

Sobre el *dolus generalis* en Günther JAKOBS (1)

Por Nicolás Schiavo.

Cómo han de ser resueltos aquellos casos en los cuales la consumación de la conducta dolosa deviene de un hecho posterior, cometido ya sin dolo, por la errónea creencia de estar desarrollando esta segunda conducta sobre un cadáver⁽²⁾, ha motivado un vigoroso debate doctrinario. Así como lo indica el título del presente, el primer intento de solución es el modelo desarrollado por *H. MAYER*, quien entendía que se trataba de una conducta dolosa consumada por existir un dolo general que abarcaba ambas conductas.

En tal inteligencia, a la fecha, se han desarrollado en principio dos claras posiciones, una de ellas que sigue entendiendo que debe resolverse la cuestión como delito doloso consumado⁽³⁾, y otra contrapuesta que argumenta la solución de tentativa acabada en concurso real con imprudencia⁽⁴⁾.

Así las cosas, en el presente interesa determinar si el autor citado en el título, efectivamente adhiere a alguna de estas posturas, si por el contrario presenta matices propios o desarrolla una posición intermedia apartada de las antes señaladas.

¹ El presente trabajo fue presentado como ponencia en el seminario de la cátedra de Derecho Penal del Profesor Dr.Dr. Marcelo A. Sancinetti, UBA 1999, la presente publicación se encuentra inalterada respecto de aquella presentación. El punto en análisis se extrae del tratamiento dado en la obra: Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, 2ª edición, Sello Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1997.

² La solución dogmática viene dada, de *lege data*, en relación al homicidio.

³ Con diferentes matices, así: Welzel, Strafrecht 13, I, 3d; Stratenwerth, AT, núm. Marg 25; Wolter, leferenz-Festschrift, pp 545 ss, 549 s; Schönke-Schöder-Cramer, 15, núm., marg. 58. y otros (ver en Jakobs, ob, cit pag. 364 nota al pie 157).

⁴ En tal sentido Maurach-Zipf, AT I 23 núm. pag. 33 ss.; Schmidhäuser AT 10/46, y otros (ver en Jakobs, ob. Cit. Pg. 364 nota al pie n° 158)

En principio puede afirmarse, sin temor a yerro, que no adhiere a la posición que entiende debe resolverse todo el actuar como consumación dolosa, única conclusión que puede derivarse de las propias palabras del autor. Así, cuando comienza a tratar el asunto expresa: "El concepto procede de un temprano intento de solución, hoy ya no defendido (todo el actuar relacionado con el hecho ocurrirá con dolo general)..."(el subrayado me pertenece)⁽⁵⁾, en igual sentido: "Cuando un amplio sector doctrinal argumenta que se trata de un supuesto particular del desvío del curso causal 157, si bien ello es cierto, no legitima para imputar la realización de un riesgo no advertido a título doloso."⁽⁶⁾.

En razón de lo expuesto, resulta de mayor interés analizar la posición del autor en relación a la segunda de las soluciones antes mentadas, es decir, si el hecho debe ser imputado como tentativa acabada en concurso real con imprudencia

Si se realiza una primera lectura de la conclusión a la que arriba sobre el tema, puede erróneamente entenderse que presenta una teoría intermedia, en base a la cual algunos casos deben resolverse como consumación dolosa, y otros como tentativa en concurso con imprudencia, fundamentalmente cuando expresa: "En la medida en que se decida en el sentido de que sólo hay tentativa, en caso de evitabilidad del segundo acto en concurso real con imprudencia 158, se pasa por alto que el riesgo del segundo acto puede añadirse meramente modificando o complementando, sin desplazar el riesgo del primer acto",⁽⁷⁾ más el

⁵ En nota al pie n° 153, ob. Cit. Pg. 363

⁶ Ob. Cit. Pg. 364.

⁷ Ob. Cit. Pg.364/365.

asunto se disipa al verificar las reglas que enuncia al tratar el tema de “la realización del riesgo percibido”.

Así debe entenderse que en el presente caso nos encontramos ante dos riesgos, el primero de ellos percibido por el autor (caso contrario no se trataría siquiera de un hecho imputable a título doloso), y el segundo no percibido (sin perjuicio de si el mismo es o no cognoscible, y en ello reside la imputación culposa). Para dar solución al caso, es indispensable determinar como han operado esos riesgos, es decir en palabras de autor: “importa si la actuación desplaza el riesgo percibido (no hay ocasionamiento doloso del resultado), o no altera mas que una circunstancia accesorio (ocasionamiento doloso del resultado).”⁽⁸⁾.

Estaremos en presencia de una ejecución dolosa del resultado cuando aquel riesgo percibido por el autor, solo o conjuntamente con otro, nos permita explicar el curso causal concreto, de forma tal que el mismo sobrevenga a causa del riesgo creado dolosamente, y no sólo con ocasión de ese riesgo.⁽⁹⁾

Para indagar ello, es decir si se realiza el riesgo percibido en ese curso causal concreto, deben imaginarse las condiciones de modo tan modificado que el autor ya nos las perciba como arriesgadas, y así contrapuestas a ese curso causal concreto, si solamente se modifican circunstancias “accesorias relativas”⁽¹⁰⁾ no se habrá realizado el riesgo. Así expone Jakobs a modo de ejemplo, el

⁸ Ob. Cit. Pg. 360.

⁹ “Los daños que de modo planificable son evitables y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido son debidos a ese comportamiento no permitido y pueden, por tanto, ser explicados a través de éste” (GÜNTER JAKOBS, La imputación Objetiva en Derecho Penal, Traducción Manuel Cancio Meliá, Sello Editorial Ed-Hoc pg. 113) .

¹⁰ Aquellas que no dependen de la defraudación de expectativas por parte de la víctima. En tal sentido expone el autor que a través un comportamiento no permitido el autor establece una doble relación con la víctima: En primer lugar, la obliga a soportar un riesgo que planificadamente puede convertirse en daño. En esta medida el autor impone a la víctima su organización, y en correspondencia, la víctima sólo puede orientarse remitiéndose al comportamiento inadecuado del autor como explicación de la lamentable

caso de quien intentando apuñalar a otro sujeto le produce una herida tan insignificante que el autor no la habría considerado mortal, introduciéndose un germen infeccioso que desencadena el óbito, en este caso la herida causada por el autor en relación al riesgo por él percibido al iniciar su conducta no se produce, sin influir las posibilidades de salvación, el lugar de la muerte o el proceso infeccioso en sí, pues todas esas diferencias son aquellas que no dependen de defraudación de expectativas la víctima, sin embargo cambiará el caso cuando con una herida pequeña la infección hubiera sido dominable (como sería el caso de una herida producida con un cuchillo oxidado).

En tal inteligencia, volviendo a la cuestión aquí tratada, en el ejemplo dado por el autor puede observarse ⁽¹¹⁾ que no se trata de un caso de los englobados bajo el título de *dolus generalis*, y así la advertencia realizada en relación a quienes sostienen la segunda de las posiciones analizadas, se centra mas bien, a mi juicio, en señalar que no siempre que concurren dos riesgos estaremos en presencia de un evento que reúna los requisitos para ser tratado como los denominados casos de *dolus generalis*.

Es decir, cuando el segundo de los riesgos, no haga más que modificar circunstancias “accesorias relativas” del primer riesgo percibido como tal por el autor, estaremos en presencia de una consumación dolosa. En el ejemplo dado, le era indiferente al autor si la víctima moría por la disfuncionalidad del órgano

situación. (GÜNTER JAKOBS, *La imputación Objetiva en Derecho Penal*, Traducción Manuel Cancio Meliá, Sello Editorial Ed-Hoc pg. 110)

¹¹ El autor ha atravesado una arteria importante y un órgano vital de la víctima al apuñalarla con dolo homicida. La víctima cae de modo que la arteria se abre, y se desangraría de seguir en esa postura antes de que surtiera efectos la herida en el órgano; no obstante, el autor esconde en seguida bajo un montón de madera lo que él supone ya un cadáver, de modo que la arteria se estrangula y la víctima perece no por la hemorragia, sino por la herida en el órgano; el riesgo del apuñalamiento se ha realizado, es decir, concurre un hecho consumado doloso. Ob. cit. Pg. 364

Comentario [NS2]: Seminario de Derecho Penal - Dr. Marcelo Sancinetti

interesado en la herida, o desangrado, y la segunda conducta no hizo más que modificar esa circunstancia. Vale decir, que basta con que el autor conozca el riesgo que realiza (apuñalar), sin importar que conozca el curso causal concreto mediante el que se realiza (morir desangrado o por una disfuncionalidad orgánica), por ello cuando la segunda conducta no hace más que modificar en cuestiones accesorias el curso causal concreto del riesgo conocido, el resultado es imputable a título de dolo.

Si la primer conducta riesgosa sufriera una modificación tal que ya no fuera percibida como riesgosa por el autor, el resultado no puede ser imputado a título doloso ⁽¹²⁾, aunque el mismo se produjese por la modificación de circunstancias "accesorias relativas" de una segunda conducta (Ej. Prestar un incorrecto auxilio a la persona que tiene la insignificante herida).

Por último si el primer riesgo percibido no se realiza, he interviene un segundo riesgo, ya no percibido (aunque cognisible), que opera modificando el primero en cuestiones que no resultan accesorias, es decir sustanciales, alcanzándose el resultado por este segundo riesgo, sin interesar si el mismo operó en ocasión del primero ⁽¹³⁾, estaremos en presencia de un caso de los

¹² Así expone: "Si la lesión (pre-) supuesta y la acaecida no son de la misma gravedad, al menos y como máximo el quantum percibido se imputa a título doloso; si se produce menos, la acción se queda parcialmente en tentativa; si se produce más, a la consumación dolosa se le añade una realización no dolosa del resultado", ob. Cit. Pg. 361.

¹³ Como podría ser el caso de quien pierde el conocimiento por el primer riesgo (disparo de arma de fuego), que no se llega a realizar, y al operar el segundo riesgo, no conocido por el autor, el resultado se realiza producto de este riesgo en ocasión del primero (el sujeto muere ahogado al ser arrojado a un río por encontrarse incapacitado de nadar producto de la herida de bala). En tal sentido: "Lo que no condiciona el resultado tampoco lo explica; esta regla negativa correcta, pero no puede ser reconvertida, sin más en positiva; la proposición " lo que condiciona el resultado también lo explica", es incorrecta como fácilmente muestra el ejemplo antes enunciado; si a causa del riesgo de ser propenso a sufrir infecciones el sujeto se encuentra en un hospital donde un paciente enloquesido le causa la muerte, el riesgo de infección es condición de la estancia en el hospital, y ésta a su vez condición del comportamiento no permitido que allí se produce, pero a pesar de todo, y prescindiendo de posibles configuraciones exóticas del caso, nadie aceptará como explicación de la muerte que ésta se basó en la propensión a sufrir infecciones."(GÜNTER JAKOBS, La imputación Objetiva en Derecho Penal, Traducción Manuel Cancio Meliá, Sello Editorial Ed-Hoc pg. 107)

denominados *dolus generalis*, debiéndose resolver como tentativa acabada más imprudencia.

Concluyendo, entiendo de conformidad a lo expuesto anteriormente, que el autor aquí analizado, adhiere a la segunda de las tesis expuestas (Tentativa más impudencia en concurso real), realizando solamente una salvedad en aquellos casos que no son propios de aquellos que deben ser tratados dentro del marco del *dolus generalis*.