

Voluntad y Tentativa.

Un análisis dogmático del caso “Solano”

Camila Petrone¹

I.- Introducción.

Como estudiantes, cuando aprendemos teoría del delito, advertimos que en muchas ocasiones los casos que se presentan para analizar y comprender cada uno de los elementos de la teoría aparecen como “casos de laboratorio”, ya que son aquéllos que permiten mostrar una determinada postura pero resulta poco factible que aparezcan en nuestras realidades cotidianas.

El caso “Solano”² es uno de esos casos que pensé que jamás existirían en la realidad pero aquí está y presenta múltiples desafíos que deben ser abordados desde la dogmática penal. A continuación, procederé a hacer un relato del caso que me permita, luego, avanzar respecto del análisis del aspecto de aquél que me resulta de mayor interés.

He de destacar, a modo de aclaración metodológica, que el caso presenta una gran cantidad de circunstancias que pueden ser discutidos y abordados desde la dogmática penal y, además, algunas cuestiones probatorias que también podrían ser

¹ Abogada (UBA), docente (UBA- UAI), maestranda en derecho penal (UBA), especialista en administración de justicia (UBA), especialista en Garantías Constitucionales del Proceso Penal (UCLM). Integrante de diversos proyectos de investigación (UBA- UNPAZ). Miembro de la Asociación Pensamiento Penal.

² TOCC N° 4, “Solano, Soraya Soledad s/ homicidio”, causa N° 21.435/22, Rta. el 28/12/2015, Reg. 3815.

analizadas pero, en el presente, me limitaré a tener por probados los extremos que a continuación mencionaré y ceñiré mi análisis a la cuestión del dolo y su configuración dejando de lado, entre otras cosas, la cuestión de la culpabilidad. Ello en tanto considero que el factor que distingue este caso de los demás que he conocido y la mayor riqueza de análisis radica en la forma en que los jueces involucrados han entendido que se configuraba en el caso el dolo de homicidio en grado de tentativa. Además, realizaré un breve análisis acerca de la posibilidad de entender que un delito en grado de tentativa puede configurarse con dolo eventual.

En el caso, Soraya Soledad Solano –la imputada y, luego, condenada- reside en la localidad de Urdampilleta y es la madre de Samuel, un niño de corta edad que sufrió –tal como fuera probado en el debate oral- una intoxicación por la ingesta de un medicamento llamado “*digoxina*”, también conocido con el nombre “*digital*” que se administra ante afecciones cardíacas y cuya dosis terapéutica –según han coincidido los médicos que han declarado en juicio- presenta un límite muy pequeño respecto de la dosis tóxica del mismo que puede producir –en pacientes que no tengan afecciones cardíacas o en aquéllos que sí las tienen pero que la ingieren excesivamente- síntomas como vómitos, diarrea, deshidratación que, en infantes, pueden resultar mortales.

Luego de ser tratado en distintos hospitales zonales debido a la recurrencia de estos síntomas que generaban un delicado estado de salud en el niño durante más de dos años, fue derivado al Hospital Garrahan de esta ciudad, donde los profesionales de la salud que lo atendieron advirtieron que la única explicación razonable para que un niño sano –dados los resultados de sus análisis de sangre y cardíacos, entre otros- repitiera estos episodios que lo llevaban a una grave deshidratación era una intoxicación producto de la ingesta de algún medicamento, como es la digoxina que, luego de realizar análisis, se halló en su sangre.

Estas medidas que tomaron los médicos fueron realizadas luego de que advirtieran, en una de las internaciones de Samuel, que el niño había mejorado notablemente durante dos días en que su madre –Solano- había regresado a su pueblo y, en esa ocasión, no detectaron la presencia del medicamento en la sangre del niño; hasta que, al regreso de Solano, Samuel volvió o a decaer en una deshidratación aguda y se registró, de nuevo, digoxina en sangre. Fue así que decidieron dar intervención a un equipo interdisciplinario a fin de realizar entrevistas con la madre, ya que si era ella quien le suministraba la digoxina –sobre todo considerando el historial médico de sus hijos fallecidos-, sus acciones serían compatibles con el llamado “*Síndrome de Münchhausen por poder*”.

Se ha probado en el caso, también, que la nombrada y el padre del niño tuvieron otros tres hijos, dos de los cuales –Geraldine y Sebastián- fallecieron con pocos años de edad luego de sufrir síntomas como vómitos y diarrea que culminaron en deshidratación; y que Sebastián había padecido una afección cardíaca por la cual le habrían recetado digoxina. Las muertes de los otros dos hijos de Solano no se han investigado en el marco del proceso judicial citado, ya que se produjeron en la provincia de Buenos Aires, en la localidad donde vivían Solano y su familia. Los respectivos procesos judiciales a fin de determinar si le cupo a la madre responsabilidad por su muerte fueron iniciados una vez culminada la causa penal por los padecimientos que sufrió Samuel, quien pudo recuperarse una vez hallado el medicamento en su organismo.

Según han puesto de manifiesto los profesionales que declararon en el juicio oral del caso que aquí nos ocupa –especialistas del Cuerpo Médico Forense de la CSJN, médicos tratantes del nombrado Samuel, Asistentes Sociales, etc-, El Síndrome de Münchhausen es “multidisciplinario”, ya que quien lo padece busca causar maltrato infantil pero a manos de profesionales médicos, mediante la práctica de estudios invasivos al paciente.

Señalaron, además, que quienes lo padecen suelen caracterizarse por llevar adelante un muy buen vínculo con los profesionales de la salud tratantes –lo que se verificó en el caso a partir de los dichos de los testigos-, sumado a la presentación de ciertas características compulsivas y obsesivas –en el caso, era la madre quien llevaba de un lado a otro una historia clínica anillada y detallada de su hijo-. Lo que se persigue, en síntesis, es llevar a una persona que está a cargo de quien padece el síndrome –común, sobre todo, en casos de padres y madres respecto de sus hijos/as- al médico y que éste último sea la herramienta de daño. Señalaron, además, que, en el caso, una de las principales características que presentaba Solano era el correcto manejo del vocabulario médico y farmacológico.

Los profesionales del Cuerpo Médico Forense, por ejemplo, destacaron que en los casos de este síndrome existen “impulsos” por parte de quien lo ejecutan, por lo que, en términos técnicos, se puede decir que se trata de una *psicopatía*. Solano, por su parte –conforme señaló la asistente social del hospital local donde tanto ella como sus hijos habían ser atendidos toda su vida- había presentado, en su infancia, episodios de crisis nerviosas que habían requerido internación. Agregaron, además, que la digoxina es uno de los medicamentos más utilizados por quienes padecen esta condición y que una de las características centrales, también presente

en Solano, es el deseo de “digitar” o controlar la situación de forma tal que “todo girase en torno a ella” –según dijo textualmente la asistente social-.

Todo ello, sumado a la muerte de sus otros dos hijos –Sebastián y Geraldine- en cuyos cuerpos –luego de que fueran exhumados, con orden judicial al iniciarse una investigación en el Hospital Garrahan- se detectó la misma droga, presenta un cuadro perfectamente compatible con este síndrome, que consiste –en pocas palabras- en que quien lo sufre necesita de alguien que se encuentre enfermo constantemente y a quien pueda llevar al médico, curar y cuidar. Las personas que lo padecen, al menos en los casos que han sido conocidos públicamente, parecen presentar un disfrute o goce en el suministro de medicina, la visita a médicos y la curación. Esta necesidad de “cuidar y curar” es lo que hace que, según los profesionales, sean ellos mismos quienes “ven síntomas que no existen” y suministren, por ello, medicación por su propia cuenta que es la que termina generando verdaderos cuadros clínicos, como en el caso de Samuel, que es el que se juzga en el fallo citado.

II. Análisis dogmático.

Al momento de formular su alegato final en el juicio oral, la Fiscalía acusó a Solano como autora del delito de homicidio agravado por el vínculo, en grado de tentativa, con dolo eventual, y solicitó que se le impusiera la pena de diez años de prisión. Más allá de imponerle una pena menor –cuatro años- por considerar, luego, que la culpabilidad de la nombrada estaba atenuada, el Tribunal la condenó por la figura penal requerida por el MPF y, luego, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó esa condena³.

Para tener por configurado el delito, en primer lugar, la jueza que lideró el fallo del TOCC –la Dra. Ivana Bloch- destacó que no había otra causa orgánica que explicara los síntomas y, precisamente, la imposibilidad de explicar la repetición de síntomas durante más de dos años en un niño que, según el resto de sus análisis, era “sano”, permite tener por cierto que se trató de una intoxicación por digoxina. Más allá de las circunstancias reseñadas en el punto anterior, el hecho de que al día siguiente de los acontecimientos que he mencionado –oportunidad en que se inició un procedimiento civil que culminó con el apartamiento de Samuel de sus padres y su traslado a un hogar de niños- hasta la fecha no ha vuelto a tener ningún síntoma.

³ CNCCC, Sala I, “Solano, Soraya Soledad s/ homicidio”, Reg. 1002/2018, Rta. el 23/08/2018.

A lo que me dedicaré, ahora, es a analizar: a) cuáles son las implicancias de considerar –como ha sido en el caso– que el dolo únicamente se compone del elemento “conocimiento”; y b) si puede entenderse que un delito que ha quedado en grado de tentativa puede cometerse con dolo eventual, a fin de cuestionar así tanto los argumentos del Tribunal como, luego, los del voto de mayoría de la Cámara.

a) Análisis de los elementos del dolo.

Es sabido que existen distintas teorías en doctrina para abordar el concepto del dolo y, en lo que sigue, me referiré brevemente a algunas de ellas a fin de abordar acabadamente el caso expuesto. El concepto más tradicional de dolo, sostenido por los autores finalistas, consiste en entenderlo como *conocimiento y voluntad* de realización de los tipos objetivos del delito, y es este el concepto al que llegaremos si partimos desde una teoría de la voluntad –ya que es ésta la esencia del dolo para los finalistas–⁴. Con relación al conocimiento, quienes se enrolan en esta corriente de pensamiento sostienen que lo que el dolo exige es el conocimiento de los elementos del tipo objetivo que se encuentren presentes al momento de la acción.

Las teorías del conocimiento –más modernas, por cierto–, postulan que el dolo debe ser considerado exclusivamente a partir de lo que el autor conoce o no; es decir que se trata sólo de aquello que el autor se representa. Así, se deja de lado la idea tradicional de dolo compuesto de un elemento cognitivo y uno volitivo, ya que este último desaparece. Se trata, entonces, de entender al dolo como la consciencia seria del autor del riesgo que genera como consecuencia de su conducta. Para esta postura el dolo en general se define a partir de la consciencia del riesgo.⁵

Por último, cabe mencionar a las teorías normativas del dolo, que son aquéllas que intentan dejar de lado la noción de dolo como dependiente de aquello que el autor piensa o desea; lo que implica aceptar que el dolo no es un elemento físico o fáctico que pueda ser probado en cada caso concreto sino que se trata de una forma

⁴ En tal sentido ver, WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964; a la vez, resulta interesante ver CEREZO MIR, José, “La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho Penal española y en los países iberoamericanos”, en AMBOS, Kai y RADKE, Henning (Coords.), *Estudios filosófico-jurídicos y penales del Prof. Fritz Loos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009. En nuestro medio, tal vez el más célebre representante del finalismo *welzeliano* ha sido y es aún Zaffaroni. En tal sentido, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2014.

⁵ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 47 y ss, entre muchos otros.

de imputación jurídica. En síntesis, la existencia del dolo o de un actuar imprudente depende exclusivamente del derecho, que es la disciplina que nos permite decidir qué y cuándo imputar.⁶

El voto que lideró la jueza Ivana Bloch y al que adhirieron sus colegas, en síntesis, parte de la noción del dolo como conocimiento. Es decir, de las teorías del conocimiento que he mencionado actualmente, lo que implica –al menos en Argentina- tomar una postura que es, indudablemente –y aunque eso no la vuelva menos interesante- minoritaria en doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia. Es este punto el primero que discutiré ya que creo que este caso demuestra a la perfección como las teorías del conocimiento, en muchas ocasiones, amplían –de forma incorrecta, a mi modo de ver- el poder punitivo.

En el caso de Solano, los jueces del Tribunal Oral consideraron que la nombrada debía ser condenada como autora penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa⁷. Para ello, tuvieron en cuenta los siguientes aspectos: Solano, indudablemente –y en función de los padecimientos y posteriores muertes de sus otros dos hijos- conocía cuán tóxica podía resultar la ingesta de digoxina, conocía cuáles eran los síntomas que indicaban intoxicación –vómitos, diarreas, deshidratación, tal como ocurrió en los casos de Geraldine, Sebastián y, luego, de Samuel- y que podían ser mortales. Aun así, según consideraron los magistrados, la nombrada decidió dar aviso “...recién después del quinto vómito de su hijo y ya con un grado de deshidratación avanzada. Explicaron, entonces, que la acción en cuestión fue la de *suministrar digoxina*, sin que llegase a producirse el resultado muerte, ya que si bien Solano comenzó la ejecución de la acción, no llegó a consumarse el delito por causas ajenas a su voluntad –es decir, la acción del personal de salud del hospital que logró curar a Samuel y detectar que era su madre quién le suministraba el fármaco-. Así, entendieron, con cita a Frister, que “Al haber suministrado Solano digoxina a su hijo es claro que no puede cuestionarse que éste –el homicidio- se hubiese configurado. Desde ya que ello presupone la existencia de dolo. En efecto, dado que en la tentativa el tipo objetivo tiene que estar incumplido, eso sólo puede suceder en el análisis de la cuestión de si la representación estaba dirigida a la realización del tipo objetivo.”

⁶ HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, rad., Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, III (1990),909 y ss.

⁷ Cfr. FRISTER, Helmut, *Derecho Penal: parte General*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 470.

En el caso, los jueces se enfocaron en probar, únicamente, que Solano conocía los efectos del medicamento que le suministró a su hijo y que sabía que eso podía causarle la muerte. Para ello, partieron de la base de que Solano creó un riesgo jurídicamente desaprobado –suministrar digoxina e introducirla en el cuerpo de su hijo– que, además, tenía a la muerte por envenenamiento como consecuencia probable, por lo que, si ocurría, no iba a tratarse de un caso de resultado imprevisible.

El argumento subyacente, entonces, parece ser el siguiente: el ámbito de protección de la norma –en términos de Jakobs– abarca la puesta en peligro que el suministro conlleva por los desenlaces que podían ocurrir⁸; de forma tal que una vez suministrada la droga, las consecuencias ya no serían controladas por Solano, de forma tal que lo que se le imputa es, precisamente, la creación del peligro jurídicamente desaprobado. De tal suerte, valoraron que, al momento en que actuaron los profesionales de la salud para curar a Samuel, no sólo se había suministrado ya la droga sino que el proceso de intoxicación que, potencialmente, desencadenaría en la muerte del niño, ya había tenido comienzo. Así, entendieron que Solano ya había hecho todo –es decir, suministrar la droga y no avisar a los médicos de los primeros síntomas de intoxicación hasta que Samuel se deshidrató–, para la producción del resultado muerte, sólo “necesitaba tiempo”⁹

En cuanto al aspecto subjetivo, los jueces afirmaron que Solano actuó con conocimiento de los efectos del medicamento, su nocividad y que sabía que “cuando los vómitos eran persistentes, esto producía deshidratación y estaba al tanto también de que la deshidratación podía derivar en la muerte”. Para afirmar esto, se refirieron a la experiencia sucedida con sus dos hijos fallecidos. Fue en este punto donde, citando a Ragués Vallés pusieron de manifiesto el concepto de dolo que utilizarían para condenar a Solano, según el cual “[E]l dolo es, en su indiscutido núcleo conceptual, el conocimiento que tiene un sujeto de determinadas circunstancias”¹⁰ y que toma como premisa que “Las reglas para determinarlo tienen como presupuesto aplicativo hechos objetivos anteriores, coetáneos y posteriores al momento de realización del comportamiento respecto del cual debe determinarse la realización consciente.”¹¹ De esta forma, tuvieron en cuenta la experiencia de Solano

⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal: Parte General*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 7/85.

⁹ JAKOBS, Günther, op. cit., pp. 26.

¹⁰ RAGUÉS I. VALLÉS, Ramón, op. cit., pp. 363.

¹¹ RAGUÉS I. VALLÉS, Ramón, op. cit., pp. 363.

con sus hijos fallecidos a los fines de acreditar el conocimiento de los efectos de la digoxina en el hecho vinculado a Samuel, a la vez que sabía que el cuadro que inmediatamente precedió a la muerte de sus hijos Sebastián y Geraldine fueron cuadros de deshidratación. En síntesis: conocía el peligro y se representaba el resultado como probable. Luego, los jueces específicamente afirmaron que “[L]a fórmula usual que concibe el dolo como conocimiento y voluntad de realización del tipo se revela desde el principio inadecuada (...) dolo es el conocimiento de que la realización del tipo depende de la ejecución querida, de la acción, aun cuando no sea querida por sí misma (...) es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias...”.¹²

Ahora bien, llegada esta instancia, no puedo evitar preguntarme cuál fue el motivo que llevó a los jueces del tribunal oral a esforzarse por explicar –como si se tratase de un ensayo de dogmática penal- la diferencia entre las distintas teorías del dolo y a optar, específicamente, por las teorías del conocimiento en este caso cuando, en verdad, se trató de una digresión teórica que no era necesaria. En tal sentido, si bien considero que las teorías del conocimiento no resultan superadoras de aquéllas que toman a la voluntad como elemento central y que, en cuantiosas ocasiones, las primeras podrían tener como única distinción práctica la de ampliar el poder punitivo debido a la existencia de menores requisitos para la configuración del dolo, no se me escapa que, en el caso, sin importar qué noción teórica acerca del dolo hubiésemos tomado, arribaríamos –desde la dogmática- a una única conclusión y afirmaríamos –tal como podría suceder en el célebre caso de “*Los mendigos rusos*” de Löffler¹³- que se trató de una tentativa de homicidio y que se configuró con dolo eventual.

Así, sin necesidad de realizar semejante digresión teórica, lo central del caso consistiría en sostener que el ya mencionado conocimiento de Solano respecto de las características de la digoxina y su toxicidad, conjugado con el punto sobresaliente del Síndrome que padece –es decir, la necesidad constante de tener alguien a quien enfermar para cuidar y curar una y otra vez- nos permite afirmar que la imputada no *tenía como fin* la realización del resultado muerte –sobre todo porque su condición se satisface no con la muerte sino con la enfermedad- pero que sí se la representaba y la aceptaba como posible. En el mismo sentido, Roxin explica que “[C]on dolo

¹² JAKOBS, Günther, op. cit., pp. 8/9

¹³ El célebre caso, en síntesis, consiste en que unos mendigos rusos compran niños para mutilarlos y poder conseguir así más dinero al despertar los niños una mayor compasión. Mutilan a los niños sabiendo que sus vidas corren peligro, pero en cada caso concreto, si supieran que el niño se va a morir preferirían venderlo o explotarlo de otra manera para no perder dinero.

eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que solo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.¹⁴”

Así, si el dolo equivale a *conocer y querer* la configuración de la conducta típica, cuando se presentan aquéllos casos –como el presente- en que no sea tan fácil o tan evidente afirmar que la persona que actúa *quería* la conducta típica, es que acudimos a una noción más amplia o laxa de la idea de *querer* y, así, admitiremos que el sujeto se representó como posible la realización del tipo y, además, mantiene una especial relación emocional con el resultado u otras circunstancias del hecho a las que abarque el dolo¹⁵ –es decir, entre todas las teorías posibles, o bien “estuvo de acuerdo” con la realización del tipo, ratificó su realización, se resignó a que suceda e toda maneras, la consintió, etc-¹⁶. Esto, por tanto, excluye aquellos casos en que haya existido la *esperanza* de que el resultado típico no se configurase –diríamos, entonces, que no existe relación emocional con el tipo penal-.

Lo que pretendo demostrar con este punto es que no es necesario recurrir a las teorías del conocimiento para fundamentar, en un caso como el presente sino que a idéntico resultado –a diferencia de lo que postulan los jueces al hablar de la teoría del conocimiento como “la única correcta”- sino que la tesis del dolo eventual para resolver este tipo de casos sería compatible con las más diversas teorías sobre el dolo; y la explicación de esta afirmación es, sencillamente, que ninguna teoría –ni aun las de la voluntad- sostienen la existencia del elemento volitivo en sentido estricto en el dolo eventual sino, como mencioné en el párrafo anterior, en todo caso aludiremos a una relación emocional con el resultado¹⁷.

Ahora bien, optar por el dolo eventual para resolver este caso no es la única salida posible ni –a mi criterio- la más adecuada aunque sí es válida. De tal suerte, según relata Ragués Vallés, si existió la *esperanza* o el *deseo* de que el tipo no se

¹⁴ ROXIN, Claus; *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I: Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, Ed. Thomson Reuters, Madrid, 1997, pág. 415.

¹⁵ RAGUÉS I. VALLÉS, Ramón, ob. cit., pp. 60/61.

¹⁶ En tal sentido ver ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I: Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, Ed. Thomson Reuters, Madrid, 1997.

¹⁷ Es de destacar –sin intenciones de ingresar en esta discusión en el presente trabajo- que destacados juristas de nuestro medio como Alberto Binder, Luis F. Niño y Gustavo Vitale se han pronunciado manifiestamente en contra de mantener “categorías intermedias” como el dolo eventual en pos de garantizar un mayor respeto del principio de legalidad.

consumara, nos quedará únicamente el tipo imprudente¹⁸ y, en este caso, entiendo que Solano no consintió ni se resignó al resultado “muerte” de su hijo Samuel, precisamente porque –y más allá de lo que de esto pueda derivarse al analizar la culpabilidad- su Síndrome necesita un hijo enfermo al que cuidar entonces válidamente podemos afirmar que ella sólo se representó que se curase para poder seguir cuidándolo. Entonces, aquí tenemos por verificada la esperanza o deseo de la no consumación del tipo penal que nos permite afirmar que no se trató de una tentativa de homicidio con dolo eventual sino que, más bien, correspondería analizar un accionar imprudente. Como es claro, no podemos hablar de tentativas imprudentes sino que lo que resta analizar es el delito que se corresponde con el resultado efectivamente sucedido en el caso que son la lesiones –graves, aunque este análisis exceda lo que deseo tratar en este trabajo- dolosas agravadas por el vínculo que une a Soraya Solano con su hijo Samuel.

II. b) ¿Tentativa y dolo eventual?

Una vez zanjada la discusión expuesta en el punto anterior queda otra discusión que quisiera dar respecto de la construcción del dolo en el fallo “*Solano*”: más allá de la última solución que propuse como alternativa al dolo eventual en los casos en que no podemos probar la conexión del sujeto con el resultado, entiendo que hay otro problema en las afirmaciones de los jueces.

Más allá de las discusiones acerca de los elementos que componen y el dolo y los límites y alcances del dolo eventual, no es posible pasar por alto que afirmar, sin más, que un delito en grado de tentativa haya sido perpetrado con dolo eventual resulta, cuanto menos, problemático. En este punto, no pretendo afirmar que, dogmáticamente, sea “imposible” argumentar la conjugación entre la tentativa y el dolo eventual sino que creo oportuno señalar que la sentencia pasa por alto que aquella construcción choca contra el art. 42 de nuestro Código Penal vigente, que regula, precisamente, el instituto de la tentativa.

Así, la normativa mencionada prescribe que “*El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...*” –el destacado me pertenece-, lo que implica, necesariamente, que para considerar que un delito no se ha consumado, a pesar de haberse comenzado su ejecución, se requiere, además de la constatación de los elementos objetivos que fundan la imputación objetiva, la finalidad o intención de, en este caso, causar la

¹⁸ RAGUÉS I. VALLÉS, Ramón, ob. cit., pp. 62.

muerte.¹⁹ Todo ello quiere decir, sencillamente, que la forma en que está regulada la tentativa en nuestro ordenamiento sustantivo parece no admitir la posibilidad del dolo eventual porque el dolo eventual como ya he adelantado, no supone la finalidad de cometer un delito determinado.

Así, explica Luis García que “...puesto que el dolo es un concepto normativo, que no se infiere de la naturaleza, sino una construcción que se apoya en ciertos hechos y circunstancias de la actuación del agente, ha de admitirse que toda construcción normativa tiene que tener apoyo expreso en la ley o, al menos, que pueda ser inferida razonablemente de la ley”. Además, cabe tener en cuenta que, en los delitos de resultado –como es el caso del homicidio- la definición de su punibilidad y de los elementos del tipo toma, como base, la figura consumada, y para decidir la punición del hecho a título de tentativa se requieren reglas específicas que definan los presupuestos para su punibilidad de un hecho tentado, sin las cuales no podría ser punible.

El motivo por el cual gran parte de la doctrina y jurisprudencia entiende que no hay obstáculo alguno para tener por configurada una doctrina de este tipo es porque, sencillamente, estamos acostumbrados a leer a catedráticos tanto españoles como alemanes, quienes trabajan y escriben con un marco normativo en el que la tentativa está regulada de forma diferente.

A saber, el Código Alemán, en el art. 22, define a la tentativa explicando que “*Intenta un hecho punible quien, según su representación del hecho da comienzo a la realización del supuesto de hecho del tipo*”; a la vez que luego, en el art. 23, dispone qué delitos serán punibles en grado de tentativa y, a la vez, no prevé escalas penales especiales o diferentes para estos casos. Así, vemos que para los teóricos alemanes –al menos a partir de la lectura de su cuerpo normativo penal- no existe un concepto “natural” de tentativa sino únicamente normativo según el cual no toda tentativa será punible, sino que es el legislador quién define específicamente su punibilidad.

Vemos, entonces, la diferencia con nuestra normativa penal –que, a mi criterio, no es necesariamente “peor” o “menos completa-, y allí se advierte con claridad que aplicar la tentativa en aquéllos casos en que –como sucede con el dolo eventual como ha sido definido en el acápite anterior- no existió voluntad de cometer

¹⁹ CNCCC, Sala 1, “*Vera Echeverría, José Luis s/ recurso de casación*”, Reg. 503/2018, Rta. el 11/05/18 –del voto del juez Luis García-.

un delito, aplicar una figura dolosa –aún eventual- implicará una extensión indebida del aparato punitivo, por cuanto correspondería inclinarnos por la figura culposa.

Si bien esta postura no es unívoca en nuestra jurisprudencia, coincidiré con Luis García ya que entiendo que el obstáculo del art. 42 del CP resulta imposible de sortear en nuestra legislación, y es por eso que no resulta posible, en nuestro medio, dictar una condena por un delito en grado de tentativa con dolo eventual. Es por eso que, analizando esto último en conjunto con lo expuesto en el punto II. a), entiendo que la solución más adecuada al caso que aquí he tratado es, sencillamente, entender que se trata del delito de lesiones, el cual se encontró consumado.

En este sentido, sostiene Vitale que es a partir del mencionado art. 42 es desde donde debemos construir el concepto de dolo en Argentina, fundamentalmente en lo que hace a su aspecto volitivo. Así, señala que el vocablo *fin* “[E]s usado aquí como sinónimo de finalidad, objeto intención o propósito, lo que queda bien claro si se repara en que dicho “*fin*” es vinculado, por la ley, con la comisión de un delito determinado. Nadie puede actuar con el fin de matar a cierta persona si no obró buscando su muerte”²⁰, así, la aceptación de la posibilidad de matar a otro no se identifica con la búsqueda de su muerte, por lo que son dos situaciones muy distintas que no podrían ser castigadas de la misma manera.

Sin intenciones de entrar en la discusión acerca de la validez constitucional del dolo eventual en general que instaura Vitale –la que resulta por demás interesante pero excede el análisis que pretendo abordar aquí- habré de decir que surge con claridad de la letra del art. 42 que nuestra legislación no sólo adopta la noción de dolo como conocimiento y *voluntad* –lejos de suscribir a las teorías del conocimiento que suscriben los jueces del caso- y que, además, requieren que esa voluntad sea la de la obtención de un resultado lo que en modo alguno sucede en caso del dolo eventual, por todo lo expuesto en párrafos anteriores.

La norma del art. 42 CP establece un límite concreto al ejercicio al poder punitivo al exigir la precisa voluntad de cometer un delito determinado, y funciona como una cláusula que impide el ejercicio de poder punitivo en los supuestos de tentativa con dolo eventual y, lógicamente, también deja afuera toda posibilidad de “tentativa culposa” –construcción descartada de pleno y hace tiempo por la doctrina, claro está-.

²⁰ VITALE, Gustavo, *Dolo eventual como una construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2013, pp. VII.

Tal como señala Vitale, el fin de cometer un delito determinado requiere conocer con seguridad o práctica seguridad de la producción del resultado, y no la mera posibilidad²¹, por lo que surge de allí claramente que la interpretación que más concilia las pautas axiológicas que surgen del principio de legalidad, el principio pro homine y la voluntad del legislador es la de excluir la posibilidad de tentativa con dolo eventual. Si conjugamos aquella afirmación con el principio de máxima taxatividad legal concluiremos que, en nuestra legislación vigente, para que se dé un supuesto de tentativa de homicidio debemos poder acreditar el dolo en tanto *voluntad* de terminar con la vida de otra persona; y, de lo contrario, se deberá adecuar el hecho a la figura que prevé el resultado realmente consumado que, en el caso, es el de lesiones –que, sin intención de ahondar en este análisis, serían graves-.

III.- Conclusiones.

A modo de corolario de todo lo expuesto en los puntos anteriores, quisiera destacar que el caso “Solano” presenta diversas cuestiones de una enorme riqueza de análisis desde el punto de vista de la dogmática penal y que el interés que ha despertado en mí radica, precisamente, en que es un caso real que logra poner realmente a prueba las consideraciones personales que cada uno pudiera tener respecto de la configuración de los elementos que hacen a la teoría del delito.

De esta forma –y tal como he intentado explicar- presenta diversos problemas que deben ser sorteados desde el punto de vista del análisis del dolo. El primero es, claramente, analizar si evidentemente existe dolo y, en su caso, cómo podemos probarlo. En este punto es que entiendo, como he explicado, que los jueces se han enfocado demasiado en dejar asentada su propia concepción acerca del dolo como voluntad y han olvidado que, en el caso, nada cambiaba tomar como válida una u otra postura ya que partiendo desde ambos caminos podíamos llegar a afirmar – desde el plano exclusivamente dogmático- tanto la configuración del homicidio en grado de tentativa con dolo eventual como –en mi caso- el delito de lesiones dolosas agravadas por el vínculo –a falta del tipo imprudente que es de imposible configuración en los delitos tentados.-

La dificultad relativa al dolo eventual, entonces, no se presentó a nivel dogmático sino en el plano legislativo, por los motivos que he intentado explicar al realizar un breve análisis del art. 42 de nuestro Código Penal. Recién en ese momento advertiremos que –más allá de que en lo personal me haya inclinado por desechar el

²¹ Ver, para mayor abundamiento, VITALE, Gustavo, *Dolo como actuar deliberado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018.

homicidio tentado- no es posible sostener razonablemente que la tentativa del delito y el dolo eventual puedan, pacíficamente, convivir en nuestra legislación.

Por último – y más allá de la resolución del caso en concreto- quisiera realizar una consideración personal que me lleva a afirmar –más allá de nuestra legislación- que existen motivos dogmáticos, desde las teorías de la voluntad, para sostener que en ningún caso es procedente hablar de dolo eventual si estamos en un caso de tentativa. Así, si nos remitimos al fundamento de la punición de la tentativa –al menos desde la óptica de Feuerbach y Stratenwerth- veremos que ésta puede ser definida como “una acción exterior dirigida intencionalmente a la producción del delito”²², que debe ser objetivamente peligrosa, de forma tal que, según advierto, el motivo por el que –al menos para gran parte de la doctrina- se castigue la tentativa no es otro que la exteriorización de la *voluntad* de cometer un delito²³ que, luego, no se consuma.

De esta manera, si tomamos como válido que el dolo eventual se caracteriza precisamente por la falta de voluntad directa de comisión del delito ya que, como postula Roxin en las obras antes citadas, existe otra relación subjetiva con el resultado que no es estrictamente la voluntad, mal podría un delito que ha quedado en grado de tentativa ser doloso con dolo eventual, ya que no hay ninguna exteriorización de voluntad que podamos castigar –al menos desde las teorías de la voluntad como la que suscribo-, de forma tal que el resultado más justo consiste en desechar esa hipótesis e inclinarnos por aquél delito que implique, para su consumación, un resultado que sí podamos verificar –como sucede en este caso entre la figura del homicidio y la de lesiones-.

²² STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I: El hecho punible*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 330.

²³ Autores subjetivistas como Marcelo Sancinetti se referirían, al contrario, a la transgresión del ordenamiento jurídico, por ejemplo.