

**- DOLO EVENTUAL VS. IMPRUDENCIA -
- UNA DICOTOMÍA RELEVANTE -**

POR WALTER H. PIERRESTEGUI

INTRODUCCIÓN

Después de la lectura del libro de la cátedra y al momento de elegir el tema, uno de los que más me atrajo es el de “*Dolo Eventual*”, ello debido a que es un instituto poco abordado. Es enseñado en las universidades, tanto nacionales como provinciales, sin embargo pocas veces suele ser utilizado y es mirado hasta con resquemor.- A raíz de ello, y de recordar el renombrado caso “Cabello”, el cual no hace mucho tiempo atrás leí en el Diario Judicial o en El Dial.com que el citado autor de la “Picada” que segara la vida de la madre y su hija, le fuera modificada la calificación por la alzada a la de “Homicidio Imprudente” condenándolo así a una pena en suspenso.-

Si bien en primera instancia había sido condenado por el delito de “Homicidio Doloso” a la pena de doce años de prisión de efectivo cumplimiento, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III con fecha 02/09/2005 revió la sentencia de primera instancia.- la circunstancia de haberse producido un profundo cambio cualitativo entre una calificación y otra motivó además la realización del presente.-

A modo de introducción, es preciso someramente definir al “dolo”, como aquel elemento que integra el tipo penal. El citado se encuentra compuesto de un elemento “INTELLECTUAL”, con ello me refiero al “Saber/ Conocimiento” y otro elemento “VOLITIVO”, con ello me refiero a la “Intención/Voluntad” de realizar el “tipo objetivo”.- Sin ambos elementos expresados, no podría existir tipicidad penal dolosa en la conducta del autor.-

El elemento “intelectual” implica por parte del autor del hecho el saber lo que se hace, el conocer acabadamente eso que se quiere y naturalmente, ello conlleva conocer cada uno de los elementos del tipo –normativos, descriptivos etc.-

En el elemento interno “voluntad”, es válido reparar en la distinción que realiza Cerezo Mir¹ entre “voluntad” y “deseo”.- Esto es, implica por parte del autor de la conducta sindicada la posesión de cierto contenido objetivo –ello en oposición al “mero deseo”-.

En la “voluntad” existe algo “más” que en el “deseo”. Existe un “plus extra”. Puedo tener el deseo de que mi tío rico fallezca para heredarlo, sin embargo sólo seré reprochado penalmente cuando exista en mí “voluntad”; como sería el caso de suministrarle un veneno a mi tío para producir su fallecimiento interviniendo así en la producción del tipo objetivo.- ***Existe en la “Voluntad” dominio del hecho.*** Y ello nos será de utilidad más adelante al momento de tratar el fallo y la opinión sobre la temática elegida.-

¹ Conf. **Donna, Edgardo Alberto**, *Teoría del Delito y de la Pena 2º Reimp.*, Edit. ASTREA, Año 2003, Pág. 100.-

Sólo cuando se den los dos componentes simultáneamente se podrá de hablar de la existencia de un *“delito doloso”*. De faltar algunos de los citados elementos: “conocimiento” y/o “voluntad”, nos encontraremos frente de un delito *“imprudente”* siempre y cuando el delito en cuestión admita la forma imprudente.-

Es de destacar aquí, el ordenamiento jurídico donde la citada conducta suceda. Debido a que la posibilidad de condena, ante la existencia de Error –ya sea de Tipo o de Derecho- se desprenderá de la existencia o no, de la forma *“imprudente”* en el citado Orden Jurídico.-

En nuestra Legislación cada figura “imprudente” se encuentra delimitada en la parte especial del Código –u otras leyes complementarias-, esto es, nos encontramos dentro de los ordenamientos denominados de *“Numerus Clausus”* en la delimitación de la figura “Imprudente”, no existiendo una forma genérica de reducción de pena para los casos en los que los delitos previstos en la parte especial se realicen en forma Imprudente².-

Por ello, en caso de error en algunos de los elementos llevará inevitablemente, al tipo *“Imprudente”* en el supuesto de existir como expresara la figura dentro del ordenamiento, *“sino la misma será atípica”*.-

Según que autor tomemos, existen distintos niveles dentro del Dolo.- Habrá *“dolo directo”* cuando el resultado se presenta como el *“perseguido”* por el autor; *“dolo indirecto”* cuando el resultado es *“necesario”* a los efectos de lo perseguido por el autor y *“dolo eventual”* el resultado solo se presenta como *“probable o posible”*.-

DESARROLLO

Aquí empezaremos a separar las aguas que dividen al *“Dolo Eventual”* de la *“Imprudencia Consciente”*, debido a la relevancia de su distinción ya que son muchos los tipos penales que no admiten la forma imprudente. Vale destacar que los que la admiten presentan una escala penal sensiblemente menos gravosa que la prevista para la forma dolosa.-

De igual manera es de destacar aquí, que *en la práctica la posibilidad de distinguir ambas modalidades delictivas es muy difícil y en caso de no surgir de la propia palabra del sindicado como autor del hecho es poco frecuente llegar a la certeza necesaria para aplicar el Tipo Doloso por derivación de la existencia de Dolo Eventual.*-

No es baladí expresar que, en caso de duda por parte del juzgador de si se está frente a *“dolo eventual”* o *“imprudencia consciente”*, prima el Art. 3 del Código Procedimientos Penal de la Nación o Art. 1 del Código de Procedimiento de la Pcia. de Bs. As. los cuales contemplan el principio *“In Dubio Pro Reo”*. El mismo síndica que en caso de duda se estará, en lo que sea más “Favorable al Reo”. Y específicamente en lo que a este punto nos concierne, se deberá estar en caso de duda por el del delito “Imprudente”, y

² Ejemplo de legislaciones con una “Figura Genérica de Imprudentia” es por excelencia el Código Penal Español vigente hasta 1995, en el Art. 565 preveía un sistema de reducción de pena para los delitos cometidos con imprudencia temeraria.- El Código Penal Meicano impone una disminución genérica de la escala para el caso de comisiones imprudentes limitando en el mismo Art. Parte Gral. aquellos delitos que pueden ser cometidos en forma Imprudente, de igual forma fija un monto mínimo para la sanción de los hechos Imprudentes que afecten la propiedad (Art. 60 y 62).- El Código Penal para el Reino de Baviera, en sus Art. 65 a 70 diferencia la imprudencia grosera de la leve fijando una reducción de pena en caso de ocurrir una u otra.-

siempre y cuando, este contemplado en el tipo penal.- Ello con su consiguiente escala penal menos gravosa.-

Es así, que lo que separa al “*dolo eventual*” de la “*imprudencia consciente*” es una línea muy frágil, muy sutil.- En ambos concurre como expresara Maurach³ un determinado momento cognoscitivo que apenas permite distinguir entre las dos especies.-

La delimitación de ello es un problema procesal y como expresara de prueba, amén que, como veremos también a raíz de las distintas corrientes existentes “*es un problema de fondo*”. Su determinación será una cuestión netamente probatoria, a *mi entender*, que puede llevar a controversias o a resultados dispares, atento a la variedad de posiciones doctrinarias existentes.-

Ello, se ve claramente reflejado en el fallo “Cabello” donde el *Tribunal Criminal N° 30* después de la labor probatoria colectada, condenó por el delito de Homicidio a raíz de un accidente de tránsito, al autor del hecho Sebastián Cabello entendiendo la existencia de DOLO EVENTUAL en su accionar.-

Posteriormente la *Cámara de Casación Penal Sala III*, con igualdad de elementos probatorios revocó la sentencia parcialmente “*saltando*” a la “*figura imprudente*”.

Con relación al tema en tratamiento, “*Dolo Eventual*” Vs. “*Imprudencia Consciente*”, autores como Zaffaroni-Alagia-Slokar encuentran que, “*Podría objetarse que se trata peor a quien se representa la posibilidad de lesionar que a quien lo ignora negligentemente, pero la crítica pasaría por alto que quien consciente del peligro no hace nada por evitarlo, lo acepta con indiferencia o despreocupación; en lugar el imprudente, por su falta de consciencia, no tiene ningún plan delictivo final.*”⁴ Continúan los prestigiosos autores citando a Von Litz el cual refiere que el instituto de “*dolo eventual*” mereció fuertes críticas también por haber sido utilizado para perseguir a los socialdemócratas.

Ello así, hemos de comenzar con la delimitación de lo que es el dolo eventual.

Así debemos de razonar que, cuando expreso “*DOLO EVENTUAL*” concibo la “*intención y voluntad*” de que en caso de darse ciertas variables se consume por parte del autor el resultado típico.- Esto es, el autor realiza una acción en la que *EVENTUALMENTE PODRÍA SUCEDER EL RESULTADO*.- Puede ocurrir o no, sin embargo la conducta del autor es incondicional.-

Está dirigida intencional y voluntariamente –*dolosamente* - a ello, sucediendo el resultado por la conducta del autor y variables externas que son previstas por el autor con anterioridad al suceso.- Lo único eventual resulta ser el resultado.

Esto es, el autor dirige su conducta de manera incondicional y al hacerlo, el autor quiere al resultado eventual.-

Una crítica que se le hace al “dolo eventual” y que no deja de poseer un fundamento de relevancia, es el hecho que, se introduce un “*elemento de ánimo*” del autor

³ Conf. Baigun, David “Dos Cuestiones Dogmáticas Conocidas Legítima Defensa y Dolo Eventual y Las Valoraciones de la Política Criminal (Nota a Fallo)”; *Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, Edit. Depalma; Año 1987; Revis. N° 38, Pág. 269.-

⁴ Conf. Eugenio Raúl Zaffaroni - Alejandro Alagia - Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte General*; Editorial EDIAR, Año 2002, Pág. 525.-

*que muy fácilmente podría derivar en los casos concreto en un derecho penal de autor contrariando así nuestro ordenamiento jurídico.- Sin embargo, **considero que, el “Dolo Eventual” bien puede ser aplicado a cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho, y ello sin caer inexorablemente en un derecho penal de autor.-***

Después de haber leído el renombrado fallo “Cabello”, de igual manera, entiendo que con igualdad de pruebas producidas Y UNA REDACCIÓN DEL T.O.C MÁS CUIDADOSA DE LA SENTENCIA, a la CNCP Sala III le hubiese sido, tal vez más difícil revertir la sentencia. **Ello lo expreso, con la seguridad personal de no pensar al Orden Jurídico como una entelequia la cual puede ser manipulada a los efectos de acomodarla a un resultado.-**

Considero personalmente, sin adentrarme aún en el fallo en este párrafo –y a pesar de haber sido citado el Dr. Donna por la CNCP Sala III⁵ con la cual disiento- **que: no encuentro ni cercanamente posible que una persona con conocimiento de manejo y general de conducción** –como era Sebastián Cabello- **maneje un “vehículo de dicho porte” a una velocidad de 137,65 km/hs como mínimo,** -existiendo testigos que aseguran que iba a una velocidad superior-, **y que no se le ocurra, no se le cruce por la mente, no se haya representado, en fin, que de cruzarse un vehículo o una persona “nada podría hacer” siendo el resultado de esa EVENTUALIDAD una fatalidad segura.-**

Habiéndome introducido someramente en lo que es mi modesta posición en el citado caso “Cabello”, lo cual se, generará cuestionamientos, debate, o tal vez una mayor profundización, toda vez que el Dr. Donna se encuentra dentro de las citas que realizara oportunamente la CNCP Sala III al momento de sentenciar. Postura que no comparto o que la comparto sólo parcialmente y en lo referente a las críticas sobre la forma de la sentencia que parecería hacer referencia a un derecho penal de autor, a la inversión de la carga de la prueba que deja entrever, al exceso de pena que impusiera.-

Aclarado ello, y previo a profundizar en el caso expresado, con la intención de generar en el lector un conocimiento más acabado sobre la temática “Dolo Eventual” vs. “Imprudencia Consciente”, prosigo desarrollando las distintas corrientes doctrinarias que se han ido desarrollando, no sin antes aclarar, que la cercanía entre ambos institutos ha provocado inconvenientes que persisten en la actualidad, lo que se ve reflejado en los fallos y especialmente en el que analizaré en el presente trabajo, siendo importante un estudio pormenorizado y reflexivo sobre el tema.

Sin intención de desviarme de la idea madre, aclaro que las teorías que intentan definir al “Dolo Eventual” con base exclusivamente, en el elemento “Cognitivo” son insostenibles, porque el elemento intelectual de la representación es común a todas las formas de dolo, aún la eventual, e incluso la “imprudencia consciente”.-

Así, para definir la cuestión debería atenderse a la imagen existente en la mente del autor sobre los posibles efectos de su acción.-

⁵ “Cabello, Sebastián s/ recurso de casación”; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III; 02/09/2005

Debido a ello y a su dificultad probatoria se podría derivar –como expresara- en un “derecho penal de autor” prohibido, motivo por el cual la figura del “dolo eventual” ha de ser aplicada cuidadosamente e interpretada de manera restrictiva.-

Si bien la cuestión de la “voluntad” en un autor es una cuestión dudosa, más lo es en el caso del “dolo eventual”, de ahí lo restrictivo de su aplicación.

Pasemos ahora a las diferentes teorías que se han esbozado sobre la temática:

1- Teoría de la Posibilidad:

Entre sus adeptos se encuentran *Schröder*⁶ y *Schmidhäuser*⁷, *Jakobs*⁸ y *Bacigalupo*⁹.-

Para esta corriente existe “dolo eventual” si el “actor tuvo como posible” la realización del tipo penal.- Esto es, cuando el actor obra siendo consciente de la posible realización del tipo habrá dolo.-

Esta teoría abre demasiado el espectro al abarcar dentro del dolo situaciones que estarían dentro de la “imprudencia consciente”, como cuando quien actúa considera que podrá evitar el resultado.

2- Teoría De la Probabilidad:

Entre los defensores de esta teoría se encuentran *H. Mayer*¹⁰; *Ross*¹¹, *Wilhelm Sauer*¹², *Enrique Gimbernat Ordeig*¹³ y *Marcelo A. Sancinetti*¹⁴, entre otros. En la misma se llega a la existencia de dolo desde el punto de vista objetivo u objetivista.-

⁶ Conf. Ver nota al pie 4 de **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 554.-; En idéntico sentido **Battaglia, Alfredo** “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, ED Año 2000, Tº 187, Pág. 1181.-; **Mariano H. Borinsky** y **Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 261.-

⁷ Conf. **Battaglia, Alfredo** “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, -ED Año 2000, Tº 187, Pág. 1181.-; En idéntico sentido **Eugenio Raúl Zaffaroni - Alejandro Alagia - Alejandro Slokar**, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 2002, Pág. 526.- **Mariano H. Borinsky** y **Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 261.- Ver nota al pie de Pág. Nº 4 de **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 554.-

⁸ Conf. **Donna, Edgardo Alberto**, *Teoría del Delito y de la Pena 2º Reimp.*, Edit. ASTREA, 2003, Pág. 106.- En idéntico sentido **Battaglia, Alfredo** “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, -ED Año 2000, Tº 187, Pág. 1192.- De igual manera **Eugenio Raúl Zaffaroni - Alejandro Alagia - Alejandro Slokar**, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 2002, Pág. 526, **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 555.-

⁹ Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 555 y la correspondiente nota 6 al pie.- En idéntico sentido **Battaglia, Alfredo** “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, -ED Año 2000, Tº 187, Pág. 1192. En idéntico sentido **Mariano H. Borinsky** y **Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 255.- **Righi-Fernández-Pastoriza**, *Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial L.E.A, Año 1988, Pág. 140

¹⁰ Conf. **Jaime E. Malamud Goti**, “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED Año 1973 Tº 48, Pág. 843; En idéntico sentido **Eugenio Raúl Zaffaroni - Alejandro Alagia - Alejandro Slokar**, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 2002, Pág. 526; **Garibaldi-Pitlevnik**, “Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal”, Ad-Hoc, 2002, Pág. 53.-; **Mariano H. Borinsky** y **Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 261.-; Ver nota al pie de Pág. Nº 14 **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 558.-

¹¹ Conf. Ver nota al pie 14, **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 558.-

Habr  dolo si el autor previamente se ha representado el resultado t pico o la lesión al bien jurídico con un “*alto grado de probabilidad*”.-

Gimbernat Ordeig expresa¹⁵, que no puede ser ligado todo al elemento interno de quien realiza la acción. Debe estarse a parámetros objetivos, de lo contrario la cuestión podría solucionarse de manera injusta en situaciones en que el autor fuera un “optimista empedernido” o un “maniático pesimista”.- Al primero nunca le alcanzaría el dolo mientras que en el caso del segundo siempre se encontraría ante un resultado t pico doloso.-

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

Los seguidores de esta teoría encontraban un ejemplo en el conocido caso de “los mendigo rusos” que mutilaban a los niños para pedir limosna siendo frecuente que algunos murieran con motivo de la mutilación.- La crítica resulta idéntica a la anterior, abre demasiado el espectro abarcando “imprudencia consciente”.-

Esta teoría no puede explicar situaciones en la cual el agente prev o la posibilidad y realizó todo lo que se encontraba a su alcance a los efectos de su evitación, y así creyendo ello suficiente el resultado se sucedió.- En dicha situación se le aplicaría “dolo”, generando así nuevamente una injusticia.-

3- Teoría del Sentimiento:

Esta Teoría le añade un valor a la pura representación, esto es, la “*indiferencia de los sentimientos del autor frente al resultado*” pensado como posible por el autor, o cuando ante esa representación adoptó una actitud interior de desprecio a la norma que prohíbe o manda. “*La indiferencia previa es cristalina*”.-

Esta teoría ha sido defendida por autores como *Franz Exner*¹⁶; *Jiménez de Asúa*¹⁷; *Eduardo Nuñez*¹⁸, *Fontán Balestra*¹⁹, *Sebastián Soler*²⁰ entre otros.-

¹² Conf. **Jaime E. Malamud Goti**; “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED Año 1973 T  48, Pág. 848.- De igual manera **Battaglia, Alfredo** “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, -ED Año 2000, T  187, Pág. 1183.-; **Jorge Frias Caballero**, “Homicidio Simple con Dolo Eventual en el Tránsito Automotor?”, LL 1995-B-1432.- **Garibaldi-Pitlevnik**, *Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal*, Ad-Hoc; 2002, En nota 65 de Pág. 52.-; Ver nota al pie 14 **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 T  10B, Pág. 558.-

¹³ Conf. **Jaime E. Malamud Goti**, “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED Año 1973 T  48, Pág. 848.- En idéntico sentido **Donna, Edgardo Alberto**, *Teoría del Delito y de la Pena 2  Reimp.*, Edit. ASTREA, 2003, Pág. 104.- **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 T  10B, Pág. 558.-

¹⁴ Conf. **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “ Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 256.-; En idéntico sentido **Garibaldi-Pitlevnik**, “Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal”, Ad-Hoc, 2002, Pág. 56.-; **Sancinetti Marcelo**, “Tentativa y Dolo Eventual. Algo más sobre la Prueba del Dolo y el Mito del Resultado (Nota a Fallo)”, Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales, Edit. Depalma, Año 1987, Revis. N  40, Pág. 788.-; **Sancinetti, Marcelo A.**, “Tipos de Peligro, en las Figuras Penales (Delitos de Peligro Concreto, Abstracto, Lesión, Tentativa, Dolo Eventual de Lesión, Dolo Directo de Peligro)”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad. Hoc Bs As, 2001, Pág. 168.-

¹⁵ Conf. **Jaime E. Malamud Goti**; “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED Año 1973 T  48, Pág. 847.-

¹⁶ **Donna, Edgardo Alberto**, *Teoría del Delito y de la Pena 2  Reimp.*, Edit. ASTREA, 2003, Pág. 106.-

¹⁷ Conf. **Jaime E. Malamud Goti**, “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED Año 1973 T  48, Pág. 845.- (También ver nota al pie de página n  12); En idéntico sentido **Mariano H. Borinsky y Carlos**

El proyecto del Código Penal de 1960 de Sebastián Soler en su art. 19 expresaba que obraba con dolo el que quiso de modo directo el hecho ilícito y también aquél que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción²¹.-

4- Teoría del Consentimiento o de la Voluntad:

Estas atienden a disposiciones de carácter interno, afectivos, dándole un valor preponderante al elemento Volitivo, agregándole un “*plus*” a las anteriores, y esto es que: no basta con que el autor del hecho se haya representado el resultado, sino que lo haya “*consentido*”, “*aprobado*”, o “*aceptado*”.-

Esta teoría surge como consecuencia de intentar cubrir el vacío que dejaba el hecho cierto de que el autor de un ilícito con “*dolo eventual*” no “*ha tenido voluntad directa de realizar el tipo*”, de allí que la citada teoría intente suplir dicho espacio adhiriendo el consentimiento al resultado por parte del autor del hecho.-

Expresan Zaffaroni-Alagia-Slokar²² que como reacción contra las subjetivaciones groseras que realizaron estas teorías, **Armin Kaufmann** elaboró su teoría de la Voluntad de Evitación la cual será desarrollada más adelante.-

Esta corriente posee dos vertientes:

4-a: Teoría Hipotética del Consentimiento: Autores como *Reinhart Maurach*²³ o *Reinhart Franck*²⁴ siguen esta posición. En la misma el autor se “*debe haber representado*

I. Vela, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 258/9.-

¹⁸ Conf. **Jaime E. Malamud Goti**; “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED Año 1973 T° 48, Pág. 845.- En idéntico sentido **Letner, Gustavo Adolfo**; “Dolo Eventual y Culpa con Representación (Problemas y Consecuencias que Traen Aparejada su Distinción y su Posterior Aplicación en Casos Vinculados con el Transito)”, ED Año 1999 T° 184, Pág. 1158.-

¹⁹ Conf. **Jaime E. Malamud Goti**, “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED Año 1973 T° 48, Pág. 845.- En idéntico sentido **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 264.-

²⁰ Conf. **Jaime E. Malamud Goti**, “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED Año 1973 T° 48, Pág. 845.- En idéntico sentido **Jorge Frías Caballero**, ¿Homicidio Simple con Dolo Eventual en el Transito Automotor?, LL 1995-B-1433.-; **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 255.-

²¹ Conf. **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 265.-

²² Conf. **Eugenio Raúl Zaffaroni - Alejandro Alagia - Alejandro Slokar**, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 2002, Pág. 527.-

²³ Conf. **Jaime E. Malamud Goti**, “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED Año 1973 T° 48, Pág. 845.- En idéntico sentido **Battaglia, Alfredo** “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, ED Año 2000, T° 187, Pág. 1195.-; **Garibaldi-Pitlevnik**, “Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal”, Ad-Hoc, 2002, Pág. 48.-; **Borinsky Mariano H. y Vela, Carlos I.** “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 263.-; **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 T° 10B, Pág. 562.- **Righi-Fernández-Pastoriza**, *Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial L.E.A, Año 1988, Pág. 140.-

²⁴ Conf. **Letner, Gustavo Adolfo**, “Dolo Eventual y Culpa con Representación (Problemas y Consecuencias que Traen Aparejada su Distinción y su Posterior Aplicación en Casos Vinculados con el Transito)”, ED Año 1999 T° 184, Pág. 1157.- En idéntico sentido **Clemente, Martín**, en “Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: El Problema de la Conciencia Insegura”, JA 1992-IV-260.-; **Battaglia, Alfredo**, “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, ED Año 2000, T° 187, Pág. 1181 y 1195.-; **Donna, Edgardo Alberto**, *Teoría del Delito y de la Pena 2° Reimp.*, Edit. ASTREA, 2003, Pág. 107.-; **Eugenio Raúl Zaffaroni - Alejandro Alagia - Alejandro Slokar**, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 2002, Pág. 526.-; **Garibaldi-Pitlevnik**, *Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal*, Ad-Hoc, 2002, Pág. 48.-; **Donna, Edgardo Alberto y De La Fuente, Javier Esteban**, “Prevención, Culpabilidad, y la Idea Objetiva del Dolo. El Dolo Eventual y su Diferencia con la Imprudencia Consciente. A propósito del

hipotéticamente el resultado”, y en caso de habérselo representado “*si no se hubiera abstenido de actuar existiría “dolo eventual”*”.-

Autores como Gimbernat Ordeig²⁵ rechazan la teoría, toda vez que, en el juicio hipotético que se realizaría se valoraría los antecedentes, costumbres, ambiente del autor del hecho lo que generaría un derecho penal de autor, contrariando así, nuestra Constitución en su Art. 18 el que determina el principio de que nadie será penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso en el que se sustenta un derecho penal de acto en antagonismo con el derecho penal de autor.-

4-b: Teoría Positiva del Consentimiento o de la Voluntad: En la misma se posicionan autores como *Luzón Peña*²⁶. Esta, denominada como la segunda fórmula de *Reinhart Franck*²⁷ implica una mayor viabilidad en nuestro orden jurídico ya que establece la vuelta al derecho penal de acto.-

En esta teoría se sucede la “*representación del hecho en el autor y su “indiferencia”*” ante la producción del resultado.- Es así, que debe ser castigado por el delito doloso quien, habiéndose representado el resultado, *no solamente no frena o revierte el accionar sino que se conforma con el mismo y sigue adelante*.-

Roxin²⁸ critica la idea de “*indiferencia*” en la realización del tipo, expresando: que ella “*per se*” nada dice, toda vez que, el sujeto puede “no querer” el resultado pese a que el mismo le sea indiferente o viceversa, con lo cual la indiferencia, nada dice con respecto a la existencia del elemento “volitivo”.- Sí puede funcionar como indicio, mas no como pauta excluyente.-

5- Teorías mixtas

Estas teorías también denominadas “*eclécticas*”²⁹ se llaman así a que toman en forma parcial criterios de las Teorías de la Representación y del Consentimiento.-

Las mismas atiende tanto al elemento “*cognoscitivo*” como al “*volitivo*”.- En lo que respecta al primero de ellos algunas toman el criterio de la teoría de la “*Posibilidad*” y otras de la teoría de la “*Probabilidad*”.-

Caso Cabello”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 517.-; **Baigun, David** “Dos Cuestiones Dogmáticas Conocidas Legítima Defensa y Dolo Eventual y Las Valoraciones de la Política Criminal (Nota a Fallo)”, Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales, Edit. Depalma, Año 1987, Revis. N° 38, Pág. 269.-; **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 T° 10B, Pág. 562.-

²⁵ Conf. **Donna, Edgardo Alberto**, *Teoría del Delito y de la Pena 2° Reimp.*, Edit. ASTREA, 2003, Pág. 108.-

²⁶ En idéntico sentido **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 T° 10B, Pág. 562.-

²⁷ Conf. **Donna, Edgardo Alberto**, *Teoría del Delito y de la Pena 2° Reimp.*, Edit. ASTREA, 2003, Pág. 108.-

²⁸ Conf. **Letner, Gustavo Adolfo**; “Dolo Eventual y Culpa con Representación (Problemas y Consecuencias que Traen Aparejada su Distinción y su Posterior Aplicación en Casos Vinculados con el Transito)”, ED Año 1999 T° 184, Pág. 1157.- En idéntico sentido, **Battaglia, Alfredo** “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, -ED Año 2000, T° 187, Pág. 1180 y 1181 cita a ROXIN afirmando “la aprobación del Resultado; la indiferencia ante este” no puede influir en el carácter doloso del hecho aunque si en la determinación de la pena.-

²⁹ Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 T° 10B, Pág. 564.-

Con respecto al elemento “volitivo” adoptan la teoría del “Consentimiento”, pero a los efectos de restringir críticas expresan que el elemento volitivo “no exige que el sujeto quiera” el resultado, sino que, “se conforme o se resigne” con él.-

Diversidad de criterios para individualizar el “Dolo Eventual” en la presente postura:

5-a) La posición de Hans Welzel³⁰: El mismo utiliza el criterio de: “*Cuenta con que se produzca*” o “*confía en que no acontezca*”³¹. De igual manera los efectos de delimitar el “Dolo Eventual” José Cerezo Mir³² le da significación a la actitud emocional del autor y no a la magnitud que se le atribuya al peligro, “*si cuenta con que se realizará*” o “*confía en que no se realizará*” será determinante la presencia o no de dolo. Parecería una postura muy próxima a la “Teoría de la Posibilidad”, sin embargo, si el autor confía en que no se producirá podrá estarse ante una “imprudencia consciente” que sería lo que la diferencia de la Teoría de la Posibilidad.-

5-b) Posición de Lehrbuch Jescheck³³: El mismo considera que existirá “Dolo Eventual” cuando al autor se le “*representa seriamente la posibilidad*” del hecho típico y “*se conforma con su realización*”.- Existe en el autor un “abandono al curso causal” que reduce la cantidad de injusto penal.-

En esta teoría la novedad es que el autor del hecho al “conformarse con la producción del hecho” pone al dolo “como factor de culpabilidad”.- Aquí al autor se le hace un reproche superior al de la imprudencia consciente por la postura reprobable que esgrime frente al ordenamiento jurídico.-

5-c) Posición de Karl Engisch³⁴, Quinteros Olivares³⁵, Muñoz Conde³⁶ y García Aran³⁷: Estos adoptan una posición menos rígida expresando que para que exista “Dolo

³⁰ En idéntico sentido se expresa **Battaglia, Alfredo** “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, ED Año 2000, Tº 187, Pág. 1186.-; **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 565.-

³¹ Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 565.-

³² Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 566.-

³³ Conf. **Battaglia, Alfredo** “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, ED Año 2000, Tº 187, Pág. 1195.-; En idéntico sentido, **Donna, Edgardo Alberto**, *Teoría del Delito y de la Pena 2º Reimp.*, Edit. ASTREA, 2003, Pág. 111; **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 255.-; **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B; Pág. 566.-; **Righi-Fernández-Pastoriza**, *Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial L.E.A, Año 1988, Pág. 140.-

³⁴ Conf. **Jaime E. Malamud Gotí**, “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED Año 1973, Tº 48, Pág. 850.-; En idéntico sentido **Battaglia, Alfredo** “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, ED Año 2000, Tº 187, Pág. 1186.-; **Eugenio Raúl Zaffaroni - Alejandro Alagia - Alejandro Slokar**, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 2002, Pág. 527.-; **Garibaldi-Pitlevnik**, *Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal*, Ad-Hoc, 2002, Pág. 52.-; **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 568.-

³⁵ Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 568.-

³⁶ Conf. **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 263.-; **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 568.-

Eventual”, *debe el autor conocer la posibilidad del resultado y serle la producción del mismo “indiferente”*.- Muñoz Conde y García Arán la utilizan como un criterio más para matizar la existencia de la voluntad, sosteniendo que la teoría sirve para imputar a título de “dolo eventual” al caso de los “Pilotos Suicidas” que para ganar una apuesta corren picadas en dirección contraria al de la Autopista.-

5-d) Posición de Armin Kaufmann³⁸: El mismo parte de la *Teoría de la Probabilidad*, reformulándola y mejorándola, superando la formulación de Gimbernat Ordeig; y *entiende que la persona que eligió los medios para la realización de un hecho que derivó en una conducta típica, debe demostrar por medio de una “acción positiva, externa y contraria a la producción del hecho típico o al corte del nexo causal”*, su intención de que no se produzca el resultado.- Si su “*voluntad de evitación*” no es demostrada, se está en presencia de “dolo eventual”.-

Conforme a ésta, la voluntad del actor se puede extender a la realización de todas las consecuencias que se derivan de la citada acción y que son de realización probable.- Si el actor no quiso la realización de aquellas consecuencias buscará que no se realicen.- Esa “*voluntad negativa*” será la determinante, y si a pesar de dicha voluntad negativa, el actor continua teniendo dudas serias sobre la posibilidad de producción y continúa con su accionar habrá “dolo eventual”.-

El límite con la “imprudencia consciente” se encuentra en el mismo accionar del autor. Zaffaroni-Alagia-Slokar³⁹ entienden a la misma como una “teoría procesalista”.-

Aquí se suscita el conflicto en casos en que el autor “confía en su propia destreza para que el resultado no deseado pero probable no se produzca”; debiéndose distinguir “deseo” de “voluntad”: con el primero no alcanza; en cambio el segundo al poner la “Voluntad” que implica contenido objetivo, cierto dominio del hecho por parte del autor a los efectos de que el resultado dañoso no se produzca, “no se podrá aplicar dolo”⁴⁰.-

6) Posición de Claus Roxin⁴¹ “como decisión contra el Bien Jurídico”: Este autor entiende que la característica esencial de las tres clases de dolo es el “plan previo” por ello “*un resultado ha de considerarse doloso” cuando se corresponda con el plan del sujeto en una valoración objetiva*.- Así, quien *incluye en sus cálculos como posible la realización de un tipo sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido en contra del Bien Jurídico*

³⁷ Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B; Pág. 568.-

³⁸ Conf. **Donna, Edgardo Alberto**, *Teoría del Delito y de la Pena 2º Reimp.*; Edit. ASTREA, 2003, Pág. 109.-; **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 262.-; **Donna, Edgardo Alberto y De La Fuente, Javier Esteban**, “Prevención, Culpabilidad, y la Idea Objetiva del Dolo. El Dolo Eventual y su Diferencia con la Imprudencia Consciente. A propósito del Caso Cabello”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 520.-

³⁹ Conf. **Eugenio Raúl Zaffaroni - Alejandro Alagia - Alejandro Slokar**, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 2002, Pág. 527.-

⁴⁰ Aquí me remito a la diferencia que realiza Cerezo Mir entre “Voluntad-Deseo”. Ver nota 1 a pie de página.- De igual manera véase **Donna, Edgardo Alberto y De La Fuente, Javier Esteban**, “Prevención, Culpabilidad, y la Idea Objetiva del Dolo. El Dolo Eventual y su Diferencia con la Imprudencia Consciente. A propósito del Caso Cabello”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 520 con su remisión a la nota 25 de la misma página.-

⁴¹ Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 569.-

protegido.- Y esta *decisión en contra del bien jurídico* es la que la diferencia en su contenido de disvalor de la “imprudencia consciente” y que justifica una más severa punición.-

El “dolo” es la “realización de un plan”, la “imprudencia” es solo “negligencia o ligereza”.

María del Mar Díaz Pita⁴² de igual manera que Claus Roxin *recurre al criterio de la “decisión contra el bien jurídico”*. Entiende “*que es necesario una definición única de dolo que la escinda de la imprudencia*”.- Para ella “dolo” será: “*La decisión contraria a los bienes protegidos por el ordenamiento penal*”.- La autora encuentra la ventaja en que “el dolo” así entendido sería un “concepto neutro”, en el que no valoraría el elemento interno de aprobación o rechazo del sujeto sobre su acción.-

Lo importante es si el autor, conociendo la situación de riesgo, eligió o no el camino de la defensa de los bienes jurídicos.- Ello es lo que se interesa el ordenamiento jurídico con prescindencia del porqué o no del autor.- Comparten este criterio Donna⁴³, la cátedra⁴⁴, Hassemer⁴⁵ entre otros.

En el día a día, en lo cotidiano existe gran problemática sobre la aplicación del presente instituto.- Y de hecho, a raíz de ello, los operadores jurídicos se inclinan por la salida menos discutida y controvertida.-

En el fallo “**Cabello, Sebastián s/Doble Homicidio Doloso en Concurso Ideal con Lesiones Leves Dolosas**”, del T.O.C N° 30 (21/11/2003; C. 695) el Tribunal compuesto por los Dres. Morales Penales, Garzón Funes y Mora; entendió que en una carrera callejera el autor del hecho, *Sebastián Cabello, actuó con representación del resultado e indiferencia ante él*, motivo por el cual se lo condenó *por Homicidio doloso* por la concurrencia de DOLO EVENTUAL, a la pena de 12 años de prisión e inhabilitación para conducir.-

Del fallo del TOC N° 30 he extraído los siguientes párrafos por resultar elocuentes, y significativos para el presente trabajo:

“...CABELLO -dada su educación, conocimientos, volición y lucidez- se representó como posibles consecuencias de su decidida participación voluntaria en correr, y optó por esa conducta de correr al resultarle indiferente el prójimo y los resultados que -previamente- despreció y asumió, preocupándose luego del luctuoso hecho sólo por el estado dañado de su rodado embistente y no por las víctimas...”⁴⁶

“...sólo él decidió apretar fuerte el pedal -sin ninguna razón motivante que no fuera su propio querer- al conducir vertiginosamente el “HONDA CIVIC”

⁴² Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 T° 10B, Pág. 570.-

⁴³ Conf. **Donna, Edgardo Alberto y De La Fuente, Javier Esteban**; “Prevención, Culpabilidad, y la Idea Objetiva del Dolo. El Dolo Eventual y su Diferencia con la Imprudencia Consciente. A propósito del Caso Cabello”; Revista de Derecho Penal 2003-2; Rubinzal-Culzoni; 2004; Pág. 518

⁴⁴ Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 T° 10B, Pág. 571.-

⁴⁵ Conf. **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 257.-, En idéntico sentido **Donna, Edgardo Alberto y De La Fuente, Javier Esteban**, “Prevención, Culpabilidad, y la Idea Objetiva del Dolo. El Dolo Eventual y su Diferencia con la Imprudencia Consciente. A propósito del Caso Cabello”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 518.-

⁴⁶ Quinto Párrafo “in fine” de Considerando del fallo citado.-

blanco, chapa patente RFH-964 en una inocultable picada con un "BMW" negro (dichos de Diego M. LEMA y Diego NAVARRO) y -como corolario de ello- sólo él pudo tener facultades de dominio interruptivas de su acelerada acción sobre el pedal del auto, estando probado que su voluntad le indicó no cesar ni evitar la misma, asumiendo con ello -dada su volición, conocimientos e indiferencia- los riesgos delictivos de su propia conducta gustosamente aceptada...⁴⁷

"...La indiferencia previa es cristalina y supera con holgura inexistentes distracciones. En tal sentido, hay existencia de dolo eventual "cuando asentimos al mismo, cuando nos da lo mismo que suceda o no, cuando seguimos en el camino delictivo aun en el caso de que al fin de cuentas se produzca..."

"...Dada esa acabada decisión volitiva y cognoscitiva automotriz (conf. fs.128/9), con racional discernimiento y conciencia del peligro concreto que -esencialmente- toda máquina en movimiento posee, y habiendo internamente aceptado la mera posibilidad productiva de los resultados acaecidos (pues no evita la supuesta picada), es racional y lógicamente entendible su inicial pasmosa indiferencia no sólo ante el valor "vida" (bien jurídico protegido) sino también ante lo "eventual" de su producción, pues -desde un comienzo y como acto exclusivo propio- en forma consciente CABELLO seleccionó, eligió y dirigió a su placentero arbitrio "su" velocidad impuesta al "HONDA CIVIC" a 137,65 kms. por/hora (conf. fs.214/15 y fs.478/9, incorporado por lectura), sin causales razonables y explicadas que avalen o justifiquen un apuro racional concreto por algo trascendente o relevante en llegar al lugar buscado (Av. Gral. PAZ y CONSTITUYENTES), de lo cual los testimonios de sus propios amigos que lo esperaban, Sebastián y Rodrigo FERNANDEZ, dan prueba verbal elocuente de su total inexistencia..."⁴⁸

"...Esa desaprensión previa probada, más todas las circunstancias y factores a exponer -también probados- inciden que no pueda ser encuadrado CABELLO en la figura más benigna del homicidio culposo cometido por imprudencia (art. 84 Cód. Penal)..."⁴⁹

"...indica el límite en Av. CANTILO para ese día 30-8-99 en 80 kms. por hora. (ver fs. 212/13 y fs.467/68 al determinar que la velocidad de impacto se da -como mínimo- a 137,65 kms. p/hora, con 25 metros previos de frenada)..."

"...Es así que -estando el hecho en un escalón más alto que un delito nacido del descuido o la imprudencia- y no habiendo una volición directa hacia el resultado, sí es determinante su voluntad gustosa y consciente en implementar energía dinámica al auto, y esa presencia viva de voluntad inicial desarrollada, ese querer extratípico, nos garantiza interpretativamente ante la mera probabilidad del suceso la capacidad de evitación del resultado, evitando sus actos iniciales propios, de lo que se deduce -dada su ausencia- un evidente conformismo del inculpa a todo su accionar (conf. HERZBERG, Rolf Dietrich, "La intención de delinquir con dolo y sus diferencias de comportarse y conducirse con la imprudencia consciente" Ed.1990, JZ 1988, p.573/7 y sigs.) pues se acepta el riesgo..."

"...Es por ello que Maximiliano RUSCONI ("Ilícito negligente contra la vida y tránsito vehicular", en "Cuestiones particulares de la imprudencia en el derecho penal", Ed. Ad Hoc, Bs. As, 1998, página. 34), refiere que "es posible pensar que a mayor claridad en la conciencia del riesgo le deba corresponder mayor claridad en la confianza en la evitación del resultado final", es decir, que quien más conoce la causalidad, menos puede confiar en la casualidad..."

⁴⁷ Segundo Párrafo En el acápite de Participación.-

⁴⁸ Cuarto Párrafo En el acápite de Participación.-

⁴⁹ Décimo Segundo Párrafo En el acápite de Calificación.-

En estos párrafos encontramos los fundamentos que llevaron al T.O.C N° 30 aplicar la pena de “doce años de Prisión de efectivo cumplimiento” –a pesar de que el Fiscal actuante había solicitado la pena de once años de prisión-.

Sintéticamente la situación de haber manejado o corrido una “picada” con un auto “Honda Civic” preparado para potenciar la velocidad que “per se” desarrolla (turbo, neumáticos, alerón trasero, caja de cambio, encendido, amortiguadores, etc.) y a una velocidad mínima de 137,65 kms./hora, en una avenida cuya velocidad máxima permitida es 80 kms /hora, sumado a ello la indiferencia que demostró hacia las víctimas al momento del accidente, preocupándose sólo por su vehículo –habiendo sido contestes todos los testigos al declarar sobre el punto -, y que se vio reflejado en el proceso; dio como resultado que el Tribunal encontrara en esos elementos la existencia de “dolo eventual” en el accionar del autor del hecho Sebastián Cabello.-

Considero que la resolución del TOC no fue desacertada, sin embargo si es criticable.

Tal vez, de haber forjado el tribunal la sentencia en otros términos, la hubiera hecho menos discutible y a la CNCP sala III le hubiera resultado más difícil revocarla. O, de revocarla, hubiera sido más cuestionable esta decisión.

No encuentro ni cercanamente posible que una persona, con conocimiento de manejo vehicular y general de automóviles -como aparentemente poseía Sebastián Cabello-, conduzca un “vehículo de dicho porte” a una velocidad mínima de 137,65 km/hs y que no piense, no se le ocurra, en fin, no se le represente que de cruzarse “algo”, “nada podrá hacer”, siendo el resultado de esa “eventualidad” una fatalidad segura.-

Sin embargo, hubo en la sentencia del T.O.C expresiones que la hicieron criticables y revisables como por ejemplo:

“...La defensa tuvo en el debate sus plenas facultades y todas las garantías del debido proceso para derribar la imputación por la que venía el acusado, es decir, el derecho de demostrar, probar y aún de controlar la prueba del adversario, y no ha podido revertir la imputación fiscal instructoria por no haber podido superar las evidencias.(C.S.J.N. FALLOS:216-58; 208-253; 209-518; 237-193; 240-160; 242-112; 280-167; 254-301; 298-308 y concs), pero se meritúa que sus alegaciones han sido apartadamente abstractas de la realidad probatoria, sin un fundamento claro y coherente, relacionado con las circunstancias comprobadas de la causa y sus verdaderas motivaciones...⁵⁰- (la negrita y la cursiva me pertenecen)

Considero modestamente que esta sola frase convierte en arbitraria la sentencia dictada por el T.O.C N° 30 debido a que manifiesta una clara inversión de la carga de la prueba en la mente del sentenciante, con un claro apartamiento de las garantías

⁵⁰ Séptimo Párrafo en el acápite de Participación.-

constitucionales, en especial el art. 18 de la CN el cual receipta el *“principio de inocencia”*.-

Sin embargo la sentencia prosigue en lo que ha parecido en todo su desarrollo la existencia de un derecho penal de autor -el que también contraría nuestro art. 18-. El párrafo que sigue a continuación es una expresión de lo que se afirma:

“...Tanto en el "antes", "durante" como en el "después del hecho", la constante apreciada en el imputado por el TRIBUNAL es una apodictica indiferencia al prójimo y a las reglas, situación lógica explicada eficazmente por la Lic. SCAGLIA de CEJAS en debate, al referir que CABELLO posee una "personalidad egocéntrica y muy preocupado siempre por sí mismo" (sic), quedando claro que en este tipo de personalidades, pedirle una reacción mínima de pensamiento y/o solidaridad hacia el otro es imposible, pues -explicó la licenciada SCAGLIA- que cuando lo entrevistó, se preocupó sólo por su situación, también por el hecho, y por la trascendencia periodística del suceso, pero que nunca espontáneamente le exteriorizó preocupación, una referencia o un pensamiento hacia las víctimas del luctuoso hecho, que él supo generar desaprensivamente..”-
(nuevamente la negrita y la cursiva me pertenecen)

Así como he procedido a la extracción de párrafos realizada anteriormente del “a-quo” realizo aquí, la extracción de párrafos del “ad-quem” que considero relevantes:

"Para estos autores habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Se trata de una solución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado."⁵¹

"Se advierte que la sentencia en crisis presenta un error estructural en el juicio de subsunción, pues el tribunal infiere de la decisión del imputado Cabello de "correr una anormativa "picada" [...] a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias" la existencia del dolo eventual en la concreción del resultado fatal, abdicando de esta manera de la necesidad de probar la existencia del mismo limitándose a objetivizar su contenido, y sustituyendo dicha comprobación por una mera construcción dogmática, que pese al estilo de redacción, cargado de retóricos comentarios referidos a las cualidades personales del imputado, no son útiles a nuestro juicio para justificar el tipo penal escogido. Es innegable la dolorosa consecuencia de la acción investigada, la gravedad del resultado y la repercusión social del suceso, mas no es adecuado el razonamiento que partiendo de estos extremos, concluya en que han sido justamente producto de la voluntad de quien guiaba el automóvil con desprecio por el bien jurídico."⁵²

"En el fallo en crisis se echa mano a cuanto autor nacional y extranjero se ha expedido acerca del tema y de modo confuso fuerzan la significación del accionar de Cabello para que quede atrapado en la calificación elegida, sin despejar en modo claro y sencillo porque se descartaba la imprudencia."⁵³

"Es que la mera circunstancia de circular a una alta velocidad violando conscientemente el deber de cuidado, confiado en su habilidad o destreza como conductor no resulta per se determinante de la existencia del dolo eventual, pues debe demostrarse que el autor fue consciente del riesgo, lo asumió y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado,

⁵¹ Fallo CNCP “Considerando; Séptimo, 6° Párrafo

⁵² Fallo CNCP “Considerando; Séptimo, 7° Párrafo.-

⁵³ Fallo CNCP “Considerando; Séptimo, 9° Párrafo

extremos que por cierto, no han sido acreditados, más allá de las numerosas oportunidades, en que en la sentencia se sostiene que es así."⁵⁴

"Al respecto es conveniente transcribir que "Ocurre que es perfectamente posible que el imputado haya excedido conscientemente la velocidad permitida, incluso que haya aceptado participar en una "picada", pero, sin embargo, haya "confiado" subjetivamente en que nada ocurriría o, mejor dicho, en que con su habilidad controlaría en todo momento al vehículo. Para afirmar el dolo eventual el tribunal debió haber profundizado en esta cuestión. No parece sencillo descartar esa confianza en la evitación del resultado cuando no está del todo claro que el imputado haya visto el auto de la víctima y además está probado que intentó frenar antes de la embestida. (cfr. Donna, Edgardo Alberto y De la Fuente, Javier Esteban "Prevención, culpabilidad la idea objetiva del dolo. El dolo eventual y su diferencia con la imprudencia consciente. A propósito del fallo "Cabello", en Revista de Derecho Penal 2003-2 citada, página. 522)."⁵⁵

A MODO DE CONCLUSIÓN SOBRE EL FALLO

A pesar de la brillante labor de los Dres. NOVAK y BLANCO, defensores de Sebastián Cabello, que se vio reflejada en el transcurso del alegato inserto en la sentencia, Los **"hechos objetivos"** del caso hacen -a mí modesto entender- al **"Dolo Eventual"** y sin posibilidad de error o duda alguna (esta última, en caso de su existencia naturalmente redundaría en la aplicación de la figura imprudente, como ya expresé).-

Ello a pesar de que se haga hincapié en la "supuesta frenada y/o volantazo" de Sebastián CABELLO.-

La habitualidad de conductas o un espíritu innato de supervivencia hacen que nos manejemos con reflejos que no son expresión directa de la voluntad sino del cuerpo –diría yo-. Ante la existencia de una persona que nos propina un golpe o al pasar de velocidad cuando manejamos o si, se nos cruza un vehículo o una persona en el camino cuando manejamos lo instintivo es cubrirse la cara, apretar el embrague, y frenar o pegar el volantazo en el último caso.- Todos son actos reflejos donde no interviene la "voluntad" no siendo la expresión de que quiso revertir voluntariamente dicha eventualidad.- Ello, ya que **lo que se debe evitar o intentar interrumpir no es el "choque en sí" sino la muerte en este caso, y si maneja a una velocidad como la expresada es perfectamente entendible que un volantazo o una frenada no evitara la muerte.-**

Por ello no comparto el criterio sustentado por la Cámara de Casación Penal Sala III, cuando expresa:

"... creo que es perfectamente posible que el imputado haya excedido conscientemente la velocidad permitida, incluso haya decidido participar en una picada, pero sin embargo haya confiado en que nada ocurriría, o que mejor dicho en que su habilidad controlaría en todo momento el vehículo..."

Como expresara anteriormente, no encuentro posible que una persona, con conocimiento de manejo vehicular y conocimiento general de automóviles -como poseía Sebastián Cabello-, maneje un "vehículo de dicho porte" a una velocidad de 137,65 km/hs como mínimo y que no piense, que no se le ocurra, en fin que no se le represente que: de

⁵⁴ Fallo CNCP "Considerando; Séptimo, 10º Párrafo

⁵⁵ Fallo CNCP "Considerando, Séptimo, 13º Párrafo.-

cruzarse “algo”, “nada podrá hacer”, siendo el resultado de esa “eventualidad” una fatalidad segura.-

En este orden de ideas expresa *Maximiliano Rusconi*⁵⁶ que cuando exista mayor conocimiento de la causalidad, y con ello, mayor conocimiento del riesgo, menos debe el autor confiar en la causalidad, ya que debe requerirse del autor poseedor de mayores conocimientos que adopte mayores recaudos.-

Por ello comparto el criterio del Dr. Mariano Borinsky y de Carlos Vela⁵⁷: para que sea válida la acción de un sujeto (en el caso Sebastián Cabello) debe tender a evitar -*reitero*- la muerte, no el choque.-

Se debe encontrar en su accionar la “voluntad” de no cumplir con el tipo penal; debe existir en fin... **“voluntad de evitación”**, aquí en la acción de Cabello no existió **“voluntad negativa”** de que no se produzca la muerte.-

Esto es, de los hechos objetivos narrados en la sentencia no se desprende la existencia de ello, ya que, como expresé la existencia de un posible *“Volantazo”* o una posible *“Frenada”* no implica la Voluntad de Evitación de la Muerte sino solo la voluntad de evitación del Choque –que bien puede significar no querer romper su vehículo.- *Quizás Sebastián Cabello no tenía deseo de que ello sucediera, sin embargo con el deseo no alcanza cuando se ha realizado un sinnúmero de acciones positivas a los efectos de que ocurra el suceso.* Es aquí, que *ha de requerirse “acción positiva, externa y contraria a la producción” del “hecho típico o al corte del nexa causal”*.- Con ello pongo de relevancia mi posición la que se encuentra iluminada por la visión de *Armin Kaufmann*.-

De igual manera adhiero a los expresado por el Dr. Frías Caballero cuando asevera que no existe el menor fundamento para afirmar que los delitos de homicidio o lesiones en el tránsito vehicular únicamente pueden cometerse en forma culposa.- Y ratifica el distinguido Jurista *“... cabe afirmar que quien conduce un automotor con exceso de velocidad o violando un semáforo en rojo... no es un mero... “caballero del tránsito” marcado por la mala suerte... sino un auténtico criminal que perpetra un pecado mortal de homicidio o lesiones, con culpabilidad que puede llegar hasta el dolo...”*⁵⁸ (la cursiva me pertenece).- Ello así, expresa que es necesario romper con la tradición apriorística y equivocada de calificar los homicidios o lesiones que deriven de accidentes de tránsito como imprudentes.

Según el citado jurista es una *“mala praxis”*⁵⁹ que ha existido en otros países como Alemania, donde autores como Günther Arzt⁶⁰ afirmaron que la condena sin

⁵⁶ Conf. **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2; Rubinzal-Culzoni; 2004, Pág. 267.-; En idéntico sentido en el fallo CABELLO que es abordado en el presente se cita al distinguido jurista por parte del T.O.C N° 30.-

⁵⁷ **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2; Rubinzal-Culzoni; 2004, Pág. 262.-

⁵⁸ Conf. **Jorge Frías Caballero**, ¿Homicidio Simple con Dolo Eventual en el Tránsito Automotor?, LL 1995-B-1434, 4to. Párrafo.- De igual manera es citado dicho párrafo por el TOC N° 30 al momento de sentenciar el fallo “Cabello”.-

⁵⁹ Conf. **Jorge Frías Caballero**, ¿Homicidio Simple con Dolo Eventual en el Tránsito Automotor?, LL 1995-B-1434;

excepción a título de Homicidio Culposo en aquellos hechos cometidos en el tránsito callejero importaba la creación de un “...privilegio de Homicidio...” consecuencia de una escasa e insuficiente delimitación del dolo eventual frente a la imprudencia.-

Coincido con lo anteriormente referenciado en lo esencial o fundamental de dicho pensamiento en su idea troncal se podría decir, la que es la crítica a “*estereotipar a las conductas derivadas de accidentes automovilísticos, como imprudentes per se*”.-

Sin intención de generar -modestamente- un efecto opuesto, ni nada cercano a ello, léase esto como la caracterización apriorística de existencia de Dolo en caso de accidentes de tránsito, creo que deberá observarse en cada caso concreto a los efectos de intentar encuadrar el tipo penal.- Siempre sin perder de vista que a pesar de todo el “dolo eventual” es de aplicación restrictiva.-

He de contestar, si modestamente se me permite, a los interrogantes que se realizan el Dr. Edgardo Alberto Donna y el Dr. Javier Esteban de la Fuente al momento de realizar un comentario sobre el citado fallo⁶¹.-

El Primero de ellos: ¿Es el resultado el que marca la existencia del dolo? Considero que no es así. Naturalmente, cualquier persona que adhiera a la corriente finalista tiene que contestar así. Sin embargo entiendo a que va dirigida la pregunta, y es al hecho que por el tipo de circunstancia –accidente automotor- sólo se podrá inculpar con el “resultado puesto”, ya que resulta ilógico como lo esbozara la defensa de Cabello al momento de que le llegue una multa de tránsito por exceso de velocidad le llegará una citación para presentarse a juicio por el delito tipificado en el Art. 84 Cp. de Homicidio Imprudente.- Este es un interrogante el cual no logro conciliar.-

El Segundo interrogante: ¿hay dolo eventual cuando el riesgo creado abarca al autor del hecho? Considero que sí.- Manejar con desinterés del valor vida de los demás puede implicar desinterés o indiferencia del riesgo hacia nosotros mismos, ello toda vez que, toda persona que acepte la realización de un evento dañoso en las citadas circunstancias conoce la imprevisibilidad sobre lo generado.

Se que aquí tal vez he de ser criticado con el fundamento de que si es imprevisible no puede existir dolo. Pero reafirmo que si hay dolo, hay “dolo eventual” y lo eventual es el resultado. La persona se dirige con conocimiento y voluntad realizando acciones positivas para ello.-

Ultimo Interrogante: ¿Cuál es el criterio para fijar el monto de la pena? La respuesta estaría dada por el mínimo de la escala penal del delito sin lugar a duda, y hasta sería valido declarar la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal en virtud de ser un dolo menos peligroso –si se quiere- que el dolo directo.- El dolo eventual implica un disvalor menor al contenido en el dolo directo -ya sea de primer o segundo grado- por lo que nunca

⁶⁰ Conf. **Jorge Frías Caballero**, ¿Homicidio Simple con Dolo Eventual en el Tránsito Automotor?, LL 1995-B-1434;

⁶¹ Conf. **Edgardo A. Donna y Javier E. De La Fuente**, “Prevención, Culpabilidad, y la Idea Objetiva del Dolo. El Dolo Eventual y su Diferencia con la Imprudencia Consciente. A propósito del Caso Cabello”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, Pág. 511, 2004.-

podría superar como en la sentencia del Tribunal Oral Criminal N° 30 el mínimo legal, o tal vez, teniendo en cuenta las circunstancias del caso apenas superarlo mínimamente.-

Es aquí sí que encuentro en la pena que fuera impuesta a Cabello un exceso por parte de los sentenciantes, quizás para acallar las voces que hasta ese entonces se alzaban.-

MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

A raíz del citado caso y del debate que suscitó el polémico accidente es que surgió la propuesta de modificación del CPA, que luego se convirtiera en Ley N° 25.189 (B.O 28/10/99) que fijó la escala actualmente vigente de dos a cinco años de prisión en el caso de que el homicidio culposo se cometiere con un vehículo automotor.

Textualmente el nuevo texto reza:

"Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor."

Sin embargo dicha modificación se encuentra más motivada por un clamor popular que por una búsqueda de razonable justicia.-

Me genera el siguiente cuestionamiento el citado artículo y es el hecho de que sucede si una persona maneja su vehículo a una velocidad antirreglamentaria de 41 km/h. produciendo el deceso de una persona.- Por que? se vería su situación afectada por la modificación de una ley que se realiza en virtud de un accidente de tránsito como el del presente.-

La citada ley es un "parche" más que se realiza dentro del ordenamiento jurídico.- Un ordenamiento jurídico que se encuentra "plagado" de remiendos que, como éste, no responden a un debate de ideas, sino, más bien a una circunstancia coyuntural.

Esperemos que se llame pronto a plebiscito a los efectos de que salga al ruedo el nuevo Código Penal que propugnara el Poder Ejecutivo, en la creencia de que el mismo, atento a los juristas que intervienen y a que constituye una reforma integral, será mejor que el actual.- Ojalá así, sea.-

POSICIÓN DE LA CÁTEDRA

Hay autores que en virtud de la complejidad de la figura del "Dolo Eventual" con los posibles inconvenientes que puede aparejar y que viene aparejando en el devenir de la historia y naturalmente a los efectos de darle mayor Seguridad Jurídica al futuro sentenciado, sostienen la necesidad de reformular la "Teoría del Dolo".- Es conteste con

ello el Profesor Donna⁶², el Dr. De la Fuente⁶³ y la Cátedra que dicta en estos Post-Grados de Necochea.-

El mismo sostiene la necesidad de partir de un concepto más “Genérico del Dolo”, el cual permita explicarlo coherentemente en todas sus formas, léase esto como Dolo Directo –o de primer grado- Dolo Indirecto –o de segundo grado- y Dolo Eventual –el tratado en el presente trabajo-, es así que, es conteste con la opinión de autores como Claus Roxin⁶⁴, Díaz Pita⁶⁵ y Hassemmer⁶⁶.-

Sosteniendo la necesidad de definirlo siguiendo el presente presupuesto: “Habrá dolo cuando haya una **“Decisión Voluntaria y Consciente Contra el Bien Jurídico”**.- Entiendo modestamente que un concepto como el descrito tan genérico acabaría de una vez para siempre con la problemática de la prueba de la existencia del mentado “Dolo Eventual”.- Sin embargo no deja de preocuparme la amplitud del presupuesto que la citada reformulación apareja.-

Entiendo que con una definición como la expresada, situaciones que hoy mal o bien pueden ser resueltas –y lo son- desde el punto de vista de la “Imprudencia Consciente”, y ello, en caso de error naturalmente redundaría en beneficio del Imputado, como lo es el caso de marras.- Si entendemos al “Dolo como una Decisión Consciente contra el Bien Jurídico”, generaría que conductas que son netamente Imprudentes, -como por ejemplo conducir un vehículo a 41 km. por/hs- por una calle donde el máximo es 40 Km. por/Hs. generando de esta manera un accidente con Lesiones por ejemplo, a partir de la citada definición pasarán -atento a la amplitud de la reformulación- a ser en adelante “Dolosos”.- Considero que la situación puede ser mejor resuelta, como se resuelve en la actualidad .-

A MODO DE SÍNTESIS

Considero que a situaciones como la descrita del presente caso, puede de ser aplicado –como expresara anteriormente- el “Dolo Eventual”, sin necesidad de recurrir a una reformulación nueva más general del concepto de Dolo como la que aconsejara Claus Roxin⁶⁷, Díaz Pita⁶⁸, Hassemmer⁶⁹ y que comparte la presente Cátedra de Donna⁷⁰.-

El “Dolo” es un fenómeno interno del sujeto, y siempre se recurre a indicadores externos para su determinación.- No existe ninguna diferencia al momento de determinar y fundamentar la existencia del “Dolo Directo” en una persona que le dispara a

⁶² Conf. **Donna, Edgardo Alberto y De La Fuente, Javier Esteban**; “Prevención, Culpabilidad, y la Idea Objetiva del Dolo. El Dolo Eventual y su Diferencia con la Imprudencia Consciente. A propósito del Caso Cabello”; Revista de Derecho Penal 2003-2; Rubinzal-Culzoni; 2004; Pág. 518.-

⁶³ Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 571

⁶⁴ Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 569.-

⁶⁵ Conf. **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 570.-

⁶⁶ Conf. **Mariano H. Borinsky y Carlos I. Vela**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 257.-, En idéntico sentido **Donna, Edgardo Alberto y De La Fuente, Javier Esteban**, “Prevención, Culpabilidad, y la Idea Objetiva del Dolo. El Dolo Eventual y su Diferencia con la Imprudencia Consciente. A propósito del Caso Cabello”, Revista de Derecho Penal 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 518.-

⁶⁷ Ver Nota Nº 42 y 65.-

⁶⁸ Ver Nota Nº 43 y 66.-

⁶⁹ Ver Nota Nº 46 y 67.-

⁷⁰ Ver Nota Nº 44 y 63.-

quemarropa a otra; de la determinación y fundamentación de la existencia de “Dolo Eventual” como una situación como la del presente -o si se deduce que en el presente no existió, ya que entiendo que es discutible- o de cualquier otro hecho realizado con “Dolo Eventual”.-

Si una persona dispara a quemarropa a otra, es ese hecho objetivo que nos induce a sostener la voluntad del causante de asesinar al otro –claro esta, en caso de que no exista declaración-, en ese caso, no existiría dificultad alguna por parte del juzgador en sentenciar conforme a su sano criterio basándose en la existencia de un “Dolo Directo o de Primer Grado”.- A nadie se le ocurriría objetar ello.- Entonces... Que es lo que diferencia ese indicador externo “Disparo a Quemarropa” de cualquier otro indicador externo?.- Creo yo que nada.-

Que es lo que quiero expresar con ello?

Lo siguiente. Cuando sentenciamos la existencia de un Tipo penal u otro nos basamos en indicadores externos, -siempre y cuando el Reo no haya al momento de declarar expresado su voluntad de realizar el tipo penal en el cual se subsume la conducta-. Siendo la voluntad un elemento interno no existe posibilidad de inmiscuirnos dentro de la mente del justiciable a los efectos de determinar su Voluntad y Conocimiento.-

Por ello el Juez al momento de sentenciar realiza una reflexión “Hipotética-Deductiva” de los indicadores externos –en todo tipo de Dolo Directo, Indirecto o Eventual- lo cual no debe de causar conflicto alguno a los justiciables.-

Extraigamonos por un momento del caso “Cabello”.- Supongamos que otro ciudadano en el mismo vehículo se le ocurre conducir por plena Peatonal Florida de Bs. As. a las 12.30 hs a 137,65 km/hora.- Sería aquí también penado con una figura penal imprudente la eventualidad que suceda de esa conducta??? Yo creo que la lógica más racional nos obliga a no aplicar la forma Imprudente, sin embargo admito que puede existir personas que encuentren en dicha acción una solución distinta atento a la diversidad de corrientes o posiciones.- Sin embargo ello, una aplicación distinta a la que propugno redundaría en beneficio del reo, lo cual no irrita el Ordenamiento.-

Volviendo al tema en examen ¿Que es lo que la diferencia de la conducta de “Sebastián Cabello de la conducta expresada”? Desde el observador no hay diferencia.

El observador coteja los indicadores externos y realiza un juicio de reproche.-

Si naturalmente será necesario, que los jueces “funden” el “Dolo” o la “Culpa” en las sentencias, a los efectos de inferir una regla aplicable a los siguientes casos que en adelante potencialmente podrá juzgar el futuro sentenciante.- Con ello se generará, de esta forma la posibilidad de cuestionar o solicitar su revisión por apelación ante la alzada, -en caso de desacuerdo- amen de generar la seguridad jurídica necesaria de todo ordenamiento, la cual resulta imprescindible a los efectos de que la población conozca cuales conductas se encuentra o no prohibida y su correspondiente graduación.-

Como expresara resulta inverosímil inmiscuirnos en la mente de un sujeto, por ello, no puede resultar una fantasía recurrir a indicadores externos a los efectos de desasnar una conducta; estos son, sacados del sentido común, la razón, el criterio o la experiencia Gral. que posee cada persona y no solo los Jueces.-

Va de suyo que la declaración del imputado es importante sin embargo no es decisiva, deben de interpretarse los “elementos objetivos”, lo contrario importaría la derogación de todos los delitos por la simple voluntad del imputado y la estrategia de defensa que pudiera poseer.-

Es aquí, que comparto el criterio de Winfried Hassemer⁷¹ en cuanto sostiene que el DOLO como fenómeno interno o psíquico, la mayoría de las veces, solo puede ser demostrado recurriendo a los llamados "Indicadores Objetivos" SIN EMBARGO ESTO NO SIGNIFICA QUE EL DOLO SEA OBJETIVO.-

Si no hay otra forma de probar el “DOLO” o la “NEGLIGENCIA” más que por medio de la declaración del autor, *nuestro sistema penal no tendría sentido.-*

Habrà de ser muy cautos a al momento de la toma de decisión atento a la ostensible discrepancia de castigo entre ambas figuras “*Dolosa*” y “*Culposa*”.-

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- 1- **"Cabello, Sebastián s/Doble Homicidio Doloso en concurso Ideal con Lesiones Leves Dolosas"**, *Tribunal Oral Criminal N° 30, C 695, 21/11/2003*, (Dr. Morales Penelas - Dr. Garzón Funes - Dra. Mora).-
- 2- **"Cabello, Sebastián s/ Recurso de Casación"**, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 02/09/2005, (Dra. Ledesma - Dr. Tragant - Dr. Riggi).-
- 3- **Donna, Edgardo Alberto**, *Teoría del Delito y de la Pena 2º Reimp.*, Editorial ASTREA, Año 2003.-
- 4- **Zaffaroni – Alagia - Slokar**, *Derecho Penal, Parte General*; Editorial EDIAR; Año 2002.-
- 5- **Garibaldi-Pitlevnik**, *Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal*, Editorial Ad-Hoc, Año 2002.-
- 6- **Zaffaroni, Eugenio Raúl**, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 1991.-
- 7- **Righi-Fernández-Pastoriza**, *Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial L.E.A, Año 1988.-
- 8- **Creus, Carlos**, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Astrea, Año 2003.-
- 9- **Frías Caballero, Jorge**, “¿Homicidio Simple con Dolo Eventual en el Transito Automotor?”, LL 1995-B-1431.-

⁷¹ Conf. **Donna, Edgardo Alberto y De La Fuente, Javier Esteban**, “Prevención, Culpabilidad, y la Idea Objetiva del Dolo. El Dolo Eventual y su Diferencia con la Imprudencia Consciente. A propósito del Caso Cabello”, *Revista de Derecho Penal* 2003-2, Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 515.-; **De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Edit. “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B; Pág. 574

- 10- Donna, Edgardo Alberto y De La Fuente, Javier Esteban**, “Prevención, Culpabilidad, y la Idea Objetiva del Dolo. El Dolo Eventual y su Diferencia con la Imprudencia Consciente. A propósito del Caso Cabello”, *Revista de Derecho Penal* 2003-2, Editorial Rubinzal-Culzoni, Año 2004, Pág. 453.-
- 11- De la Fuente, Javier**, “El Concepto de Dolo Eventual en la Doctrina y Jurisprudencia del TS de España”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Editorial “Ad-Hoc”, Año 2000 Tº 10B, Pág. 553.-
- 12- Malamud Goti, Jaime E.**, “En Torno a la Problemática del Dolo Eventual”, ED. Año 1973 Tº 48, Pág. 843.-
- 13- Baigun, David**, “Dos Cuestiones Dogmáticas Conocidas Legítima Defensa y Dolo Eventual y Las Valoraciones de la Política Criminal (Nota a Fallo)”, *Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, Editorial Depalma, Año 1987, Revis. Nº 38, Pág. 267.-
- 14- Letner, Gustavo Adolfo**, “Dolo Eventual y Culpa con Representación (Problemas y Consecuencias que Traen Aparejada su Distinción y su Posterior Aplicación en Casos Vinculados con el Transito)”, E.D Año 1999, Tº 184, Pág. 1155.-
- 15- Borinsky, Mariano H. y Vela, Carlos I.**, “¿Es Compatible el Dolo Eventual con las Modalidades Agravadas de Homicidio?”, *Revista de Derecho Penal* 2003-2, Rubinzal-Culzoni, Año 2004, Pág. 237.-
- 16- Battaglia, Alfredo**, “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, ED Año 2000, Tº 187, Pág. 1179.-
- 17- Sancinetti, Marcelo A.**, “Tipos de Peligro, en las Figuras Penales (Delitos de Peligro Concreto, Abstracto, Lesión, Tentativa, Dolo Eventual de Lesión, Dolo Directo de Peligro)”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Editorial Ad. Hoc Bs As, Año 2001, Pág. 147.-
- 18- Sancinetti, Marcelo A.**, “Tentativa y Dolo Eventual. Algo más sobre la Prueba del Dolo y el Mito del Resultado (Nota a Fallo)”, *Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, Editorial Depalma, Año 1987, Revis. Nº 40, Pág. 781.-
- 19- Clemente, Martín**, “Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: El Problema de la Conciencia Insegura”, JA 1992-IV-259.-
- 20- Styma, Dirk**, “Culpa Consciente y Dolo Eventual. El Elemento Volitivo del Dolo. Sobre la Vigilancia de Animales Peligrosos”, *Revista de Derecho Penal* 2002-1, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2002, Pág. 439.-
- 21- Terragni, Marcos**, “Dolo Eventual e Imprudencia”, LL 2005-E-562.-
- 22- Struensee, Eberhard**, “Consideraciones Sobre el Dolo Eventual”, ED Bs. As. Año 2005, Tº Octubre, Rev. Nº 10, Pág. 5.-
- 23- Quiroga Lavié, Humberto**, *Constitución de la Nación Argentina Comentada, 3º Edic*, Edit. Zabalía, 2000.-
- 24- D’Albora, Francisco**, *Código Proc. Penal de la Nación, Comentado, 2º Edic.-*, ABELEDO PERROT, 1996.-
- 25- de Elía, Carlos M.**, *Código Proc. Penal de la Pcia. de Bs. As., Comentado, 4º Edic*, Edit. El Foro, 2003.-

INDICE

“DOLO EVENTUAL VS. IMPRUDENCIA CONSCIENTE”

* Introducción	Página 02.-
* Desarrollo	Página 03.-
* Distintas Teorías Sobre el Dolo	Página 06.-
* Fallo del TOC N° 30	Página 13.-
* Fallo de la CNCP, Sala III	Página 16.-
* A Modo de conclusión Sobre el Fallo	Página 17.-
* Respuestas a Interrog. del Dr. Donna	Página 19.-
* Modificación del Código	Página 20.-
* Posición de la Cátedra	Página 21.-
* A Modo de Síntesis	Página 22.-
* Bibliografía	Página 24.-
* Índice	Página 26.-

