

¿Existen Diferencias entre el dolo eventual y culpa consciente?

Diego R. Filippuzzi - ABOGADO

“Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre.”¹

I- Introducción:

En el análisis de la culpa y el dolo, como elementos de la teoría del delito, encontramos que expuestos de esta forma, no guardan mayores interrogantes en cuanto a sus conceptos, estando delineados nítidamente por la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, al empezar a analizarse los supuestos en que se desenvuelve cada uno, frente a los casos concretos, se empiezan a desdibujar los límites y comienzan los esfuerzos para limitar la frontera de cada concepto.

En rigor, lo que encontramos son discusiones conceptuales en cuanto al alcance y contenido, las cuales creo se hallan más en la semántica que en los parámetros que cada hecho propone, lo cual tiene más relación con cuestiones personales de cada intérprete.

Es así que como todo lo que ocurre en derecho, cada interpretación va a estar imbuida del momento histórico a la cual se encuentra sujeta, siendo en el tiempo siempre paralelas varias ideas, resultando circunstancial el que prevalezcan unas sobre otras. Este vaivén de las ciencias jurídicas ha llevado a cuestionar su verdadero carácter científico, siendo para algunos un saber o una “rama del saber jurídico”², lo cual nos debe siempre advertir que detrás de cada discurso no siempre se encuentran fundamentos objetivos.

Esto es algo que se ve claramente en la discusión respecto al objeto del presente trabajo, por lo que mi intención es verificar si existen verdaderos

¹ Cesar Bonesana Marqués de Beccaria, “TRATADO DE LOS DELITOS Y LAS PENAS”; Ed. Heliasta; 1993; Brazil; capítulo IV, pag. 63.-

² Zaffaroni Raul Eugenio, Alejandro Plagia, Alejandro Slokar; “Manual de Derecho Penal Parte General”, Ed. Ediar, 2005, pag. 24.-

parámetro objetivos que nos delimite la diferencia entre culpa con representación y dolo eventual.

Desde esta óptica, considero necesario hacer referencia a las variaciones históricas en cuanto al tratamiento que se ha hecho del dolo y la culpa, para después centrarnos en las definiciones que al respecto se han aportado o intentado. Por último contrastaremos estas con los casos prácticos que en general se citan al respecto.

II- Evolución Histórica:

A lo largo de la historia, el dolo no fue tratado del mismo modo, ya que en toda etapa social primigenia, solo se ha valorado la mera existencia del hecho lesivo, prescindiendo de cualquier consideración de la voluntad o intención del agente, haciendo hincapié en el mero resultado. Recién en civilizaciones más avanzadas, empieza a tomarse en cuenta el componente volitivo. Es así que en el Derecho Romano se privilegió la faz subjetiva, superando las ideas objetivas a tal punto que solamente se admitía el dolo, apareciendo las formas culposas siglos después con la obra de los glosadores y postglosadores³.

Los romanos asentaron el concepto de *dolus*, requiriendo de los actos “voluntad” (*affectus*) y una inteligencia (*intellectus*), ya que la persona debía conocer en él una falta moral. Por esto los jurisconsultos romanos distinguían distintas especies de dolo dependiendo del delito que se tratara y desde las XII tablas se le dio importancia a la faz subjetiva de este. No pasó lo mismo con la culpa, ya que su punibilidad se ha impuesto lentamente y con dificultades en la historia del derecho penal, de mano de las variaciones en las exigencias sociales.

Refiere el Dr. Fernando Sanchez Freytes: “El Derecho Romano, hasta la época imperial, rehusó reprimir con penas el delito culposo, el cual dio lugar a una reparación civil, según la Lex Aquilia. También en el Imperio, cuando se comenzó a castigar algunos delitos culposos - aun con penas atenuadas -, faltó una norma general y la sanción se aplicaba *extra ordinem*, en

³ Vidal Humberto Silvio, “Derecho Penal Parte General”; Ed. Advocatus, 1994; pag. 239 y ss.-

cada caso en concreto, con rescripto del emperador”⁴. Por otro lado señala que es en el derecho germánico y en el canónico es donde se considera a la culpa como punible, siendo de esta fuente que la toman los “prácticos”, pero limitándola a casos de homicidio e incendio. Es desde entonces que el delito culposo empieza a ocupar un lugar en la legislación.

Sin embargo, a pesar de las líneas de evolución que por lo general se trazan, respecto del derecho penal no se puede analizar la historia de igual forma. La íntima relación entre el uso del castigo con el poder y las dinámicas sociales que lo condicionan o legitiman, hace que los vaivenes hayan sido constantes, dependiendo casi exclusivamente de las circunstancias de cada lugar y momento. Como indiqué, se relaciona la objetivación del castigo por la mera producción de un resultado con civilizaciones antiguas, pero esto no es algo que se pueda afirmar tajantemente.

En el siglo XXIII A.C., los Babilonios contaban con una codificación que en nuestros días se la conoce como “Código de Hammurabi”, y que contenía normas penales que rompen con esta idea de evolución. Como señala el Dr. Zaffaroni: “Sus disposiciones distinguen claramente la culpa del dolo, reconociéndose las eximentes de fuerza mayor y caso fortuito, como también la buena fe, el estado de necesidad y la legítima defensa”⁵.

Pero no solo existieron variaciones respecto a si se diferenciaba o no un elemento subjetivo, sino que también han sido totalmente diferentes las apreciaciones en cuanto a la pena que correspondía a los delitos culposos. El hecho de este disímil tratamiento, nos sirve para apreciar la premisa de que la valoración del actuar culposo no es unívoca.

Así en el Derecho Penal hebreo se reconoció el asilo, el cual amparaba a los autores de homicidio culposo y para el que se señalaban "ciudades de asilo". En este el culpable debía permanecer en los lugares dispuestos allí, hasta la muerte del pontífice que reinaba al tiempo de la comisión del hecho⁶, permitiéndole retornar pero siempre conservando su libertad ambulatoria.

⁴ Sanchez Freites, Fernando; “Derecho Penal Parte General”, Ed. Departamento de Publicaciones de la Universidad del Comahue; 2007; pag. 471

⁵ Zaffaroni Eugenio Raúl; “TRATADO DE DERECHO PENAL - PARTE GENERAL”; Ed. Ediar; Buenos Aires; 1998; pag. 326.-

⁶ Cf. Zaffaroni; Idm. Cita 4, pag. 327.-

Por otro lado, en el derecho hispánico, los delitos culposos fueron variando en su apreciación. Fontán Balestra señala que: "...En una escueta reseña de las principales disposiciones penales del *Fuero Juzgo*, puede señalarse: que en el delito se destaca el *elemento intencional*, es decir, que haya *ánimo de delinquir*; se distingue también *la culpa* (el hecho por falta de previsión), siendo la pena inferior y casi siempre pecuniaria⁷".

Ahora bien, como se aprecia, la utilización de penas para el castigo de actos culposos, no es algo que haya sido tan extendido en su uso y que aún en los casos contemplados, la sanción era muy dispar. Esto nos da la pauta de que no es posible entender las diferentes motivaciones al penar estos delitos, sino se tiene en cuenta de que detrás de cada idea se encuentra un móvil subjetivo.

En si se puede decir, que el diálogo dogmático se ha valido de grandes esfuerzos teóricos de mentes brillantes, pero que responden a dinámicas culturales y sociales propias. Roxín realiza un somero relato de la evolución de las categorías de la teoría del delito, de dónde se puede desprender que la construcción de la dogmática penal pertenece a la expresión propia de un tiempo y un lugar determinados. Así nos dice que: "Las categorías básicas descritas —que también se las llama "peldaños (escalones) de la estructura del delito" (cfr. sobre ello nm. 76)— han sido poco a poco desarrolladas por la ciencia en un proceso de discusión de décadas. Así aparece el concepto de acción por primera vez en el manual de Albert Friedrich Berner (1857) como piedra básica del sistema del delito. La exigencia de reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad la formula poco después el gran jurista Rudolph von Jhering en su escrito "Das Schuldmoment im römischen Privatrecht" ("El momento de culpabilidad en el Derecho privado romano", 1867), abriendo el camino para la época siguiente. El concepto del tipo lo crea Ernst Beling en el año 1906 en su monografía, aún célebre hoy, "Die Lehre vom Verbrechen" ("La teoría del delito"). Para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvo especial importancia el escrito del gran comentarista Reinhard Frank " "Über den Aufbau des Schuldbegriffs" ("Sobre la estructura del concepto de culpabilidad", 1907).

⁷ Fontan Balestra Carlos; "DERECHO PENAL – Introducción y Parte General"; Ed. Abeledo-Perrot; Buenos Aires; 1998; pag. 48.-

La evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad del siglo con impulsos especialmente intensos por parte de Franz v. Liszt y Ernst Beling, de Max Ernst Mayer y Edmund Mezger, así como de Hans Welzel, el fundador de la teoría final de la acción (nm. 15).⁸

La ciencia del derecho penal ha intentado a lo largo del tiempo, dotar de explicaciones racionales los distintos argumentos respecto de la necesidad de punir determinados delitos, y con el devenir histórico todos ellos se han ido refutando, reformulando y construyendo otros nuevos también refutados. Sin embargo, nunca se ha dado una verdadera comprensión del fenómeno y se lo ha querido racionalizar por medio de la utilización de categorías prestadas de otras ciencias.

Esto nos vuelve a la consideración inicial, plasmada en la introducción, que ha llevado a algunos a manifestar que el derecho no es una ciencia y esto es algo que comparto plenamente. Esto no quiere decir que hay que olvidar un intento de racionalizarlo para poder limitarlo, todo lo contrario, es esta misma intención la que debe llevar al estudioso a conseguir develar su verdadera entidad y poder así darle un corsé que aleje la arbitrariedad.

Dejando en claro que la utilización de las formas penales, puede encubrir intereses que responden a categorías extra-legales, estamos en posibilidad de entender el por qué de la discusión entorno a la culpa con representación y el dolo eventual. Como hemos visto, no existen parámetros históricos que nos puedan decir por qué hay que penar los delitos culposos, como así tampoco hay indicios de que tal o cual quantum de pena sea el racional. Entonces, ¿no será que la construcción de la figura del delito causado con dolo eventual, responde más a un intento de elevar la punición de la culpa en respuesta a cuestiones meramente subjetivas?

Si a lo largo de la historia, la variación del tema ha sido tan grande y siendo que se en general las penas por delitos culposos se han aumentado en nuestro país en el último tiempo, ¿por qué no puede entonces ser el dolo eventual una construcción extra legal para elevar la punición?

De todas formas, hay que tener presente que el avance de la ley hacia la regulación de comportamientos culposos o peligrosos, viene de mano

⁸ Claus Roxin, "DERECHO PENAL – PARTE GENERAL", Tomo I; Ed. Civitas, traducción de la 2º Edición Alemana; 1º Edición, Madrid, 1997; pag. 196-197.-

de los adelantos científicos, como el maquinismo. Esta modificación del entorno social, hizo que la aparición de la industria y las máquinas, generaran daños que la legislación de su época no estaba preparada para acaparar. El criterio de la culpa se volvió en obsoleto al querer hallar responsabilidad en el uso y aprovechamiento de los artefactos mecánicos, la conciencia y la equidad hizo que se empezaran a vislumbrar construcciones jurisprudenciales en torno al “riesgo”, las cuales a su vez sirvieron para dar respuesta ante una sociedad cada vez más compleja. Sin embargo, el derecho penal no podía seguir el avance de su par civil, por lo cual ante las demandas sociales y espirituales, se empezó a alargar el concepto de culpa. Así se observará que los supuestos fácticos analizados por la doctrina han variado, respuesta derivada de un derecho que tiene dificultades a la hora de enfrentar las tan cambiantes demandas de la sociedad moderna.

Esta correlación, no es producto del obrar despiadado o trasnochado de un legislador, es el derivado lógico de una demanda social y política. Un grave error sería considerar a la actividad de jueces y doctrinarios como ajena a la sociedad, ya que si ambos son hijos de la sociedad donde viven, sería un error que no se sintieran influenciados. Así Francisco Muñoz Conde ha dicho que el Derecho no es más que un instrumento puesto a los fines de la comunidad, siendo un error intentar hacer una apología del Derecho por El Derecho, y que: “Hombres como Liszt, Binding, Mezger o Welzel eran o son personas inteligentes tanto como otros hombres inteligentes de su tiempo que, por haber dedicado sus afanes científicos a tareas de una eficacia práctica más inmediata, han pasado a la posteridad. Pero también ellos se equivocan”.⁹

Lo cierto es que cada día la sociedad varía más rápido y la ley penal tarda en asimilar estos cambios, por lo que la jurisprudencia hecha mano de las herramientas conceptuales que tiene al alcance para poder responder. En tal sentido Jakobs señala a este respecto: “...Pero si la sociedad transcurre según reglas que son contradichas por el derecho penal, habrá llegado el tiempo de una separación. Un derecho penal que se dirija en contra del arraigado espíritu de su época, no producirá una cohesión con sentido, sino una mezcolanza de

⁹ Muñoz Conde Francisco, “Introducción” en: Claus Roxin “POLITICA CRIMINAL Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL”, Ed. Hammurabi, 2º Edición 1º Reimpresión; Buenos Aires, 2002, pags. 22 y 23.-

afirmaciones individuales inconexas¹⁰ - lo cual no creo esté muy lejos de lo que hoy en día acontece en nuestros tribunales -. Si bien esta formulación es sostenida a fin de dar sustento a criterios objetivos, que tienen relación con la búsqueda de punición de delitos por infracción del deber, vale para considerar que algo de esto hay en la vieja discusión entre los límites del dolo y la culpa. El error a mi entender, es perder el norte en comprender la teoría del delito como un límite racional a la imposición de una pena y no un mero instrumento de análisis y comprensión. Una doctrina con conciencia de esta función limitadora, no propondría como problemática a las demandas sociales, ya que su función también se encaminaría a no ceder ante ellas.

El juzgador debe ser garante de la libertad de los individuos, por lo cual debe contar con herramientas que sustenten esta finalidad, ayudándolo en su misión frente al clamor popular, y no con un cajón de sastre que dependiendo de la sensibilidad del caso lo legitime a dar o no una pena. Históricamente no existen datos que fijen que tal o cual criterio sea el correcto, por lo que la labor de la dogmática es más un análisis del derecho penal que una correlación a hechos comprobables. Es decir que la división entre culpa y dolo no responde a un dato empírico clasificatorio, sino más bien a la apreciación subjetiva de qué casos quiere cada autor situar de cada lado, criterio por el cual se fue delineando conforme aparecieron las dudas. Así es que el deslinde es un problema de la dogmática sin asidero en razones sociales, lo que generó un bagaje terminológico de definiciones que llena de oscuridad el problema.

III- Definiciones doctrinales:

Teniendo en consideración lo hasta ahora expuesto, pasaré a realizar una somera descripción de los distintos criterios por los cuales la doctrina considera se puede diferenciar el dolo de la culpa conciente. Estos han variado en muchos matices, pero más allá de los esfuerzos doctrinarios, al conceptuarlos siguen siendo un tanto ambiguos. Como ejemplo de lo referido voy a citar el siguiente texto del Doctor Jakobs:

¹⁰ Günther Jakobs, "PROBLEMAS CAPITALES DEL DERECHO PENAL MODERNO", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998; pag. 35.-

“Lo recién expuesto sobre lo supersticioso y lo comunicativamente irrelevante se refiere sólo a un problema marginal, aun cuando característico. La distinción entre normas referidas al entorno y referidas a la sociedad muestra, ciertamente, también la distinción, importante tanto en la práctica como en la teoría, entre dolo de tipo e imprudencia de tipo. Un autor doloso se halla en consonancia con la concepción racional, científico-natural, del mundo; él esboza por ello un mundo en esa medida posible, y eso es precisamente lo amenazador de su conducta; pues su esbozo contradice la configuración social, le muestra a ésta, pues, una alternativa -posible!-. En cambio, un autor imprudente -hay que pensar en el caso básico del que yerra por descuido- contradice un conocimiento reconocido en general y que determina la concepción imperante del mundo, a saber: el de que es más ventajoso considerar cuidadosamente las consecuencias de una conducta y evitar la conducta irreflexiva, que largarse espontáneamente y dejar sobrevenir todo lo demás. Así, quien tenga una actitud imprudente no llegará muy lejos en la vida, y tampoco en la vida social será considerado como un *partner* competente. Si bien puede que ocasione más daños a otros que a sí mismo, ello no le reportará ninguna ventaja; al contrario, a plazo no muy corto destruirá también el entorno favorable propio, esto es, los bienes propios o los bienes de otros cuyo bienestar le incumbe. Por ello, el autor imprudente contradirá también, como regla, su esbozo del mundo, cuando lo vea con más precisión: "Eso no es lo que yo quería", lo que significa, que querer y actuar no estaban en consonancia y que, por ello, el actuar no ha sido determinante¹¹.”

Acá vemos como aparece una idea nítida de la diferencia entre dolo y culpa, sin embargo adolece de las explicaciones de la mayoría de la doctrina, se extiende en consideraciones que campean entre lo empírico, lingüístico, coloquial y casuístico. Así, si bien son prudentes apreciaciones y complejas construcciones teóricas, la falta de claridad nos indica que la idea no es concreta, y la remisión a la porción casuística que se condice a su esquema conceptual, deja de lado un universo que la contradice. Expresiones coloquiales como “...eso no es lo que yo quería...”, es una apreciación parcial de un resultado psicológico inasible, ya que una conducta culposa no

¹¹ Idem cita 10; pag 38.-

necesariamente puede ser perjudicial para el autor. Esto es algo constante en las definiciones o propuestas de los distintos estudiosos sobre el tema.

Claus Roxin afirma que incurre en dolo eventual: “Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo”¹². Así, requiere la existencia de una decisión del autor que tenga como posible la afectación de bienes jurídicos. Sin embargo, señala con buen criterio, que este análisis es muy difícil de hacer por responder a un fenómeno psicológico muy sutil, siendo entonces una dificultad reproducirlo lingüísticamente, por lo que las plasmaciones verbales no pueden ser más que indicios de la existencia de dolo eventual. Por esto señala, que no pueden ser más que aproximaciones las “parejas conceptuales” sostenidas por la doctrina científica, tales como “tomarse en serio-negligencia o ligereza”, “resignarse a – confiar en”, o el caso de expresiones como: tomar en serio el resultado, resignarse al resultado, contar con el resultado, conformarse con el resultado¹³.

La llamada teoría de la aprobación, ponía el acento en la voluntad del autor, por lo que requería que haya previsión del resultado y que este se apruebe interiormente. Esta, en su versión más estricta, se acercó a la teoría de la indiferencia, que también analizaba la voluntad, para la cual el dolo eventual se da si el autor toma como buenas o con indiferencia, las consecuencias negativas de su obrar.

Además de estas visiones en torno a lo volitivo, encontramos teorías en referencia a la existencia de “representación” o “posibilidad”, que sostienen la existencia de dolo eventual si el autor se representó o incluyó en sus cálculos la posibilidad de producción del resultado y aún así continuó con su obrar.

Como variante de esta última, siguiendo a Roxin, encontramos la Teoría de la probabilidad, por la cual se considera que el dolo se va a encontrar en aquellos actos es que exista más que una mera posibilidad de que el daño se produzca. Esto hace que la probabilidad actúe como representación de una

¹² Idem. Cita 8, pag. 425.-

¹³ Idem. Cita 8, pag. 427 y ss.-

pseudo-certeza de acaecimiento del hecho. En rigor no se aleja mucho de la anterior, siendo la probabilidad una cuestión meramente apreciativa del caso, llevando a que se le agreguen frases como: peligro calificado, conciencia de un quantum de probabilidades, acto considerado predominantemente probable, etc.

Discutida la doctrina entre representación y voluntad (diferenciación aparente según Roxin), aparece la Teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación. Según ella, la puesta en práctica por -parte del autor- de factores que disminuyan la probabilidad de acaecimiento del hecho, entonces no actúa dolosamente, ya que no consintió el resultado.

Distintas a estas, aparecen la “Fórmulas de Frank”. Su creador sostiene que para encontrar la existencia de dolo eventual, se debe constatar si el agente hubiera actuado de la misma forma en caso de haber conocido el resultado, por lo que la respuesta negativa sólo puede dar lugar a la culpa.

A las soluciones propuestas hay que añadirles los planteos combinados, como cuando el sujeto considera posible el resultado y lo aprueba, o que hay probabilidad y aceptación sin la actitud de evitación.

En una nueva propuesta aparece la Teoría del Riesgo de Frisch, por la cual su autor sostiene que lo que hay que verificar para determinar la existencia de dolo eventual, es si existe en la persona dolo de riesgo, es decir que debe haber conocimiento del riesgo no permitido.

Por su parte, Jacobs sostiene que se debe ponderar la no improbable producción del resultado y la habituación al riesgo. Así es que para este autor, no basta la probabilidad sino que el riesgo no debe ser común.

Otro intento explicativo lo estructuró Herzberg con la Teoría del peligro no cubierto o asegurado. Un peligro cubierto sería aquel en que tanto el autor, como la víctima o un tercero podrían haber evitado el resultado, mientras que estará no cubierto si la no realización del tipo depende de la suerte y la casualidad, existiendo entonces dolo.

La teoría de la asunción de los elementos constitutivos del injusto, formulada por Schroth, nos dice que habrá dolo eventual si el autor tiene conocimiento de que su obrar puede configurar los elementos del injusto, existe un peligro y a su vez entiende que no puede evitar el resultado o no hace nada para disminuir su riesgo.

Si tomamos en consideración los parámetros fijados por las distintas teorías, podemos coincidir el carácter meramente indiciario de cada una. Así las expresiones que se manejan a fin de caracterizar el componente volitivo, la existencia de representación o indiferencia, no son más que indicios de la existencia de dolo eventual, mientras que los criterios como la habituación al riesgo, los esfuerzos de evitación y la cobertura o aseguramiento poseen una trascendencia más indiciaria para la valoración del peligro¹⁴. Sin embargo, decir que todos estos esfuerzos definitorios son solo indicios de la existencia del dolo, no nos saca del problema inicial de la falta de definición.

Carece de todo sentido sostener que existen indicios de algo que no se sabe que es, es irracional pretender determinar la existencia del dolo eventual cuando nadie puede dar una definición más o menos aceptada. Cómo puede ser posible que se siga discutiendo los caracteres después de un siglo y aún nadie sabe que es realmente de lo que se habla. Esto nos da la pauta de que en realidad no es más que una construcción artificiosa para poder extender la punición de delitos culposos, que guarda su razón de ser en el escozor que a los dogmáticos les produce etiquetar como culpable una conducta que es a todas luces moralmente reprochable.

Si observamos el análisis que realiza Claus Roxin respecto de las distintas teorías, este se centra más es la crítica conforme cada teoría deja fuera alguno de los distintos casos que plantea. Así, una doctrina es criticada si en el caso concreto su definición no sirve para incluirlo en su concepto de dolo o se toman parámetros por los cuales se pueda introducir conceptualmente la mayor cantidad de casos que de otra manera serían culposos.

Vemos entonces que la preocupación se centra en defender en todo momento algo que no se sabe que es, pero que todos sienten como que debe existir, lo cual es totalmente irracional y da por tierra con la idea de usar a la teoría del delito como un limitador del ius puniendo. El hecho de que no se pueda desentrañar su contenido y la vaguedad y ambigüedad con la cual es trabajado el tema, debería bastarnos para convencernos de que existe por lo menos duda, y si hay duda no queda otra cosa que desterrarlo y declarar que no existe otra cosa que la culpa con representación.

¹⁴ Cf. Claus Roxin, *idem ob. cita* 8; pag. 447.-

IV- Verificación en los casos:

La doctrina ha citado innumerables ejemplos para poder afirmar la existencia de los elementos del dolo eventual. Dos de los más conocidos son el caso de la correa de cuero o cinturón y el caso de los mendigos. El primero de ellos tiene de protagonistas a dos asaltantes que no logran reducir a su víctima y deciden ahorcarla para que pierda el conocimiento, resultando la muerte de la de esta. En este caso se agrega que los delincuentes abrían tenido en cuenta la asfixia pero habían decidido no usarla por el riesgo de muerte que importaba, es decir que tenían plena conciencia que podían matarlo.

Analizado el caso se empieza a determinar que el riesgo generado y conocido del ahorcamiento, transformaba esta imprudencia en un delito doloso, por aplicación de las distintas teorías. El error que comete la doctrina es narrar el caso completo y no desvincular el ahorcamiento de las circunstancias que lo rodean. Pensemos bien en que consistió la acción y los elementos que encontramos en su desarrollo, así tendremos lo siguiente:

- Dos personas ahorcan a un tercero que muere.
- Ambas actúan queriendo desmayarla.
- Ambas no quieren el resultado muerte.
- Toda persona que asfixia a otra genera un peligro de muerte.

Tomando estos datos ciertos y trasladándolos a otros casos, encontraremos que las conductas pueden ser valoradas distintas al variar los elementos que la rodean. Como ejemplo de esto voy a citar un hecho de actualidad:

“Un grupo de chicos de 16 años, se junta de tarde en una casa a divertirse. En ese momento uno propone jugar a asfixiarse para provocar desmayos, uno de ellos se niega por que es muy peligroso y los otros aceptan el reto acusando de miedoso al reticente. Inician el juego, se ríen del primer desmayo y cuando provocan el segundo causan la muerte de uno de sus compañeros”.

En este supuesto podemos encontrar los mismos elementos que en el caso de la correa, sin embargo entiendo que sería injusto ver al hecho como dolo eventual. No considero correcto que estos chicos que sólo querían jugar, puedan ser acusados por homicidio doloso. Obviamente se intentará decir que

en el supuesto hay consentimiento de la víctima o que no alcanzaron a comprender el peligro de su conducta, sin embargo se estaría evitando de esa forma poder discutir lo central de la propuesta y es que para la dogmática el dolo eventual es en el fondo una cuestión de sensibilidad más que un criterio científico.

El segundo supuesto que se cita es el del mendigo que amputa a un chico para que dé mayor lástima y obtener mejores limosnas, resultando así la muerte del menor por la lesión ocasionada. Desmenuzado el caso, encontramos que: el mendigo provoca una lesión; que la lesión tiene un riesgo de causar una muerte no querida; que la muerte se produce. Tomando estos datos, no hay mayores diferencias con cualquier otra lesión, así si una persona en medio de una discusión saca un machete y le corta una mano a su oponente, genera un riesgo de causarle la muerte a la víctima, pero no quiere tal resultado, luego si ella muere podrá discutirse la existencia de un delito preterintencional, pero no de un homicidio doloso.

Se ve así que los casos planteados, más que confirmar las premisas teóricas, lo que hacen es generar un efecto de gravedad que lleva al interprete a dejar pasar ciertas cuestiones, antes de etiquetar como culpable un hecho aberrante o socialmente sensible. Es por esto que se rellenan los supuestos de cuestiones fácticas que no hacen al núcleo de los hechos utilizados, con el fin de afianzar una categoría teórica no definida y así tildar de dolosa una conducta culposa.

Por último quisiera se reflexione sobre los siguientes casos: a) un grupo de mal vivientes asalta un banco y en la salida se ven rodeados por la policía, generando un fuego cruzado, hecho del que resulta muerto un transeúnte por el disparo de uno de los ladrones; b) un bebé está sobre la mesa de la cocina, cuidado por su niñera que está a su lado sentada, de repente la leche que está calentando entra en hervor, la mujer mira el niño y después a la hornalla, y decide correr a apagarla; en ese instante el menor cae de cabeza y muere; c) un contribuyente da sus papeles a un contador de dudosa reputación, pero se contenta con saber que pagará poco y no hace nada para verificar si se hay maniobras de evasión fiscal.

En el primer supuesto la sensibilidad social ha llevado a legislarlo con el fin de prescindir de cualquier consideración subjetiva de los autores,

objetivándolo y fijando el inconstitucional tipo de homicidio “con motivo u ocasión del robo”. En el caso de la niñera existe una conducta que encuadra en dolo eventual, ya que es conciente que el niño se puede caer y morir (es conciente del riesgo, lo acepta como probable, etc.), pero no creo que nadie esté dispuesto a considerarlo como homicidio doloso (algunos dirán que en la conducta no hay un desprecio del bien jurídico, pero es otra excusa para mantener incólume el dolo). Para el último de los hechos, existe una discusión muy fuerte en torno a si puede haber dolo eventual en los delitos tributarios. La diferencia de tratamiento se da por la distinta entidad de los hechos que se pretenden analizar, así es que se llega al extremo de objetivar la conducta por el sentimiento que generan los asaltos violentos, o se intenta extender supuestos dolosos ante la imposibilidad de probarlo por medio de la figura de dolo eventual, o se aprecia como culpable un hecho cuando la conducta no posee las connotaciones negativas de los ejemplos habitualmente usados.

V- Conclusión:

A lo largo de la historia las variaciones han sido infinitas en cuanto a cuando se incluía como delictual una conducta culposa, por lo que el análisis del dolo eventual no es más que un criterio que responde a un tiempo y sociedad determinada. Surge recién su consideración en la dogmática alemana, llegando a nuestros días dado lo arraigado que se encuentra en los teóricos penales de occidente. Por lo cual su apreciación debe tener siempre presente lo relativa que es.

Los doctrinarios del siglo pasado y hasta la actualidad han intentado fundar el dolo eventual, buscando sus elementos en distintas teorías, que mas allá de definirlo han generado un bagaje teórico del cual solamente se pueden extraer indicios de su existencia. Esto ha hecho de que todo intento sea aparente y la búsqueda de un criterio que lo separe de la culpa conciente a generado un cajón de sastre que desvirtúa la función limitante que la teoría del delito debería tener, como protectora de las garantías constitucionales¹⁵. Así se ha llegado ha un punto en que su mantenimiento es totalmente irracional y pone en evidencia que su existencia depende más de cuestiones sentimentales

¹⁵ Véase Rusconi Maximiliano, “DERECHO PENAL - PARTE GENERAL”; Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2007; pag. 124 y ss.

que de criterios científicos comprobables. Esto se desprende de la discrepancia en el tratamiento de los casos que analiza la doctrina y que al no considerar las mismas acciones en supuestos de distinta connotación, evitan sacar a la luz estas cuestiones.

Al no existir una verdadera diferencia entre dolo eventual y culpa con representación, se ha utilizado la figura con fines político-criminales que vulneran las garantías constitucionales, deslegitimando así la función limitadora de la teoría del delito. Es que los casos analizados tiene más que ver con un intento de aumentar las penas que la verdadera entidad de la conducta, ya que la connotación de las acciones deberían ser valoradas a fin de determinar la pena al caso concreto y no para tipificarlas.

Es por esto que considero que el dolo eventual es un artificio que habría que desterrar y dar una verdadera discusión en torno a cuales deben ser los límites de pena en los delitos imprudentes. La mayor peligrosidad, la conciencia de la posibilidad del resultado, el desprecio de los bienes jurídicos y/o la posibilidad de evitar el daño, nada tiene que ver con “querer el resultado”, y el dolo de riesgo lo puede vivir hasta un alpinista y nada tiene que ver con la tipificación de una conducta. Estos indicios pueden ser perfectos fundamentos para elevar una pena, pero siempre dentro de la escala del delito imprudente o negligente.

BIBLIOGRAFIA:

Bacigalupo Enrique; "MANUAL DE DERECHO PENAL – PARTE GENERAL"; Ed. Temis, Sta. Fe de Bogotá, Colombia; 1996.-

Carlos Creus; "DERECHO PENAL-PARTE GENERAL", Ed. Atrea, 5ta. Edición, Buenos Aires, 2003.-

Cesar Bonesana Marqués de Beccaria, "TRATADO DE LOS DELITOS Y LAS PENAS"; Ed. Heliasta; 1993; Brazil.-

Claus Roxin, "DERECHO PENAL – PARTE GENERAL", Tomo I; Ed. Civitas, traducción de la 2º Edición Alemana; 1º Edición, Madrid, 1997; pag. 196-197.-

Claus Roxin "POLITICA CRIMINAL Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL", Ed. Hammurabi, 2º Edición 1º Reimpresión; Buenos Aires, 2002.-

Fontan Balestra Carlos; "DERECHO PENAL – Introducción y Parte General"; Ed. Abeledo-Perrot; Buenos Aires; 1998.-

Günther Jakobs, "DOGMATICA DE PENAL Y LA CONFIGURACION NORMATIVA DE LA SOCIEDAD"; Ed. Civitas, 1ª edición; España; 2004.-

Günther Jakobs, "PROBLEMAS CAPITALES DEL DERECHO PENAL MODERNO", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998.-

Rusconi Maximiliano, "DERECHO PENAL - PARTE GENERAL"; Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2007.-

Sanchez Freites, Fernando; "Derecho Penal Parte General", Ed. Departamento de Publicaciones de la Universidad del Comahue; 2007.-

Terragni Marco Antonio, "AUTOS, PARTICIPE Y VICTIMA EN EL DELITO CULPOSO"; Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; 2008.-

Vidal Humberto Silvio, "Derecho Penal Parte General"; Ed. Advocatus, 1994.-

Zaffaroni Eugenio Raúl; "TRATADO DE DERECHO PENAL - PARTE GENERAL"; Ed. Ediar; Buenos Aires; 1998.-

Zaffaroni Raul Eugenio, Alejandro Plagia, Alejandro Slokar; "Manual de Derecho Penal Parte General", Ed. Ediar, 2005.-