar, en tendencia mayoritaria), diversos autores afirman que el dolo es conocer y querer los elementos del tipo, o en términos welzelianos, querer la realización del tipo objetivo, guiado por el conocimiento.

Tampoco hay mayor inconveniente, y más allá de alguna variada terminología, en reconocer tres clases fundamentales de dolo, a saber: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado, y dolo eventual (ello sin perjuicio de cierta tendencia moderna, todavía menor pero creciente, de llegar a un concepto unitario de dolo que sea aplicable a todos los casos).

Del ya enraizado concepto de dolo mencionado, se deducen los dos grandes componentes del mismo, que perduraron por años en la doctrina y jurisprudencia, indiscutidos: el conocimiento y la voluntad. Dolo-voluntad, dolo-intención, es una idea que -confundidamente o nose encuentra arraigada hasta en quienes no pertenecen ni se interesan por el mundo del derecho. Y como - y esto también se ha repetido infinitamente-, no puede quererse lo que no se conoce (ello es obvio), para decido con palabras de Hassemer "*no se puede concebir una voluntad vacía de contenido*"<sup>2</sup>, entonces, el dolo tiene que ser conocimiento y voluntad.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, este elemento de voluntad ha comenzado a ser puesto en duda, llegando algunos a negado completamente, eliminándolo del contenido del dolo (sus mayores detractores) y otros, que aún considerándolo todavía un componente infaltable de aquél, lo intentan redescubrir desde otras perspectivas, abandonando criterios subjetivos psicologistas de la esfera interna del sujeto actuante, y acudiendo a criterios mayormente normativos - constatables materialmente-, para su determinación.

3.- Pero volviendo un poco sobre los distintos tipos de dolo, al menos los reconocidos por la doctrina clásica, dijimos que podíamos distinguídos en: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual (recordamos que simplemente estamos haciendo

Hassemer, "Los elementos característicos del dolo ... ", pág. 927; citado por Ma. del Mar Díaz Pita, "El dolo eventual", pág. 47, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, Monografías, 1994.

un repaso muy básico de estas cuestiones generales, antes de ingresar al tratamiento del tema en concreto, y por ello, atendiendo a conceptos mayormente aceptados).

Así, de modo muy simple, podemos decir que en el dolo directo de primer grado, el resultado es el fin que el agente se proponía<sup>3</sup>. Por el contrario, en el dolo directo de segundo grado, el resultado no es el fin de la acción del sujeto, incluso podría decirse que éste no quiere el resultado, pero sabe que va vinculado necesariamente a lo que perseguía de manera directa. Por último, en el dolo eventual, el sujeto no tiene como finalidad de su accionar, la producción del resultado delictivo, quizás tampoco lo desee o hasta le repugne, y tampoco lo advierte como necesariamente vinculado 'a lo inmediatamente perseguido (aunque lo inmediatamente perseguido, a diferencia de lo que sucede con el dolo directo de segundo grado, no constituye delito, al menos no siempre).

Sin embargo, en el dolo eventual, el sujeto se representa que el resultado no querido por el derecho, puede acaecer como consecuencia de su conducta (me detengo aquí, mencionando sólo este elemento de la representación, que es común a las diversas teorías que desarrollaron el contenido del dolo eventual).

Así, aquellos dos elementos que reconocimos como integrantes del concepto de dolo (sin dudas en el dolo directo) y que eran aceptados tradicionalmente sin mayores cuestionamientos -el conocimiento y la voluntad-, forman parte de una duradera discusión en cuanto a si también conforman el contenido del dolo eventual, es decir, si en el dolo eventual, también podemos distinguir conocimiento y voluntad, y requerirlos para su conformación.

El tema no es en absoluto menor, ni se trata de un mero capricho teórico; por el contrario, conformar el dolo eventual con uno o ambos u otros elementos, acarrea distintas e importantes consecuencias.

Por ello, *"una descripción lo más exacta posible del dolo eventual es necesaria no sólo para delimitarlo de las restantes formas del dolo, sino sobre todo para diferenciarlo de la imprudencia consciente, distinción que en la mayoría de los casos posee importancia decisiva para la punibilidad,,4.*

Antón Oneca, "Derecho Penal, Parte General, Tomo 1, pág. 200, Madrid 1949; citado por Gimbernat Ordeig, Enrique, "Acerca del dolo eventual", en Estudios de Derecho Penal, 3ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1990.

Claus Roxin, "Derecho Penal Parte General", T. 1, pág. 415, Ed. Civitas.

4.- Tomaremos un ejemplo -de los muchos que existen-, quizás el más tradicional, para comenzar a dilucidar el contenido del dolo eventual: el caso de los mendigos rusos. Bien conocido es éste, en que unos mendigos rusos mutilaban a sus niños, a efectos de generar mayor lástima y así obtener más limosnas. Como consecuencia de ciertas mutilaciones, algunos niños fallecieron. Era evidente que los mendigos no querían tal resultado, todo lo contrario, puesto que con el mismo, no obtendrían las limosnas esperadas; su objetivo era mutilar, pero que los niños queden vivos. Sin embargo, conocían que la muerte podía suceder, con mayor razón una vez que algún niño ya había padecido ese destino. No obstante ello, las mutilaciones continuaron.

5.- Mientras que sobre el contenido del dolo de primer grado y del de segundo grado existe una cierta unanimidad, dos teorías principales disputan, desde hace décadas, sobre cuál es el auténtico contenido del dolo eventual. La teoría del co-sentimiento o de la voluntad opina que en el hecho concurre dolo (eventual) cuando el sujeto piensa que es posible que se de el elemento objetivo del tipo, y, además, se dice: <aun cuando fuese seguro, actuaría> ... ; si se dice, <si la muerte que nos parece posible, fuese para nosotros consecuencia segura de la acción, nos abstenríamos de actuar>, hay muerte imprudentes (para referirse a esta teoría, Gimbernat Ordeig ha escogido, como más adelante veremos, la llamada "Primera fórmula de Frank).

La teoría de la probabilidad o de la representación, se conforma con menos exigencias para afirmar la existencia de dolo eventual: el agente actúa con dolo cuando <cuenta con> la producción o concurrencia del elemento del tipo, cuando ello le parece <probable>; habrá imprudencia, en cambio, cuando el autor <confía en que> no se dará el elemento típico.<sup>6</sup> (si bien hemos tomado para delinear los aspectos básicos de estas teorías, las palabras de Gimbernat Ordeig, todos los autores consultados se refieren a ellas de modo similar; por nombrar sólo a algunos de tales autores: Santiago Mir Puig, Enrique Bacigalupo, Jesús Silva Sánchez, María del Mar Díaz Pita, Marcelo Sancinetti, Hans Jeschek, Claus Roxin).

6.- Simplemente se han señalado las dos teorías más representativas de esta discusión, siendo mucho más nutrida la existencia de éstas y sus

Gimbernat Ordeig, obra. cit., pág. 244.

Gimbernat Ordeig, obra. cit., pág. 244

variantes, cuyo tratamiento y análisis seguidamente realizaremos, poniendo el acento en aquéllas teorías que como la de la probabilidad, consideran suficiente como elemento integrador del dolo eventual, el aspecto cognitivo, el conocimiento, siendo indiferente para la integración del mismo, el componente volitivo.

De hecho, el mayor énfasis en el desarrollo de estas teorías, se debe a consideradas las más adecuadas tanto para la conceptualización del dolo como para su distinción con la imprudencia consciente; sin dejar de reconocer, que ciertas formulaciones medianamente recientes de la teoría de la voluntad (ya no entendida en su antigua fisonomía del "consentimiento") podrían aceptarse también, por su significativo acercamiento con aquéllas (lo que ha llevado a algunos autores a sostener - como infra comprobaremos- que la discusión, luego de ciertos fallos del TS de España y Alemania, ha perdido significación).

No obstante lo señalado, seguidamente podremos comprobar, como quienes modernamente siguen sosteniendo la importancia del componente "voluntad" en el dolo, en sus últimas formulaciones, se conforman con exigencias cada vez menores para dado por presente, lo que ha llevado a la afirmación del párrafo anterior.

Sin embargo, quienes originalmente han partido de teorías cognitivas, en sus modernas formulaciones, han puesto el acento en el "riesgo", y fundamentalmente en un "riesgo objetivado".

### **Capítulo II Teorías Cognitivas.-**

7.- Hemos afirmado ya, que tradicionalmente se han expuesto dos teorías en base al contenido del dolo eventual: las que promulgan que para el dolo eventual, sólo se requiere el aspecto intelectual, el conocimiento; y las que, requiriendo el conocimiento, exigen la concurrencia de voluntad. Ello ha dado lugar a las denominadas Teorías Cognitivas y Teorías Volitivas.

Por supuesto que esta larga discusión tiene su consecuencia; explicada muy básicamente consiste en que: para las Teorías volitivas, habiendo conocimiento/representación, habrá sin dudas imprudencia consciente; si además existe un aporte de voluntad, habrá dolo eventual. Para las Teorías cognitivas, habrá dolo eventual mediando conocimiento, y cuando éste no pueda afirmarse por cualquier motivo que lo excluya o

lo perturbe, habrá imprudencia (lógicamente inconciente o sin representación/.

8.- Ahora bien, ya sentado que las teorías cognitivas se conforman con la presencia del conocimiento para afirmar la concurrencia de dolo eventual, y antes de ingresar al desarrollo de estas últimas teorías, debemos aclarar algunas cuestiones, que aún cuando no serán desarrolladas pormenorizadamente en el presente, no podemos obviar al menos una breve referencia, dada su importancia:

Así, debemos distinguir dos cuestiones bien distintas: por un lado destacamos supra 6, p. 5, que podemos requerir para la conformación del dolo eventual, sólo la representación de la posibilidad de producción del resultado, la probabilidad de tal producción, o la no improbabilidad, etc. (conocimiento); o creer necesario además de lo señalado, que el sujeto ante tal representación, probabilidad, posibilidad, etc., la consienta, la asienta, se conforme, se resigne, le sea indiferente, etc. (voluntad).

Por otro lado, la segunda cuestión será, aún inclinándonos por el solo requerimiento del conocimiento, los criterios que tomaremos en cuenta a los efectos de afirmar la existencia de tal conocimiento en el sujeto que actúa (un criterio puramente psicologista interno del sujeto que actúa, un criterio externo desde las expectativas normativas).

Una tercera cuestión está constituida por lo referido a qué es lo que se debe conocer, cuál es el objeto del conocimiento.

Es decir que aún optando por la corriente de opinión que entiende que basta para la conformación del dolo eventual, con que concurra el elemento intelectual sin necesidad de un plus de voluntad, todavía tendremos que agudizar el análisis a efectos de determinar, en base a qué criterios vamos a afirmar que efectivamente el conocimiento ha concurrido (segunda cuestión); y también, qué es lo que debió conocerse para afirmar el dolo <todos los elementos del tipo objetivo, algunos elementos del tipo objetivo, el comportamiento típico> (tercera cuestión). Como ya expresamos, no ingresaremos al desarrollo de cada uno de estos otros dos puntos en particular -cuyo tratamiento merecería quizás un trabajo aparte, y que excede los límites del presente- sin perjuicio de ser

Muy pocos autores que sostienen la teoría cognitiva, mantienen algún caso de culpa conciente, como por ej. Schroder, cuando el sujeto reconoció la posibilidad de producción del resultado pero la juzgó tan insignificante que estaba erróneamente convencido de no tener que prestarle especial atención.

mencionados colateralmente, por ser el objeto de algunas variantes formuladas por teorías cognitivas más recientes.

Sub capítulo 1°.\_ Teoría  
de la Representación:

9.- Corno se anticipara, esta teoría señala el limite entre dolo eventual y culpa conciente en un momento de carácter estrictamente intelectual y rechaza la exigencia de un componente volitivo.

La teoría funciona del modo siguiente: la representación en el sujeto de la posibilidad de que su acción pueda producir el resultado lesivo, alcanza para fundar el dolo; a su vez, la confianza en el sujeto de que el resultado no se producirá a pesar de su acción, niega la representación y por lo tanto excluye el dolo.

En palabras de Schmidhauser, *"la diferenciación entre dolo e imprudencia equivale a la diferenciación entre conocimiento y desconocimiento"*.<sup>8</sup>

Tal concepción del dolo trae aparejadas dos consecuencias de importancia: a.- la negación del elemento volitivo corno integrante de la definición de dolo eventual; b.- la desaparición de la culpa conciente, toda imprudencia será inconciente.

Subcapítulo 2°.\_ Teoría  
de la probabilidad:

10.- Teniendo también corno único elemento integrante del concepto de dolo eventual al intelectivo, se diferencia de la anterior, en que ésta consiste en un juicio de probabilidad que realiza el autor del hecho en el momento de su realización; depende del juicio del actor respecto del grado de probabilidad que se produzca el resultado lesivo.

Según su principal exponente Hellmuth Mayer, *"probable es más que posible pero menos que preponderantemente probable"*<sup>9</sup>.

A efectos de establecer cuando la producción de un resultado puede estimarse corno probable, Mayer expresa: *"El límite entre posible y probable*

Schmidhauser, Eberhard; *"Zum Begriff der bewussten Fahrlässigkeit"*, GA 1957, pág. 312, citado por Ma. del Mar Díaz Pita, obra cit., pág. 91.

Mayer, Hellmuth; *"Strafrecht. All. Teil."* Stuttgart/Colonia, 1953, págs. 120 y ss., citado por Díaz Pita, obra cit., pág. 96.

*sólo se puede hallar a través de un juicio de valor realizado en cada caso individual; este juicio, sin embargo, deberá estar basado en circunstancias del hecho susceptibles de ser probadas".*

Se trata en consecuencia de realizar dos tipos de juicio a fin de determinar la probabilidad: uno que realiza el propio sujeto, juicio eminentemente subjetivo, en el que éste deberá concluir que el resultado es más que posible pero menos que preponderantemente probable; un segundo juicio será el que realice el aplicador del derecho, quien valiéndose de elementos objetivos y susceptibles de prueba, deberá determinar si desde un punto de vista subjetivo el sujeto se representó la probabilidad de producción del resultado.

11.- Las críticas tradicionalmente formuladas contra las teorías cognitivas más representativas, como lo son las expuestas de la Representación y de la Probabilidad, se han dirigido en tres direcciones: la primera de ellas, consistente justamente en la consideración del elemento intelectual como único integrante del dolo, rechazando el elemento volitivo, lo que lleva a exigir componentes distintos para los diferentes tipos de dolo, a pesar de que todas esas conductas se castigarán con la misma pena (la del delito doloso); en segundo lugar, la fijación de la probabilidad de producción del resultado como objeto del conocimiento; y por último, la desaparición de la imprudencia consciente y la consecuente ampliación del ámbito del dolo.

### Subcapítulo 3<sup>o</sup> **Nuevas tendencias.-**

12.- Modernamente, se han formulado teorías que partiendo también del elemento intelectual como único componente del concepto de dolo, propugnan un objeto de conocimiento más limitado que el propuesto por las teorías tradicionales (el que consistía en el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo).

13.- Así Frisch formula una crítica trascendente respecto al objeto de conocimiento, y expresa que el resultado jamás puede ser objeto del conocimiento, ya que no puede ser conocido por el sujeto "ex ante", es decir al momento de actuar, y sólo puede ser constatado una vez

<sup>10</sup> Mayer, op. cit., citado por Díaz Pita, obra cit., pág. 97.

sucedido, estando por tanto, dirigido no al sujeto sino al aplicador del derecho.

Desde su visión, lo único que puede ser objeto del conocimiento del sujeto, es su comportamiento, y que éste lleva o puede llevar a la materialización del tipo objetivo, es decir, que el sujeto sabe que su comportamiento posee una determinada tendencia en esa dirección

14.- También otro se inscribe en la nómina de autores que, abordando la cuestión desde la teoría cognitiva, propugnan un cambio en el objeto de conocimiento.

Así, expresa el autor, que el dolo se agota en el conocimiento del riesgo concreto de producción del resultado. Luego, si el riesgo mencionado encuentra su ubicación correcta en la imputación objetiva, y ésta a su vez integra el tipo objetivo, cabe concluir: que el conocimiento del sujeto sólo ha de abarcar una parte del tipo y esa parte del tipo conocida por el sujeto son los presupuestos de la imputación objetiva del resultado<sup>11</sup>

Frisch realiza a este intento de otro, la misma crítica ya apuntada respecto del conocimiento del resultado; para Frisch, el riesgo concreto tampoco puede ser conocido "ex ante" por el sujeto, y así, está dirigido antes al intérprete que al sujeto.

15.- Dijimos que para Frisch el objeto de conocimiento del sujeto era "el comportamiento". Tal propuesta fue pasible también de críticas, puesto que dicha visión -según los críticos-, desdibuja completamente la distinción entre dolo e imprudencia consciente. En efecto, el sujeto que actúa imprudentemente en forma consciente, también conoce y es consciente de su comportamiento; más aún, también el sujeto que obra en imprudencia inconsciente, conoce su comportamiento.

Ante ello Frisch, expresa que el comportamiento objeto del conocimiento, no debe entenderse como comportamiento en sentido naturalístico, sino que debe tener determinadas peculiaridades, alcanzar determinada dimensión. Y esa dimensión -para el autor- que caracteriza al comportamiento ha de aparecer: a- como un dato que revele la contradicción existente entre el comportamiento que el sujeto lleva a cabo

<sup>11</sup> Frisch, Wolfgang; "Vorsatz und Risiko", Colonia, 1983; citado por Díaz Pita, obra di. pág. 110.

<sup>12</sup> Otto, Harro; "Urteilsanmerkung zu BGH", en NJW, 1979; citado por Díaz Pita, obra cit. pág. 111.

y el derecho; b.- ha de singularizar una especial peligrosidad del sujeto agente frente a los bienes jurídicos; c.- debe demostrar que la acción constituye un fallo cualificado de la persona frente a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Extenso es el desarrollo que hace este autor de su teoría -de la que sólo hemos destacado sus lineamientos básicos-; sin embargo ha sido objeto de duras críticas: fundamentalmente, la más consistente de tales críticas, es aquella que apuntando al núcleo de lo que constituye la tesis de Frisch -su posicionamiento "ex ante"-, ha expresado que la misma lleva a la equiparación entre delitos de peligro y de lesión, incluso en cuanto a la punición de los mismos, quedando el resultado como una mera cualificación. (la misma crítica merecería -fuera de lo específico del dolo eventual- cualquier partidario del disvalor de la acción).

16.- Entre nosotros, también afirma que el punto de partida en el camino de la solución a la problemática tratada, lo constituye la "representación", Marcelo Sancinetti.

En su teoría del ilícito a partir del disvalor de la acción, entiende que el único camino posible a tal fin, es el que emprendieron autores como Schroeder, Schmidhauser y actualmente Jakobs, desde la teoría de la probabilidad.

Sancinetti sostiene que el problema de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, no es un problema del tipo subjetivo, sino un problema del tipo objetivo.

Al adoptar también un criterio normativo, expresa que lo realmente importante es el modo en que la norma releva una determinada conducta y el riesgo de afectación de bienes jurídicos que la misma implica, siendo en algunos casos propias del dolo, y en otros de la imprudencia.

Así pueden existir conductas que por no representar ningún riesgo para el bien jurídico, aún cuando el autor posea -por así decirlo- "dolo directo", no habrá dolo.

*Veamos con sus propias palabras, todo lo relatado: "Quien, por ejemplo, deja una estufa prendida con la esperanza de que se apague en su ausencia, y muera alguien que se halla descansando en la casa, ... realiza por cierto, una acción imprudente, puesto que no es cuidadoso dejar encendidas las estufas de gas. Pero no parece que por el solo hecho de la representación del resultado ya se trate de una acción dolosa, con independencia de si ese día, por*

*azar, se apagó justamente la estufa, de tal modo que, al fin, murió un adulto asfixiado ...*

..<sup>13</sup>

Así, destaca la necesidad de que el autor, agregue algún elemento de riesgo adicional, realice algo extra, en su defecto, dice: " ... la acción no queda alcanzada por la norma del delito doloso, aunque el autor tenga -digamos así- "dolo directo ... "; y concluye: "En una palabra, allí donde uno identifique un peligro concreto a partir del cual la acción es prohibida, habrá dolo ya por el solo hecho de la representación; y/ a la inversa, si el riesgo está por debajo de eso, no habrá dolo aunque el autor desee realmente que se produzca el resultado ... "<sup>14</sup>

Lo anterior, lo lleva a destacar el error en el que incurren -según su criterio- las críticas a la teoría de la probabilidad: " ... Así, cuando se dice que la teoría de la probabilidad fracasa porque el dolo directo existe aunque no haya una probabilidad, y que, entonces, la probabilidad no puede ser elemento definicional del dolo, tampoco del eventual, se desatiende a que, por debajo de cierta probabilidad, no existe un peligro incluido en el ámbito de la norma, y por ende, no puede haber dolo, aunque la voluntad se dirija, por medio de ello, precisamente a ese resultado, es decir, aunque el "dolo" (aparente) ¡sea directo! Pues ocurre que si la chance asignada sobre el curso causal concreto es tan remota como la de "matar" por medio de dejar la estufa prendida todos los días, la conducta no está alcanzada por la norma del delito doloso, por el "tipo objetivo" ... "<sup>15</sup>

Todo lo afirmado permite a Sancinetti concluir que " ... El verdadero problema del dolo eventual es, pues, un problema del "tipo objetivo", y no del "tipo subjetivo", por que todo depende de si esa determinada acción está alcanzada por la norma del delito doloso, desde el punto de vista objetivo; depende, en fin, de traspasar aquel punto en el cual no hace falta aún tomar en cuenta, en la norma, esa posibilidad, por lo remoto que sería el curso causal así representado"

" .. .Dicho muy brevemente: ... el autor no puede ser nunca enteramente señor de su dolo; la primera señora es la norma ... "<sup>16</sup>

Por todo lo transcrito, es que considera Sancinetti, básicamente acertada la fórmula de Jakobs, y citando las palabras de éste dice: "Existe

<sup>13</sup> Sancinetti, Marcelo; "Teoría del delito y disvalor de acción", Bs. As., Ed. Hammurabi, 1991, pág. 200.

<sup>14</sup> Sancinetti, obra cit., pág. 200. <sup>15</sup>

Sancinetti, obra cit., pág. 201. <sup>16</sup>

Sancinetti, obra cit., pág. 201.

*dolo eventual, por tanto, cuando el autor juzga, en el instante de la acción, que la realización del tipo como consecuencia de la acción no sería improbable"*<sup>17</sup>

17.- Por último expresa este autor, en el intento de arribar a un concepto unitario de dolo, que el elemento "voluntad" puede ser aceptado como integrante de éste, pero entendida como voluntad del comport(;)amiento o de la acción.

Así afirma citando nuevamente a Jakobs: ", .. *el dolo es el saber que la realización del tipo depende del actuar querido, pero ella misma no tiene que ser querida;I brevemente: el dolo es el conocimiento de la acción y de sus consecuencias ...* ..<sup>18</sup>

Y finaliza diciendo: "*Voluntad de realización del tipo puede ser, entonces, un concepto unitario aceptable de dolo, pero no porque se esté a favor de las "teorías de la voluntad", en el contexto de la discusión sobre dolo eventual, sino porque el carácter voluntario de toda acción tiene, como contexto de referencia límite, el ámbito de conocimiento del autor acerca de la posibilidad de la producción del resultado.*

*Voluntad de realización del tipo hay, pues, toda vez que el autor se decide a actuar ante la consciencia de esa posibilidad, ante el conjunto de circunstancias que, según la norma (del delito doloso), motivan la prohibición de esa decisión ... "*<sup>19</sup>

18.- Tras lo observado, la opinión de Sancinetti, en cierto modo se acerca a los postulados de *atto* (en cuanto hace jugar un papel decisivo a la imputación objetiva); a Roxin, en cuanto, conforme las palabras finales, acepta el elemento voluntad, y considera que ésta consiste en la "decisión" de actuar ante la consciencia de la posibilidad de producción del resultado; y también -como infra 45 p. 28 veremos- a la posición de Ingeborg Puppe.

19.- En opinión de Santiago Mir Puig, "*últimamente ha ganado terreno la opinión que considera suficiente el conocimiento"*<sup>20</sup>, Luego continua el maestro español con un breve comentario de los considerados elementos constitutivos del dolo para cada una de las teorías tradicionales, es decir, teoría de la voluntad y teoría de la representación, para concluir afir-

<sup>17</sup> Jakobs, Günter: "Strafrecht, Allgemeiner Teil", Walter de Gruyter, Berlín -New York, 1983, pág. 8/23; citado por Sancinetti, Obra cit., pág. 201.

<sup>18</sup> Jakobs, ya cit., pág. 8/8; citado por Sancinetti, ob. cit., pág. 209. <sup>19</sup> Sancinetti, ob. cit., pág. 210.

<sup>20</sup> Mir Puig, Santiago; "Derecho Penal Parte General", 4ª ed., Barcelona, 1996, pág. 240.

mando: "A mi juicio, 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. Quien efectúa una conducta de matar sin ninguna causa de exclusión del comportamiento humano y sabiendo que mata, necesariamente mata con dolo. Basta añadir a la voluntariedad general de la acción el conocimiento de los elementos de la conducta típica, para poder afirmar que se <quiere> (al menos en el sentido de que se acepta) ... "21

20.- También Jesús María Silva Sánchez, adhiere en la doctrina española, a las teorías cognitivas, considerando al conocimiento, como el elemento único a tener en cuenta para afirmar la existencia de dolo. Así expresa: " ... En lo relativo al contenido, debe optarse por un contenido cognoscitivo. La voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado. Desde un punto de vista teleológico debe quedar claro que son dolosos los hechos que merecen la pena establecida para el delito doloso y que a este respecto lo fundamental es el conocimiento ... "22

En nota consignada en este párrafo, cita el Profesor Silva Sánchez, una interesante reflexión de Hruschka, sustentando las tesis cognitivas, que dice: " ... Pero además es obvio que, respecto a los demás elementos típicos diferentes de la acción, ni directa ni indirectamente cabe referir una voluntad, sino sólo un conocimiento. Y si el dolo contuviera un querer adicional a la voluntad natural de la acción y el conocimiento del sentido de esta acción ¿por qué habría de excluirlo sólo el error de tipo (causa de exclusión del conocimiento) y no además unas <causas de exclusión del querer>? .. "23

21.- Enrique Bacigalupo, entiende que " ... obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su acción. Dicho de otra manera: obra con dolo el que conoce la acción que realiza y sus consecuencias. El

<sup>21</sup> Mir Puig, obra cit., pág. 240/241.

<sup>22</sup> Silva Sánchez, Jesús María; "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Barcelona, Ed. José María Bosch, 1992, pág. 401/402.

<sup>23</sup> Hruschka, Joachim; "Strafrecht", 2ª ed., pág. 435 Y ss.; citado por Silva Sánchez, obra cit., pág. 401.

*dolo, por lo tanto, sólo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo ...*<sup>24</sup>

No obstante lo destacado, casi al comienzo del tratamiento, que en libro referido, le dedica al tema, y luego de trazar los lineamientos básicos de la teoría de la voluntad y de la teoría de la representación, afirma que ambas teorías han terminado coincidiendo prácticamente en sus resultados prácticos y que en consecuencia la discusión ha perdido gran parte de su significado, considerando prueba de ello, tal como lo expresara también Ramón Ragués, algunos fallos del Tribunal Supremo Español (caso del "aceite de colza", o en Ragués "caso de la correa de cuero,,25).

22.- Gimbernat Ordeig también se muestra partidario de la teoría de la probabilidad, posición que sustenta en la obra que hemos citado, "Acerca del dolo eventual". Comienza su análisis, a raíz de un caso fallado en 1967 por el TS Español, el que adopta la mencionada teoría, y al que el autor considera acertado. Así, luego de hacer un repaso, de las que presenta como opiniones significativas de la "teoría de la voluntad", ejerce su defensa a favor de la teoría clásicamente contraria, la "teoría de la probabilidad".

23.- Con cita de diversos autores expresa que existe dolo cuando el autor "*... considera sumamente probable que realice el tipo mediante su comportamiento o a raíz de la producción del resultado perseguido ...*"<sup>26</sup>. O con palabras de Schmidhauser, quien partiendo de la distinción entre peligros concretos y abstractos, expresa: "*... existe dolo eventual, en cambio, cuando el autor actúa consciente de la posibilidad concreta de una producción del resultado, cuando piensa que su acción puede producir el resultado, cuando al comportarse es consciente del peligro concreto para el bien jurídico en cuestión. Lo que caracteriza a la imprudencia consciente es, pues, el conocimiento del peligro abstracto y el desconocimiento de la peligrosidad concreta ...*"<sup>27</sup> O, según Stratenwerth, que afirma que: "*... 10 decisivo e s únicamente si el autor se ha*

<sup>24</sup> Bacigalupo, Enrique; "Derecho Penal Parte General", Bs. As., Ed. Hammurabi, 1999, pág. 320.

<sup>25</sup> Ragués, obra cit., pág. 467, en referencia al fallo del Tribunal Federal Alemán (BGH) 1955.

<sup>26</sup> Engisch, Karl; "Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit", Berlín, 1930, pág. 175; citado por Gimbernat, obra cit., pág. 250.

<sup>27</sup> Schmidhauser, obra cit., pág. 313, Y GA 1958, pág. 166; citado por Gimbernat, ob. cit. pág. 250.

*tomado en serio el peligro de la producción de la posible consecuencia accesoria ... „18*

En apoyo de su opinión, cita Gimbernat a otros autores, incluso algunos que se reconocen a si mismos como voluntaristas (Roxin); no obstante, señala -a mi entender- con todo acierto el profesor español: " .. *.La teoría de la probabilidad (o representación) no enfrenta al sujeto con el resultado, sino con la situación peligrosa. Imaginemos a un delincuente que huye y que dispara al pecho del agente de Policía que le persigue. Pues bien: la doctrina de la probabilidad se detiene en la situación peligrosa, se detiene en el momento en que el delincuente realiza el disparo, e investiga el grado de duda que el delincuente atribuía a la producción del resultado <muerte>. Si al delincuente le pareció el resultado <sumamente probable> (Engisch), si no estaba seguro, pero <contaba con> (Welzel) la producción de la muerte, si teniendo consciencia del peligro que representaba su disparo, <se decidió a favor de la posible lesión del bien jurídico> (Roxin), si tuvo consciencia del <peligro concreto> (Schmidhauser) que su acción encerraba, si <consideraba seria> (Stratenwerth) la posibilidad de producción del resultado, habrá dolo eventual..."<sup>29</sup>*

En confrontación con lo señalado, respecto de la teoría de la voluntad, afirma: " ... *La teoría de la voluntad o del consentimiento, en cambio, va más allá de la situación peligrosa y confronta al delincuente con el resultado, imaginándole como efectivamente acaecido. No se trata ya de examinar la actitud del sujeto ante un peligro de muerte para el policía, sino ante la muerte del agente de Policía ...* "<sup>30</sup>

Con duros términos dirigidos hacia esta última, la descarta y confirma su inclinación "probabilística". Refiriéndose a los problemas graves con que se enfrentan los partidarios de la teoría de la voluntad, agrega: " ... *La teoría del consentimiento, para funcionar, exige que se pruebe un hecho que no se ha dado en la realidad: no es que sea difícil probar lo acaecido, es que se quiere probar lo que no ha acaecido ...* "

" ... *En realidad, la teoría del consentimiento tiene como presupuesto que el juez se plantee por el sujeto activo lo que éste nunca se planteó (considerar como cierto lo que sólo le pareció probable) y que conteste por ese sujeto lo que éste nunca se contestó a la cuestión por él nunca planteada (si imaginado el resultado como seguro, habría o no actuado) ...* " " ... *cierto que el juez, examinando la personalidad del sujeto, puede llegar a una conclusión sobre cuál habría sido la*

<sup>28</sup>Stratenwerth, Günther; ZStW 71, 1959, pág. 63; cito por Gimbernat, ob. cito pág. 250. <sup>29</sup>

Gimbernat, ob. cito pág. 251.

<sup>30</sup>Gimbernat, ob. cito pág. 251.

*actitud del autor ...* <sup>31</sup>; pero, entonces, se pone de relieve lo peligroso y rechazable que es el procedimiento que esa doctrina le hace seguir al juez, destacando qué es lo que en definitiva hace que el juzgador opte por apreciar en el caso concreto si hubo dolo eventual o imprudencia consciente: " .. .10 que en verdad decide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de fascineroso o de buena persona ... ", <sup>30</sup>. *Todo ello es (autoritario) Derecho Penal de autor y no (democrático) Derecho Penal de hecho ...* <sup>32</sup>; y con palabras de Engisch (cuya idéntica cita también refiere Marcelo Sancinetti en la obra a la que aludimos en otros pasajes), dice: " ... *el hecho mismo sólo da ocasión para castigar o absolver al autor según que sea (a los ojos del juez) un mal tipo o una ánima cándida. ¿Cuántos peligros para el Derecho y para la justicia? ..* " <sup>33</sup>

24.- Por último, asesta Gimbernat el golpe de gracia a la teoría criticada, en primer lugar al rechazar lo formulado por ésta cuando expresa que es la única capaz de insertar el elemento voluntativo en el dolo eventual, citando a Schmidhauser: " ... *que haya que insertar ese elemento es un <postulado> de la doctrina del consentimiento, pero no puede ser una <fundamentación> de ella ...* " <sup>34</sup>

Obviamente, a la teoría de la probabilidad, ni siquiera le interesa insertar tal elemento en el concepto de dolo eventual, porque precisamente no lo cree necesario, ya que el dolo se conforma con la "representación o probabilidad".

y en segundo lugar, al expresar que esta misma teoría no tiene ningún reparo en aceptar como categoría de dolo, al dolo directo de segundo grado, cuando la consecuencia secundaria de necesaria producción que caracteriza a éste, en muchos casos no es querida, es desechada, o hasta repugna la idea de su producción: en una palabra, no hay voluntad, y sin embargo hay dolo. ¿Por qué exigir entonces tal elemento para el dolo eventual, bajo apercibimiento de negar el dolo, si la voluntad no concurre?

25.- Hemos hecho un recorrido por la opinión de diversos autores, que sostienen teorías cognitivas, partiendo de las tradicionales de la representación o probabilidad, y que mantienen como objeto del

<sup>31</sup> Gimbernat, obra cit. pág. 253. <sup>32</sup>  
Idem anterior.

<sup>33</sup> Engisch, obra cit., pág. 193; citado por Gimbernat, ob. cito pág. 254.

<sup>34</sup> Schmidhauser, GA 1957, p. 307; citado por Gimbernat, ob. cito pág. 257.

conocimiento del sujeto, precisamente la consciencia del autor respecto de tal probabilidad de que se produzca o se realice el tipo objetivo (y obviamente el resultado), con las variantes, en algunos casos, señaladas (Frisch, *atto*).

Dejamos para más adelante, el tratamiento de ciertos autores, quienes también siendo defensores de la teoría cognitiva, ha cambiado significativamente el objeto de conocimiento, y por tal motivo merecen un abordaje separado.

### Capítulo III. Teoría de la Voluntad.-

26.- En referencia a las teorías volitivas, podemos destacar básicamente, sus dos vertientes más difundidas: la teoría del consentimiento, que exige desde un punto de vista interno, que el sujeto haya consentido la producción del resultado, que haya estado de acuerdo con el mismo; y la teoría del sentimiento o la indiferencia, que basa la distinción entre dolo e imprudencia, en la actitud desconsiderada o indiferente del autor.

#### Subcapítulo 1°.-

27.- La teoría del consentimiento reconoce a su vez tres versiones de mayor difusión:

A- En primer lugar la versión de la jurisprudencia alemana tradicional, que entiende que el sujeto cuando consiente el resultado, lo aprueba, lo acepta. El sujeto, al consentir el resultado, está de acuerdo con él, la producción del mismo, es de su "agrado".

Esta versión tradicional de la teoría del consentimiento, siendo hoy mayoritariamente rechazada, perdura aún en algunos autores como Ingo Müller, para quien " ... *para el dolus eventualis sería preciso que el sujeto "apruebe, diga sí, celebre" el resultado ...* "35

Las críticas más fuertes y acertadas respecto de esta versión, se direccionaron en dos sentidos: en primer lugar, si el sujeto se alegra, aprueba, etc., la producción del resultado, prácticamente estamos en el ámbito del dolo directo, sin margen para el dolo eventual. En segundo lugar, partiendo de un Derecho Penal que pretende principalmente proteger bienes jurídicos, la postura emocional, interna de un sujeto

<sup>15</sup> Ingo Müller, NJW 1980, 2392; citado por Roxin, obra cit., pág. 431.

frente al ataque a los mismos, debería tener sin cuidado a dicho ordenamiento.

B.- Una segunda versión de la teoría del consentimiento, reconoció su origen en la denominada "segunda fórmula de Frank". Según esta fórmula, el sujeto obraría de forma dolosa si se dijera: *"suceda así o de otra manera, en cualquier caso actúo"*<sup>36</sup>

C.- Por último, una tercera versión de la teoría del consentimiento, responde a la llamada "primera fórmula de Frank". Esta primera idea de Frank, se graficaba con la siguiente constatación: si lo que para el sujeto actuante aparecía como probable, hubiera sido seguro, igualmente actuaría (dolo eventual); si por el contrario, ante lo, que aparecía como probable fuese seguro, no hubiera actuado (imprudencia conciente).

Estas fórmulas de constatación del dolo eventual (así lo definía el propio Frank) tenían por principal crítica el hecho de exigir la prueba de un hecho que no se ha dado en la realidad; se quiere probar lo que nunca ha acaecido. Ello lleva a otra crítica decisiva en su contra: la extensión desmesurada del juicio que con ella se elevaría en la práctica jurisprudencial contra el sujeto. Como entonces en el caso concreto, si el sujeto hubiera o no actuado ante una supuesta representación segura de lo que en realidad sólo fue una representación probable, lo tendrá que deducir el juez, y siendo que para ello, éste partirá de un examen de la personalidad del sujeto, nada mejor que las palabras ya citadas de Gimbernat para denostar esta teoría: " .. *lo que en verdad decide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona ...* " y luego, " ... *todo ello es (autoritario) Derecho Penal de autor y no (democrático) Derecho Penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho ...* ".<sup>37</sup>

28.- En igual sentido, y con una crítica a esta teoría muy similar a la del profesor español, entre nosotros, Marcelo Sancinetti expresa, luego de desarrollar algunos ejemplos paradigmáticos de Luis Jiménez de Asua (particularmente el caso de la prostituta que se sabe portadora de una enfermedad de transmisión sexual y de todos modos resuelve tener relaciones sexuales con su cliente, y su diferente y "llamativa" solución respecto del mismo ejemplo, pero con la variante que el portador de la

<sup>36</sup> Frank, Feinhard; "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz", 1S<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1931,59, p. 190; citado por Sancinetti, ob. cito p. 167, quien lo toma de Gimbernat, "Estudios", p. 130, n. 14.

<sup>37</sup> Gimbernat Ordeig, ob. Cit., pág. 253.

enfermedad es el cliente) recuerda palabras de Liepmann, quien expresaba que el dolo eventual era una expresión de la justicia de clases, "*... pues en definitiva toda decisión al respecto llevaba siempre a concluir que era el pobre diablo el que actuaba con dolo eventual...*"<sup>38</sup>

#### Subcapítulo 2°.\_

29.- **La teoría del sentimiento o de la indiferencia** fue desarrollada por Engisch en 1930. Según este autor, hay dolo eventual cuando el sujeto o bien aprueba positivamente las posibles consecuencias concomitantes de su acción que pueden resultar lesivas para un bien jurídico protegido, o bien acepta dichas consecuencias con total indiferencia. Por el contrario, no podremos afirmar la concurrencia de dolo eventual cuando el sujeto no desea las consecuencias concomitantes y, por tanto, espera que no se materialicen.<sup>39</sup>

#### Subcapítulo 3°.\_

30.- **Nuevas Tendencias:** existen actualmente nuevas tendencias de carácter volitivo, que reconociendo tal elemento como integrante del contenido del dolo, lo desligan de su tinte estrictamente psicológico que lo caracterizaba en las posturas señaladas, para analizado desde una perspectiva normativa.

Fundamentalmente dos son los nuevos criterios a considerar: la decisión contra el bien jurídico, posición sustentada por Claus Roxin, y la asunción de las circunstancias del hecho constitutivas del injusto, de Schroth. También en esta nueva corriente se enrolan, con algunas variantes, Philipps y Hassemer.

31.- Dos puntos fundamentales se destacan en la tesis de Roxin. En primer lugar Roxin busca una formulación de la esencia común a las tres formas de dolo (clásicamente conocidas). En segundo lugar, considera que lo trascendente para la correcta delimitación entre dolo y culpa, es la razón por la cual el legislador castiga más severamente los hechos dolosos que los imprudentes.

<sup>38</sup> Bustos Ramírez, Juan; "Manual de Derecho Penal español. Parte General", Barcelona, Ed. Ariel, 1984, p. 211; citado por Sancinetti, ob. cit., pág. 181.

<sup>39</sup> Engisch, ob. cit., pág. 95, citado por Díaz Pita, ob. cito pág. 178 .

En su primer cometido, Roxin entiende al dolo como la <realización del plan del sujeto>. " ... *Un resultado podrá ser valorado como dolosamente producido cuando dicho resultado, valorado objetivamente, cumple exactamente el plan del sujeto* ... ".<sup>40</sup>

Luego analiza críticamente el maestro alemán, las teorías tradicionales de la voluntad y de la representación, y la relación que las mismas establecen para la determinación del dolo eventual o la imprudencia consciente, entre el sujeto actuante y el resultado.

En este sentido Roxin expresa que un Derecho Penal orientado hacia la protección de bienes jurídicos (como el alemán) no repara en la posible actitud interna reprobable del sujeto, sólo pretende proteger dichos bienes; " .....<sup>10</sup> *que hay que impedir es que esta lesión no se produzca bajo ningún concepto* ..... "<sup>41</sup>, sea cual sea la actitud interna del sujeto causante de tal lesión.

En virtud de esto afirma Roxin, que un criterio que marca la diferencia entre hechos dolosos e imprudentes en cuanto a su penalidad, es la decisión contra el bien jurídico por parte del sujeto, siendo indiferente su actitud interna, sus emociones, su deseo.

32.- Realización del plan del sujeto y decisión en contra del bien jurídico constituyen pues los pilares de la definición de dolo, y, a su vez, el paradigma adecuado de delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, en la teoría de Roxin: " ... *aquel sujeto que incluye dentro de su plan la posible realización de un tipo penal sin que ésta le lleve a renunciar a su acción, estará decidiéndose conscientemente en contra del bien jurídico protegido por el tipo penal afectado* ... "<sup>42</sup>

A efectos de la comprobación en el caso concreto de la decisión en contra del bien jurídico por parte del sujeto (dolo), Roxin ayuda su postura, tornando los criterios expuestos por Armin Kauffman, sobre "la voluntad activa de evitación del resultado", como así también, "el tornar en serio" - originario de Stranterwerth-, la posibilidad de producción del resultado, incluyendo en su plan tal posibilidad.

Se dará dolo eventual, cuando el sujeto, a pesar de la posibilidad de que el resultado lesivo se produzca, torna en serio dicho riesgo, en el sentido de que lo asume, y sigue actuando para conseguir su objetivo. Si

<sup>40</sup> Roxin, "Strafrecht...", pág. 269; citado por Díaz Pita, ob. cit., pág. 184/185. <sup>41</sup> Roxin, "2m Abrenzung...", p. 224; citado por Díaz Pita, ob. cit., p. 186.

<sup>42</sup> Roxin, "Strafrecht...", pág. 275; citado por Díaz Pita, ob. Cit. pág. 187.

dicho sujeto toma alguna medida dirigida a evita: la producción del resultado, pero, a la vez, duda de la efectividad de las mismas a tal fin, el hecho seguirá siendo merecedor de la pena más elevada correspondiente a los delitos dolosos (esto para Roxin; para Kauffman, si el sujeto otorgó a su habilidad una real oportunidad, no hay dolo), pues, en estos casos, el sujeto se habrá decidido en contra del bien jurídico.

33.- Hassemer parte de los mismos presupuestos que Roxin (concepto de dolo basado en criterios normativos y delimitación dolo/imprudencia a partir de la mayor severidad de castigo de los hechos dolosos), y coincide en líneas generales con el punto de vista de éste, siendo defensor del componente volitivo en el dolo, componente que se encuentra conformado por la decisión contra el bien jurídico; exige la concurrencia, entonces, de tres presupuestos: situación peligrosa para un bien jurídico, representación del sujeto sobre la misma, y decisión de actuar contra el bien jurídico.

34.- Otra postura que con criterios similares, mantiene alguna variante, siempre enrolado en las teorías volitivas, es la presentada por Philipps. Para éste, la única forma de establecer una mejor delimitación entre dolo e imprudencia, es cambiando el tradicional esquema "objetivo de la acción - medios para realizarla - consecuencias concomitantes", por un nuevo esquema de acción, que entiende a ésta como la consecuencia de una decisión entre alternativas de comportamientos.

La acción del sujeto será una opción entre otras alternativas de comportamientos, y se valorará en base a una escala de valores y máximas de riesgo, que en nuestro caso, no serán otros que los contenidos en las normas penales.

Expresa Philipps que "*... se da dolo eventual cuando el sujeto se decide conscientemente por un comportamiento incompatible con las máximas de riesgo vigentes en el ordenamiento jurídico ...*"<sup>43</sup>. Y considera tres presupuestos fundamentales para la existencia del dolo: 1.- la decisión entre distintas alternativas. 2.- las máximas de riesgo contenidas en el ordenamiento jurídico penal por las que habrá de regirse el sujeto. 3.- la consciencia del sujeto de todas las alternativas posibles.

<sup>43</sup> Philipps, Lothar; "Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko", ZStW 85, 1973, p. 38.; citado por Díaz Pita, ob. cit., p. 205.

Por último, si el sujeto no es consciente de las distintas alternativas de comportamiento, y renuncia a recabar información habrá de todos modos dolo; si el sujeto se abandona a sus conocimientos o no contó con el tiempo suficiente para analizar en profundidad su comportamiento, habrá imprudencia.

35.- Una última tendencia volitiva, se encuentra representada por la tesis de Schroth, quien partiendo del mismo punto de vista policial criminal para la delimitación de dolo e imprudencia, a diferencia de los anteriores autores, no define al dolo como la "decisión contra el bien jurídico", sino como la "asunción de los elementos constitutivos del injusto"<sup>44</sup>.

Ahora bien, en qué casos de dolo eventual, se podrá considerar que el sujeto ha asumido los elementos constitutivos del injusto? La respuesta a esta pregunta la halla Schroth en el tratamiento psíquico del riesgo por parte del sujeto: si era evidente para el sujeto la producción de las condiciones constitutivas del injusto, si dicha producción la interpretó el sujeto como inminente, entonces dicho sujeto las habrá asumido y, por tanto, habrá actuado con dolo eventual.

En criterio del autor, asunción de las condiciones constitutivas del injusto equivale a la negación de los intereses ajenos que el sujeto expresa a través de su acción, acción que es producto de la decisión del mismo en contra de bienes jurídicos que el ordenamiento considera merecedores de una especial protección, decisión que se pone en práctica en la forma precisa en que dichos bienes aparecen protegidos en un tipo penal.

36.- Para finalizar, Schroth considera cuatro casos en los que el sujeto actuó sin haber asumido los elementos constitutivos del injusto, y ellos son: A.- casos en los que el sujeto reprime en su conciencia el riesgo para el bien jurídico afectado. B.- casos en los que se dan intentos serios por parte del sujeto para evitar el resultado lesivo. C.- casos en los que el sujeto confía seriamente en la evitación del resultado por parte de un tercero o de la propia víctima. O.- casos en los que el sujeto actúa arriesgadamente en favor del titular del bien jurídico en cuestión.

<sup>44</sup> Schroth, Ulrich; "Die Differenz von Dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit", JuS 1992, p. 6 Y ss.; citado por Díaz Pita, *o*lhd*t.* i pe209 y ss.

En estos casos y como consecuencia de no haber asumido los elementos constitutivos del injusto, considera Schroth, que el sujeto habrá obrado con imprudencia.

37.- Vimos hasta aquí, las teorías volitivas, sustentadas por autores que aún creen necesaria la concurrencia del elemento volitivo para la configuración del dolo eventual. Sin embargo, se advierte claramente, como en los diferentes autores, ese elemento volitivo se conforma de variados modos: así, desde aquél "contentarse", o "desear", pasando por la "aceptación", o "resignación" o "indiferencia", y hasta la "decisión" de Roxin, o la "asunción" de Schroth, se puede comprobar la flexibilidad que ha adoptado aquélla originaria "voluntad", llegando a un acercamiento indisimulable con las teorías de la probabilidad, a punto tal, que ya prácticamente, no permite diferenciarlas.

#### Capítulo IV El Riesgo.-

38.- Si bien podría afirmarse, que la que ahora vamos a tratar es una variante de las teorías cognitivas, no obstante reconocer su punto de partida en dicha teoría, tan marcada es la focalización en el objeto de conocimiento constituido por el "riesgo", que merecen una mención independiente.

Entre los autores más destacados que han formulado su teoría en base al "riesgo", podemos citar a Rolf Herzberg, Ingeborg Puppe y Günther Jakobs.

39.- Herzberg expresa que las teorías tradicionales presentan puntos débiles notorios, que dejan al problema de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente sin solución.

En efecto, existen supuestos en los que, a pesar de haber representación, se rechaza el dolo, acudiendo para ello a mecanismos de tan dudosa existencia como la "eliminación mental de la representación del riesgo" o el "tomar dicho riesgo a la ligera",<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Herzberg, Rolf; "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes", JuS, 1986, p. 249; citado por Ragués, ob. cit., p. 478.

El autor constata que cuando las doctrinas dominantes se encuentran ante riesgos de escasa entidad muestran una clara predisposición a negar el dolo, mientras que si el riesgo es elevado tienden de un modo casi inmediato a afirmarlo<sup>46</sup>.

Así plantea que tal vez, la solución al problema del dolo no sólo deba estar en función de las representaciones del sujeto, sino también de la calidad objetiva del riesgo creado. Esta idea le permite afirmar 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 ...*"<sup>47</sup>

40.- Categoriza Herzberg los riesgos no permitidos en "peligros cubiertos" y "peligros descubiertos".

El peligro cubierto se configura cuando existen circunstancias que permiten confiar objetivamente en que el tipo no va a realizarse. Tales circunstancias dependen mayormente del cuidado de la propia víctima o del mismo autor (la víctima con la debida atención evitaría el resultado; el autor, con fundamentos, confía en controlar el riesgo que crea).

El peligro descubierto, por el contrario, aparece, en caso en que no existen fundamentos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo penal.

"... *El conocimiento por parte del autor de un peligro cubierto sólo fundamenta la imprudencia, mientras que, si lo que conoce el autor es un peligro descubierto, se está ante un caso de dolo ...*"<sup>48</sup>; estos últimos son, por tanto, los "peligros a tomar en serio". No obstante lo apuntado, "*.. los riesgos descubiertos pero lejanos tampoco dan lugar a dolo, en la medida en que su realización en el resultado puede considerarse un caso de auténtico infortunio ...*"<sup>49</sup>

41.- Herzberg afirma la concurrencia de dolo cuando el autor conoce el peligro, sin que sea necesario que haga alguna valoración sobre él; el juicio sobre si un determinado riesgo es suficiente para fundar el dolo o no, es un juicio de naturaleza objetiva.

El principal aporte de esta teoría, destacado por Ramón Ragués, consiste en que ella, ya en el plano teórico, deja de gravar con mayores

<sup>46</sup>Herzberg, ob. cit., p. 252; citado por Ragués, ob. cit., p. 478.

<sup>47</sup>Herzberg, ob. cit., p. 262 Y JZ, 1988, p. 639; citado por Ragués, Ob. Cit. pág. 478.

<sup>48</sup>Herzberg, "Zur Strafbarkeit des Aids- Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr", NJW, 1987, p. 1464; citado por Ragués, ob. cit., p. 479.

<sup>49</sup>Herzberg, JuS 1986, p. 256; citado por Ragués, ob. cit., pág. 479.

penas a los individuos escrupulosos que magnifican los riesgos conocidos y, en la misma medida, no privilegia a los desconsiderados que relativizan riesgos de entidad no desdeñable.

42.- En una línea similar a Herzberg, pero manteniendo algunas diferencias, y pudiendo ser ubicada también aquí -entre los autores que destacan el elemento "riesgo o peligro"- se encuentra Ingeborg Puppe.

Ingeborg Puppe, también adhiere a un criterio vinculado con los "riesgos" a los efectos de delimitar dolo e imprudencia, pero lo hace desde parámetros objetivos.

En efecto, la autora es crítica respecto de las teorías que hacen depender la existencia del dolo de la valoración del sujeto de la situación objetiva de riesgo. Ella expresa que debe ser " ... *el derecho y no el autor el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo de que es consciente dicho sujeto ...* "so

Puppe, en coincidencia con el autor anteriormente tratado, entiende que ya en el plano objetivo algunos peligros no son aptos para fundamentar la imputación dolosa, pues el dolo no debe responder a la descripción de una realidad psíquica, sino a una valoración normativa según la cual se entiende que, dados determinados hechos, alguien quiso algo.

43.- Así distingue la autora, al igual a como lo hacía Herzberg -pero con distinta denominación-, entre categorías de peligros. En criterio de Puppe, existen "peligros (propios) de dolo" y "peligros (propios) de imprudencia" .

*"Un peligro es propio del dolo, cuando observado en sí mismo expresa un método idóneo para la causación del resultado" o "una estrategia generalmente apropiada" para dicha causación*<sup>51</sup>.

Ahora bien, aunque esta posición aparenta serio, no es puramente objetiva. Los conocimientos del autor, también son considerados por Puppe, al expresar que " ... *sólo se puede hablar de un método para la causación de un resultado cuando según los conocimientos que se aplican, la posibilidad de alcanzar el objetivo es relativamente alta ..* "52

<sup>50</sup> Puppe, Ingeborg; NK, 15. nO marg. 61. Puppe, ZStW, 103 (1991), p. 14; citada por Ragués, ob. cit., p. 482.

<sup>51</sup> Puppe, ob. cit., n° marg. 90-91; citada por Ragués, ob. cit., p. 483. <sup>52</sup> Idem, n° marg. 92.

El criterio a aplicar para la determinación del peligro propio de dolo, es normativo. Sólo concurre dicho peligro cuando los factores conocidos por el autor, y por él mismo causados, representan una estrategia racional de causación del resultado.

44.- Puppe mantiene algunas diferencias con teorías que como la suya, también podrían denominarse cognitivas; diferencias que significan un aporte interesante y que, como párrafos atrás señalamos, también parecían esbozarse en la opinión de Marcelo Sancinetti.

En primer lugar, la autora expresa que no todo comportamiento objetivamente arriesgado sirve para fundamentar una imputación dolosa. En segundo lugar, no es necesario que el autor valore el riesgo, en el sentido dado por Stratenwerth de "tomar en serio", sino que alcanza con el conocimiento de los factores que lo integran.

La mayor crítica que ha recibido la postura de Puppe, radica en los criterios para determinar qué riesgos resultan objetivamente aptos para fundamentar una imputación dolosa y el establecimiento de reglas claras para determinar en qué casos un hecho puede valorarse como una estrategia adecuada.

45.- De un ejemplo de la autora, puede deducirse básicamente su línea de pensamiento sobre el punto en cuestión: "*... el infectado con virus HIV que, una única vez y sin protección, mantiene un contacto sexual consentido, actúa sin duda desconsideradamente con respecto a la vida de su pareja, pero no aplica, con vistas a una probabilidad de infección por debajo del 2%, un método de homicidio. Por ello no actúa dolosamente, aunque esté motivado a actuar por la representación de la posibilidad de infección de su pareja, aunque quiera en un sentido corriente que su pareja comparta su mismo destino ...*"<sup>53</sup>

Con tal ejemplo Puppe niega la existencia del dolo en los casos en que la probabilidad objetiva de causación del resultado es mínima, prescindiendo de la voluntad y del conocimiento del sujeto.

Similares conclusiones arrojarían otros ejemplos, no citados por Puppe, pero semejantes a éste, como es el caso de quien dispara un arma de bajo calibre o corto alcance, contra la persona a quien desea dar muerte, persona que está a 200 mts. del lugar, produciéndose casi por "casualidad" el resultado deseado pero altamente improbable desde un

<sup>53</sup>Puppe, "Vorsatz und Zurechnung", p. 45; citada por Ragués, ob. cit., p. 484.

punto de vista objetivo. O, quizás con alguna variante, el caso del "tío, el sobrino, el bosque y la tormenta".

46.- Para finalizar, sostiene Puppe que la ventaja de su teoría consiste en dotar de una gran uniformidad en la resolución de diversos casos, exceptuando los casos límite siempre existentes.

47.- Si bien quizás no asista total razón a la autora en esta apreciación, con seguridad que su teoría ha significado un aporte distinto e importante, y que se encuentra por el camino correcto en dirección a tal pretensión (apreciación del dolo y su diferencia con la imprudencia, despojada de criterios internos psicologistas del sujeto, haciéndolo con criterios objetivos, normativos, analizando el peligro o el riesgo desde la perspectiva del derecho y no del autor).

48.- Jakobs también se encuentra entre los autores que sostienen que para la conformación del dolo eventual, es suficiente con la concurrencia del elemento intelectual, sin que sea necesario además un componente volitivo. Pero a su vez, el autor, pone el acento en el objeto del conocimiento, el que en su criterio es el "riesgo" para el bien jurídico.

Según Roxin<sup>54</sup>, Jakobs conecta elementos de la teoría de la probabilidad con la teoría del tomarse en serio. Y expresa que para él - refiriéndose al citado-, 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 ... "55.

49.- Destaca en su teoría para la configuración del dolo eventual, cuatro elementos: 1.- el conocimiento por parte del sujeto, entendido no sólo como acto intelectual de aprehensión sino como juicio válido del mismo sobre la posibilidad de producción del resultado. 2.- la mayor o menor dificultad objetiva de impedir el resultado lesivo. 3.- la importancia y amplitud que al bien jurídico amenazado otorga el ordenamiento penal. 4.- las características del riesgo, es decir, si éste puede considerarse un riesgo al que el sujeto está habituado.

Jakobs pretende con su postura, llegar a una normativización del concepto de dolo eventual, haciendo un intento de basar todos los elementos del mismo, en las normas previstas en el ordenamiento jurídico

<sup>54</sup> Roxin, "Derecho Penal Parte General", Ed. Civitas, pág. 441. <sup>55</sup> Jakobs, AT2, 8/23; citado por Roxin, op. cit., p. 441.

penal, el que dotará de los criterios a efectos de determinar cuándo estamos ante una acción dolosa o imprudente.

50.- En criterio de Roxin, *"La peculiaridad de esta concepción radica en el intento de ligar la imprudencia consciente a la suposición de falta de probabilidad. Para Jakobs, no se alcanza el límite inferior de la probabilidad cuando la representación de que puede producirse el resultado no ejerce, influencia en la motivación del sujeto. Así sucede para él sobre todo en la "habituación al riesgo".*<sup>56</sup>

Concluyendo afirma Jakobs, que *"... un riesgo será, pues, relevante y suficiente para una imputación a título de dolo, no sólo cuando su gravedad lo indique sino también cuando traspase la medida según la cual un riesgo debe ser de forma general interpretado como no tolerado, en tanto determinados ámbitos de la vida no deben ser protegidos de forma absoluta ..."*<sup>57</sup>

51.- La objeción más severa que ha recibido Jakobs respecto de su teoría, ha sido precisamente, respecto a su punto más peculiar (según Roxin), lo que él denomina "riesgo habitual", por atender éste en forma exagerada a características personales del sujeto (recordar ej. del conductor habituado a conducir alcoholizado), confrontándose así con su punto de partida, el de crear una teoría normativizante.

52.- Cito para finalizar dos autores, cuyas teorías se centran en la idea de "evitación del resultado lesivo para el bien jurídico".

Estos autores son Armin Kauffman y Urs Kindhauser.

El primero de éstos ya ha sido citado con anterioridad, atento a que otros autores han tomado algunos aspectos de los planteas de éste, incorporándolo a sus formulaciones.

Para Kauffman, en la imprudencia existe por parte del sujeto, una voluntad activa de evitación del resultado, es decir una voluntad dirigida a evitar la posible lesión de un bien jurídico derivado de su acción; tal voluntad no se percibe en el dolo eventual.

Kindhauser sostiene que en la imprudencia se aprecia un error en el sujeto, respecto a su capacidad para prevenir las consecuencias que se derivan de su acción, error que no se observa en el sujeto que actúa con dolo.

<sup>56</sup> Roxin, obra. cit. p. 442.

<sup>57</sup> Jakobs, "Strafrecht", A T. 8/32, p. 278; citado por Díaz Pita, obra cit., p. 246.

Capítulo V.-  
Conclusión.-

53.- Como conclusión se puede afirmar válidamente lo siguiente: tal y como se han planteado en este trabajo, en su formulación tradicional y con ciertas variantes "aceptadas" posteriormente, puede existir una armónica comunión entre las teorías cognitivas y las volitivas:

A.- En efecto, comprobado el conocimiento cierto por parte del sujeto de la posibilidad o probabilidad de producción del resultado ante la conducta riesgosa emprendida, y no obstante ello constatada la prosecución de la conducta, la voluntad queda incluida en la representación, al menos en sus últimas postulaciones, de aceptar o resignarse o conformarse, decidirse o asumido. Si el sujeto se representó el resultado y continuó actuando, es obvio que al menos aceptó la producción del mismo. No queda ningún espacio para argüir la falta de voluntad. El resultado podrá no ser querido directamente, podrá desagradarle al autor, o preferir éste que no se produzca, pero ello no es suficiente para excluir el dolo eventual, si ante la clara representación no cesó en su conducta. Como bien señalaran Enrique Bacigalupo y Ramón Ragués, el caso fallado por el Tribunal Supremo español (del aceite de colza) y por el Tribunal Supremo alemán (de la correa de cuero), ha acercado estas teorías casi al punto de su unión.

B.- Si ante esa representación de la posibilidad de producción del resultado, el sujeto cree en la existencia de factores de evitación, habrá que corroborar si tales factores de evitación tienen un basamento posible o existen buenas razones para creer en la evitación, ya sea porque el sujeto tomó una actitud activa de evitación (Kauffman), porque se encuentra "habitado al riesgo" (Jakobs), etc. (en esos supuestos podrá existir imprudencia consciente); de lo contrario, la creencia de evitación sin razones plausibles, no descartará el dolo.

C.- Pero las buenas razones para creer en la evitación -o los demás supuestos resaltados en el punto anterior, conforme los distintos autores-, no afectarán la voluntad (como las teorías volitivas lo entendían), sino, como bien lo destaca Silva Sánchez<sup>58</sup>, afectarán al conocimiento; porque estas circunstancias, en definitiva, al añadir elementos de confianza,

<sup>58</sup> Jesús María Silva Sánchez, "Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad", en "Estudios de Derecho Penal", Ed. Grijley, Lima, 2000, pág. 109, Y en "Consideraciones sobre la teoría del delito", Bs. As., Ed. Ad Hoc, 1998, p. 265/66.

llevaron al sujeto a errar sobre la "real" situación, y así, afectaron su "verdadero conocimiento". Es que si bien aplicando una perspectiva general -para la mayor cantidad de los casos- la conducta riesgosa podía traer aparejado el resultado indeseado (la lesión de un bien jurídico), en una visión particular del caso concreto, el sujeto actuante, fundado en buenas razones creía en la evitación del resultado; es decir, si bien el sujeto podía saber que en general su conducta posibilitaba el resultado dañoso, en el caso particular creyó fundada mente que no se produciría, con lo que en un mismo acto y simultáneamente, se representó la posibilidad del resultado en general y descartó dicha posibilidad en el caso particular, siendo éste un defecto del conocimiento, que por lo tanto, excluye el dolo.

#### Capítulo VI.-

#### Ni dolo eventual, ni imprudencia consciente.-

54.- ¿Es posible la creación de una categoría intermedia entre el dolo y la imprudencia? - ¿Es posible contar con la posibilidad de aplicar una pena distinta a la del dolo o a la de la imprudencia, prevista legislativamente?

¿La Recklessness en nuestro país?

Dejo este interrogante abierto; quizás pueda ser objeto de otro trabajo. No lo será de este. El estudioso conocedor del Derecho Penal, ha de saber de lo que hablo. Tal vez tenga formada su opinión. Aquel que lee por primera vez esta palabra, o que conociéndola, no sabe a ciencia cierta de que se trata, no será contagiado con mi opinión. Lo invito a que por sí mismo se interiorice del tema, viva su propia experiencia, y después se plantee el mismo interrogante, y el este otro: ¿Por qué no?

#### BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.-

Bacigalupo, Enrique; "Derecho Penal Parte General", Bs. As., Ed. Hammurabi, 1999.

Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán; "Lecciones de Derecho Penal" , Vol. 11, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

Cerezo Mir, José; "Curso de Derecho Penal Español - Parte General", T. 11, Teoría jurídica del delito, 6ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 1998.

Lobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás; "Derecho Penal Parte General", 4ª edición, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996.

Díaz Pita, María del Mar; "El dolo eventual", Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1994.

Gimbernat Ordeig, Enrique; "Acerca del dolo eventual", en "Estudios de Derecho Penal", Madrid, Ed. Tornos, 1990.

Jeschek, Hans Heinrich; "Tratado de Derecho Penal Parte General", Traducción y adiciones de Derecho Español por S. Mir Puig, y F. Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, 1981.

Mir Puig, Santiago; "Derecho Penal Parte General", 4ª edición, Barcelona, Ed. PPU S.A., 1996.

Ragués, Ramón; "Tres propuestas recientes en la histórica discusión sobre el dolo", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Bs. As., Ed. Ad Hoc, 1999.

Roxin, Claus; "Derecho Penal Parte General", Madrid, Ed. Civitas.

Sancinetti, Marcelo; "Teoría del delito y disvalor de acción", Bs. As., Ed. Hammurabi, 1991.

Silva Sánchez, Jesús María; "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Barcelona, Ed. José María Bosch, 1992.

Silva Sánchez, Jesús María; "Consideraciones sobre la teoría del delito", Bs. As., Ed. Ad Hoc, 1998.

Silva Sánchez, Jesús María; "Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad", en "Estudios de Derecho Penal", Lima, Ed. Grijley, 2000.

Stratenwerth, Gunther; "Derecho Penal Parte General 1 - El hecho punible", Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, Bs. As., Ed. Di Plácido, 1999.

Vives Antón, Tomás; "Fundamentos del Sistema Penal", Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; "Derecho Penal Parte General", Bs. As., Ed. Ediar, 2000.