

EL DOLO EVENTUAL, UN ÍCONO DE LA MITOLOGÍA PENAL

por Oscar Romero Bruno - Abogado

I.- INTRODUCCIÓN

Desde hace más de un siglo la doctrina penal mayoritaria insiste en proclamar al “dolo eventual” como una de las formas en que se manifiesta el elemento subjetivo del hecho tipificado en la ley penal.

Lo paradójico de este tema es que hasta el día de hoy no existe consenso respecto de las características específicas de esa figura, y tampoco se ha podido diseñar un método de constatación empírica que permita arribar a un resultado objetivamente verificable que descarte de modo convincente la posibilidad de la culpa consciente en el caso real bajo examen.

Las circunstancias apuntadas habilitan presumir la inaplicabilidad de tan controvertido instituto jurídico para decidir la suerte de una persona imputada penalmente. Pero las crónicas de los tribunales exhiben exactamente lo contrario; son cada vez más frecuentes las condenas por “dolo eventual”.

El presente ensayo, además de fomentar el debate sobre esta materia, pretende poner al descubierto la falta de fundamento científico y la falta de coherencia lógica de las teorías que argumentan que el “dolo eventual” es una categoría demostrable del comportamiento humano.

II.- CONSECUENCIAS DE LA IRRUPCIÓN DEL “DOLO EVENTUAL” EN LA TEORÍA DEL DELITO

Si tuviéramos que explicar a un lego en temas jurídicos el concepto de delito, comprendería si le dijéramos que es una conducta humana legalmente reprobada, que expone al autor a sufrir la sanción prevista en la norma penal.

No le costará entender si agregamos que los delitos dolosos son aquellos que se cometen “a propósito”, deliberadamente, es decir, a sabiendas y con intención.

Asimilará sin mucha dificultad si ilustramos que comete el delito a propósito el que incurre en la conducta típica como consecuencia necesaria, previamente conocida, de la acción voluntariamente emprendida.

Visualizará ejemplos de la vida diaria si le aclaramos que las consecuencias necesarias de un hecho, también llamadas inmediatas, son las que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas.

Distinguirá las variantes si le contamos que esas consecuencias pueden ser las buscadas por el autor (dolo directo), o simplemente provocadas deliberadamente por la acción encaminada hacia otro fin (dolo indirecto o de segundo grado).

Le parecerá razonable si comentamos que en los delitos dolosos se reprocha al autor el ataque intencional al bien jurídico protegido.

Percibirá la diferencia si expresamos que los delitos culposos, en cambio, son los cometidos “sin querer”, por desidia, imprudencia o negligencia del autor. Y apreciará razonable si añadimos que en estos casos se le reprocha la falta de cuidado del bien jurídico lesionado como consecuencia de su conducta.

Pues bien, así de sencilla es la lógica de las normas penales; entendible por cualquier persona normal. Sin embargo, como a menudo sucede, la doctrina jurídica se ha ocupado de oscurecer los conceptos básicos, haciendo creer que el conocimiento del derecho es un tesoro asequible sólo para unos pocos iniciados en esta complicada ciencia del saber, a quienes la verdad les ha sido revelada y pueden entonces transmitirla a otros.

Llegamos así al oscurantismo jurídico, con una enseñanza plagada de dogmas inexplicables pero ampliamente aceptados, que el estudiante de derecho aprende sin cuestionar, y luego como juez o abogado, utiliza como herramientas intelectuales para hallar la respuesta “correcta” de los casos prácticos que se le presentan en la vida real.

La dogmática jurídica es pródiga en doctrinas que, pese a la palmaria inconsistencia lógica de sus postulados, reciben favorable acogida en ámbitos

académicos y judiciales por los beneficios que ofrecen para determinados fines sociales, algunas veces inconfesables.

Tal es el caso del llamado “dolo eventual”, ese invento doctrinario que despojó al concepto de “dolo” de sus características esenciales y las reemplazó por elementos pseudo-psicológicos de imposible constatación.

Hasta el “descubrimiento” de esta categoría de dolo, la voluntad interna del agente podía inferirse, con razonable grado de certeza, de los hechos exteriores a través de los cuales esa voluntad se manifestaba. Por el contrario, la noción del “dolo eventual” obliga al intérprete de la conducta a indagar en la psiquis del sujeto para determinar el sentido jurídico de sus acciones.

Se dice que fue el criminalista Johann Samuel Friedrich von Böhmer (1704-1772) el primero que hizo referencia al “*dolus eventualis*”¹.

Posteriormente, otros tratadistas afirmaron haber visto al quimérico protagonista de este ensayo, e intentaron describirlo para que cualquiera de nosotros pudiera identificarlo si alguna vez nos topáramos con él. Lamentablemente nunca lograron ponerse de acuerdo sobre sus rasgos distintivos, y por eso hoy el monstruo imaginario tiene tantas formas como opiniones han esbozado los juristas sobre este asunto.

Fue así que, tal como un lago de Escocia tiene a “Nessie”, en la Patagonia Argentina tenemos a “Nahuelito”, y el Himalaya tiene al “Yeti”, en la dogmática penal conseguimos a “*Dolus Eventualis*”, que aunque de existencia incierta, se ha cobrado muchas víctimas en la historia de los tribunales, o por lo menos a él le achacan la responsabilidad los verdaderos victimarios.

Como era de esperar, no contamos con una definición del engendro; apenas tenemos referencias sobre algunas circunstancias que nos permitirían presumir su presencia invisible. En esencia, se sostiene que en la conducta del autor de un delito hay “dolo eventual” cuando a pesar de haberse representado mentalmente la posibilidad del resultado, continúa adelante con su acción y finalmente éste se produce.

El inconveniente surge, no sólo de la dificultad de conocer lo que el sujeto se representó mentalmente, sino principalmente de distinguir el “dolo eventual” de la “culpa consciente”, donde el autor también se representa el resultado y no desiste de la conducta que a la postre lo provoca. A simple vista, no se perciben diferencias ontológicas en el sustrato de ambas situaciones.

Para discriminar ambos conceptos se han ensayado múltiples teorías, con distintos matices. En apretada síntesis podríamos clasificarlas entre las que asignan importancia predominante al elemento volitivo de la acción, las que privilegian el elemento intelectual, y las eclécticas.

III.- TEORIAS DE LA VOLUNTAD

Estas teorías intentan trazar la distinción entre “dolo eventual” y “culpa consciente” afirmando que en el primero el autor no sólo se representa la posibilidad de realización del tipo sino que además aprueba, consiente, ratifica o acepta la producción del resultado.

Algunos juristas, como Ernst von Beling, sostienen que fue Reinhard Frank (1860 – 1934) el que creó la doctrina del “dolo eventual”, allá por el año 1907².

Frank afirmaba que *“La previsión del resultado como posible sólo sirve para el concepto de dolo cuando la previsión del mismo como seguro no habría detenido al autor, no habría tenido el significado de un contramotivo decisivo. Esto es lo que por aquí y por allá se denomina “consentimiento”*”³.

Esta tesis fue denominada la primera fórmula de Frank. Sebastián Soler la explicaba diciendo que *“No siempre los resultados accesorios del hecho ilícito son representados como necesarios, y no siempre el hecho fundamental es en sí mismo un hecho ilícito, si bien su producción aparece como vinculada a un evento ilícito no directamente querido”*, y proponía como ejemplo *“el caso de un corredor de automóviles que apuesta una fuerte suma en una carrera no oficial. Ya cerca de la meta, con una pequeña ventaja sobre su competidor, se encuentra con el obstáculo de una persona, y se halla ante la disyuntiva de perder la carrera y el dinero, si*

frena su máquina, o la probabilidad de herir al transeúnte. Si no frena, no puede afirmarse que las lesiones causadas hayan sido intencionalmente producidas, pues la intención solamente se dirigía a ganar la apuesta —evento lícito - pero, para lograrlo, fue necesario asentar en afrontar un riesgo de delinquir”.

A fin de determinar si se trata de un caso de culpa consciente o de dolo eventual, expresaba que *“es de importancia decisiva la fórmula de Frank, que se enuncia diciendo: hay dolo eventual, cuando la convicción de la necesidad del resultado previsto como posible no habría hecho desistir al autor. De acuerdo con ese enunciado, la manera de delimitar los casos dolosos de los que no lo son, consiste en que el juez se coloque en la totalidad del complejo determinante y, conforme con ello, decida si el sujeto había o no desistido de su acción. A ese fin, se usa el método de la supresión mental hipotética, para verificar si, en el autor, la producción del evento habría sido o no decisiva para abstenerse de obrar. ... De acuerdo con la expresada fórmula, la manera de proceder es la de suponer que en vez de concebir el evento como probable, el sujeto lo prevé como seguro: diremos que hay dolo, cuando esa previsión no habría sido bastante para que el sujeto dejara de actuar”*⁴.

Vale decir que según este criterio la determinación del dolo dependerá de una **suposición** del juzgador, de la **hipótesis** que se imagine un sujeto distinto al autor de la conducta.

Vale de suyo que la metodología propuesta no tiene nada de científica y su resultado será producto de la mera voluntariedad del juzgador. Veamos por qué:

1. Se pretenden dilucidar las características de un hecho pretérito mediante la construcción intelectual de un hecho distinto, concebido con circunstancias fácticas que no existieron en aquél. Por lo tanto, las conclusiones que pudieran extraerse del análisis del hecho imaginado sólo servirán para éste, pero nada nos dirán del acontecimiento real. Sabido es que la ucronía, como método de abordaje de la historia, describiendo hechos no sucedidos pero que habrían podido suceder según la imaginación del escritor, puede dar lugar a interesantes

novelas, pero es completamente inútil para arribar al conocimiento de la verdad histórica.

2. Las conclusiones que se obtengan del escenario hipotético serán sólo simples especulaciones carentes de rigor científico, dada la absoluta imposibilidad de verificación empírica; recaudo ineludible de toda ciencia que se precie como tal.
3. El imputado es juzgado, no por lo que hizo sino por lo que a criterio del tribunal habría hecho en una plataforma fáctica imaginaria que no concuerda con lo realmente sucedido. De esta conjetura dependerá la calificación –dolosa o culposa- de su conducta, con las correspondientes consecuencias jurídicas de esa valoración. Cualquier semejanza con el derecho penal de autor no es mera coincidencia.

Por otra parte, la lógica y la experiencia enseñan que si una conducta provoca un resultado no deseado que irroga perjuicios al autor, como el de sufrir una condena penal, éste no emprendería la acción si conociera de antemano la consecuencia desfavorable. Nadie en su sano juicio proseguiría una conducta peligrosa si estuviera seguro de que provocará un daño no querido que podría llevarlo a la cárcel.

Por cierto, seguramente todos nosotros podemos identificar acciones que no hubiéramos realizado en algún momento de nuestras vidas, si hubiéramos sabido entonces las consecuencias negativas que nos depararon después.

Así las cosas, el interrogante que plantea la fórmula de Franz sólo admite una respuesta lógica: El autor hubiera desistido de su acción si sabía fehacientemente el resultado disvalioso que ella causaría. Si el resultado no fue querido (ésta es la premisa del mentado “dolo eventual”), y encima acarrea perjuicios al autor, cuesta imaginar que éste ratifique el derrotero dañoso si pudiera volver el tiempo atrás.

Atenta contra la razón concebir que alguien pueda consentir, aprobar, aceptar, ratificar (o cualquier otro eufemismo que se use para dar a entender que “quiso”), un resultado negativo que no deseó.

Sin embargo dicha fórmula es aún empleada para justificar condenas por “dolo eventual”, con rebuscadas especulaciones desprovistas del mínimo atisbo de razonabilidad.

Ante las críticas que recibió la tesis de Frank, éste procuró perfeccionarla con otro postulado que se conoce como la segunda fórmula de Frank: *"sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actúo"*⁵. Al eliminar el requisito del "consentimiento" este axioma abrió paso a la variante denominada "teoría de la indiferencia", que no cambia en nada el procedimiento arriba criticado para determinar la voluntad del sujeto en el evento dañoso, pero ya no exige aceptación o ratificación del resultado sino que se conforma con imaginar la indiferencia del autor para declarar el "dolo eventual".

A modo de complemento del método de "supresión mental", Soler recomendaba acudir a la "teoría de la motivación" de Mayer e ilustraba: *"Así, por ejemplo del automovilista que apostó una considerable suma, según el monto de ésta, el carácter del sujeto, la situación de hecho, decidiríamos si fue para el sujeto más importante ganar la apuesta o evitar el daño previsto. Si en vez de esa apuesta, suponemos que el corredor actúa por simple vanidad deportiva, debemos reconocer que nos faltarían motivos para afirmar que ha existido dolo eventual. Ello pone en claro que el juicio no resulta prácticamente completo con el procedimiento de la citada fórmula, y que, para decidir, **es necesario llegar a un complejo de hechos psíquicos**, por los cuales determinamos la actitud real del autor ante la probabilidad del evento, más que su actitud hipotética ante la suposición de la necesidad de éste"*⁶.

Ergo, sin ninguna formación en materia de Psicología, el juzgador debe escudriñar la mente del imputado para dilucidar la motivación interna que impulsó su conducta. Deviniendo a todas luces ilusorio tan ambicioso proyecto, cuyo éxito no podrían asegurar ni siquiera los expertos en las ciencias del comportamiento humano, lo más probable es que el intérprete termine asignando al autor las motivaciones que aquél imagina desde su perspectiva y con su escala de valores, que en la mayoría de los casos serán distintas a las del examinado.

Al igual que con el procedimiento anterior, las conclusiones serán sólo especulaciones indemostrables que servirán únicamente de fundamento aparente para una decisión judicial arbitraria.

La manifiesta inconsistencia lógica de las teorías de la voluntad fue percibida por sus propios partidarios. Uno de ellos, Luis Jiménez de Asúa advertía: *“La teoría del dolo eventual debe manejarse con sumo cuidado, porque si bien se diferencia, en doctrina, de la llamada “culpa con previsión”, requiere por parte del juez un examen de las representaciones y de los motivos que actuaron sobre la psique del sujeto, obligando al intérprete y aplicador de las leyes a investigar en los más recónditos elementos del alma humana”*⁷.

Ninguna duda cabe de que es imposible para el juez *“investigar en los más recónditos elementos del alma humana”*, y ello basta y sobra para desestimar estas doctrinas sobre el “dolo eventual”, que en la práctica **no será comprobado sino determinado** por el juzgador de acuerdo a la cara del cliente y la actitud emocional de aquél respecto del caso que le toca decidir.

La incoherencia argumental de estas proposiciones se patentiza cuando definen a la “culpa consciente” como *“aquella en que el evento es previsto como posible, pero no es querido y, además, el sujeto espera que no ocurrirá o que podrá evitarlo”*⁸. De las otras hipótesis imaginables surge que: **1)** Si el resultado es querido por el autor, y ocurre, se configura el dolo directo; y **2)** Si no es querido pero aquél espera que ocurra, y así sucede, se da el dolo en segundo grado. No cabe otra alternativa, y consecuentemente no queda resquicio para el denominado “dolo eventual”.

Una teoría modernizada de la voluntad es la que ofrece Roxin, quien opina que *“hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así —sea de buena o de mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo”*⁹.

En el terreno de los hechos, la determinación de que el imputado tomó o no “en serio” la posibilidad del resultado que no quiso dependerá también de la

figuración del juzgador, con el agravante de que aquél que adoptó recaudos insuficientes para evitar el evento, creyéndolos idóneos para neutralizar el riesgo, se encontrará ante el Tribunal que adhiera a este criterio, en peor situación que otro que también se representó con la misma “seriedad” la posibilidad del desenlace lesivo y nada hizo para minimizar el peligro. El primero es candidato al cartón de “dolo eventual” y el segundo al de “culpa consciente”.

IV.- TEORÍAS COGNOSCITIVAS

Éstas intentan desechar el elemento volitivo de la conducta humana y pregonan que el elemento intelectual es el único que resulta adecuado para discernir el “dolo eventual” en el hecho examinado.

Lo que ocurre con estas teorías es que, al prescindir del elemento esencial y determinante de la conducta humana, desprecian la realidad. No hay conducta que pueda atribuirse a un ser humano, sin una voluntad que la motive. Dicho en otros términos, la voluntad es el motor que impulsa el comportamiento y el timón que lo dirige. Por lo tanto, las cualidades que se prediquen de un acto voluntario sin tener en cuenta el componente principal que permite calificarlo como tal, devendrán en simples conjeturas que sólo por azar podrían encontrar correlato en la historia verdadera del suceso.

Y es que la intuición de lo que un individuo conocía en determinado momento, sólo nos da una referencia de lo que éste podía haber hecho en esa contingencia, pero no de lo que efectivamente hizo.

Es dable señalar que la pretensión de conceptualizar el dolo sin el elemento volitivo de la conducta, obligó a diseñar la noción de un dolo sin intención, con lo cual en realidad se creó un objeto intelectual distinto al tradicionalmente mentado como calificativo del acto tipificado en la ley penal.

Bacigalupo relata en el apartado que titula “*La discusión en torno a la esencia del dolo*”, que “*Tradicionalmente las explicaciones referentes al dolo se han polarizado en las llamadas teoría de la voluntad y teoría de la representación.*”

La discusión afecta en primer lugar a la esencia del dolo y en segundo lugar a la cuestión práctica de la distinción entre el dolo y la culpa (especialmente entre el dolo eventual y la culpa consciente)”¹⁰; y más adelante consigna que “El dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo”¹¹. Desde esa perspectiva declara: “Como se ha visto, la distinción entre dolo y culpa no se debe buscar en la antinomia “voluntario/involuntario”, sino en el par de conceptos “conocimiento/desconocimiento””¹².

La palabra “dolo” proviene del latín “dolus”, que los jurisconsultos romanos definían como “*toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro*”¹³. Se aprecia en esta definición la descripción de medios destinados a un fin determinado, el de causar un perjuicio, por lo cual la característica principal del “dolus” es la intencionalidad de producir un resultado disvalioso.

En contraste, la palabra “culpam” refería a la falta de diligencia (negligencia) que provocaba un perjuicio. Si por la falta del cuidado que le era exigible a una persona, acontecía un daño a otra, aquella debía responder a título de culpa. A diferencia del dolo, el concepto de culpa denota la ausencia de la intención de dañar. En el propósito de la conducta (elemento volitivo) radica la nota distintiva entre ambos significantes, según su etimología.

De ello se deduce que las teorías cognoscitivas han cambiado el significado de las palabras, que sólo por una cuestión de gusto o de comodidad, mantienen la misma locución. Y no sólo eso, sino que también, pretendiendo ser más racionales que las tesis voluntaristas, terminan siendo aún más absurdas. Siendo que el conocimiento admite varias graduaciones de conocimiento parcial o incompleto, entre el saber y la ignorancia que separaría el dolo de la culpa hay una amplia zona gris que torna imposible trazar una línea divisoria que no sea arbitraria, por lo cual las doctrinas cognoscitivas, lejos de clarificar las cosas, implantan un problema irresoluble.

Otra consecuencia lógica de estas teorías es la eliminación de la llamada “culpa consciente”. Bacigalupo lo reconoce explícitamente: “*Desde este punto de*

vista se deduce una consecuencia clara: no cabe admitir que la llamada culpa consciente sea una forma de la imprudencia; sólo habrá culpa inconsciente, dado que cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estará en todos los casos ante supuestos de dolo eventual”¹⁴.

Con agudeza crítica Roxin dicha tesis: *“Habría que estar de acuerdo con esta concepción si realmente fuera cierto que el sujeto ya incluye en sus cálculos la producción del resultado y se decide en contra del bien jurídico protegido siempre que percibe la posibilidad de la realización de un tipo y a pesar de ello sigue actuando. Pero esto no es así. Quien, pese a que se le hace una advertencia, adelanta de forma arriesgada o tira un cigarrillo encendido, se percata perfectamente de la posibilidad de la lesión de un bien jurídico, pero confía no obstante en su no producción. La situación de que alguien tenga claramente a la vista una posibilidad, pero (aunque sea por confianza debida a negligencia o ligereza) no cuente seriamente con su realización, es psicológicamente muy frecuente”¹⁵.*

Es innegable que las teorías cognoscitivas aspiran a simplificar la tarea de calificar penalmente la conducta (dolosa o culposa), pero lamentablemente lo hacen a costa de renunciar conscientemente a la verdad objetiva. No importa lo que efectivamente sucedió en el mundo existencial, con todas sus circunstancias concomitantes; lo que importa es lo que debió haber sucedido según lo que presumiblemente conocía el autor en el momento del hecho. Si no se verifica esta correspondencia, queda habilitada la condena por delito doloso, aunque no se demuestre que el imputado haya tenido la intención de realizar la conducta típica.

En la práctica lo que hacen estas teorías es crear una presunción iure et de iure absolutamente ilegítima, pues ni los juristas ni los jueces tienen esa prerrogativa. Ello así por cuanto del conocimiento de la posibilidad de una contingencia, concluyen que la conducta del individuo estuvo encaminada a que se produzca. Claro está que si no fuera éste el proceso mental que adopta el juzgador (inferir del conocimiento la voluntad realizadora), no podría condenar por dolo sólo con la comprobación del conocimiento que, a lo sumo, será un mero indicio del plan conductual del imputado.

Al suprimir la categoría “culpa consciente”, que en la experiencia aparece frecuentemente como una contingencia real, y denominar el mismo fenómeno como “dolo eventual”, se soslaya la verdad empírica y se la sustituye por una ficción en detrimento del imputado. Tal artificio intelectual carente de sustento legal es inadmisibles en un Estado de Derecho.

Para aclarar mejor la cuestión, reseño a continuación las principales variantes de las teorías cognoscitivas.

a) De la representación o de la posibilidad:

En su versión más radical sostiene que la mera representación de la posibilidad de producción del resultado, sin ningún elemento volitivo, fundamenta ya el “dolo eventual”. Tuvo su origen en Alemania, con Schröder (1949) y su desarrollo con Schmidhäuser (1957)¹⁶.

b) De la probabilidad:

Un poco más exigente que la anterior, puesto que probabilidad es más que una mera posibilidad. Es defendida por Jakobs, para quien el “dolo eventual” se da *"cuando el sujeto en el momento de la acción juzga que la realización del tipo como consecuencia de su acción no es improbable"*¹⁷. También la adopta Bacigalupo. Las variables de esta teoría se centran en el grado de probabilidad de producción del resultado y en la posibilidad de percepción del peligro por parte del sujeto.

c) Del riesgo:

Diseñada por Frisch en una monografía titulada "Dolo y riesgo" (1983), asevera que para confirmar la presencia del “dolo eventual” es suficiente que el autor haya tenido conocimiento del riesgo no permitido de su conducta. Argumenta que quien adopta una decisión de actuar siendo consciente del riesgo típico tomaría por tanto una *"decisión en contra del bien jurídico"* y por ende obraría dolosamente¹⁸.

La exageración de esta teoría es evidente, pues enmarca en el ámbito del dolo hasta los supuestos de “culpa inconsciente” en los que el autor, pese a conocer el

riesgo de la acción (vgr. circular a mayor velocidad que la permitida), no se representa el resultado.

V.- TEORÍAS ECLÉCTICAS:

a) De la voluntad de evitación:

Su autor, Aumin Kaufmann, afirma que si el autor se representó la posibilidad del resultado, únicamente podría negarse la configuración del “dolo eventual”, cuando la voluntad conductora del sujeto estuviera dirigida a la evitación del resultado. Manifiesta que *“De este modo se alcanza a la vez una objetivación del límite del dolo; pues el confiar en poder evitar el resultado solo es voluntad de realización, y excluye, por tanto, el dolo, si, por la forma de elección de los medios y de la dirección, se hace patente en el curso de la acción misma”*¹⁹.

El gran defecto de esta teoría consiste en descartar la “culpa consciente” en los casos frecuentes donde una vez iniciado el curso de la acción, nada puede hacer el individuo para evitar el resultado (ej. disparo de un arma de fuego); y también en aquéllos que el sujeto, pese a representarse la posibilidad del resultado, confía negligentemente que por su buena suerte éste no se producirá.

b) De la asunción de los elementos constitutivos del injusto:

Pertenece al jurista alemán Schroth, quien interpreta que el “dolo eventual” es la asunción de las condiciones constitutivas del injusto con conocimiento del riesgo, sabiendo el sujeto que *“es fácil que con su actuación se produzca”*²⁰.

Es una tesis muy parecida a las cognoscitivas pero que además supone la “voluntaria” asunción del resultado por parte del autor.

c) Del peligro no cubierto o asegurado:

Propuesta por Herzberg en el año 1986, opina que la diferencia entre el “dolo eventual” y la “culpa consciente” depende de circunstancias fácticas objetivas. Existiría “dolo eventual” en situaciones de “peligro no cubierto o asegurado”, que ocurrirían *“cuando durante o después de la acción del sujeto han de intervenir la*

suerte y la casualidad solas o en una gran parte para que el tipo no se realice". En cambio, habría sólo culpa "cuando el propio sujeto imprudente, el sujeto puesto en peligro o un tercero" posiblemente pudieron evitar la producción del resultado prestando atención²¹.

Esta teoría hace notar la inconsistencia lógica de diferenciar el dolo de la culpa sin atender la voluntad del autor. Con el método que nos propone Herzberg la calificación de un hecho como doloso o culposo dependerá de circunstancias ajenas al imputado, muchas de ellas casuales, que definirían la mayor o menor punibilidad del acontecimiento endilgado.

VI.- LOS EJEMPLOS QUE CITAN LOS JURISTAS

Analizaré a continuación si los casos que plantean los juristas para defender la existencia del "dolo eventual" como categoría jurídica, pueden resolverse razonablemente con el criterio clásico de distinción entre culpa y dolo.

En el ejemplo del automovilista que brinda Soler, la cuestión dirimente será la posibilidad que tenía aquél de evitar el impacto cuando advirtió el obstáculo que se interpuso en su camino. Si nada pudo hacer el conductor para modificar el curso causal, ya sea por la velocidad del rodado o por cualquier otra circunstancia, se tratará de un delito imprudente. Por el contrario, si a esa altura de los acontecimientos privilegió ganar la carrera en lugar de preservar la integridad física del peatón, el autor habrá obrado con dolo en segundo grado, es decir, asumiendo el resultado dañoso como consecuencia necesaria de su elección. Ninguna necesidad de inventar una categoría de dolo se aprecia en ese caso. Por eso, se equivoca Soler cuando afirma que "*Si no frena, no puede afirmarse que las lesiones causadas hayan sido intencionalmente producidas*", pues si no lo hace, pudiendo hacerlo, es evidente la intencionalidad del resultado.

El famoso caso de los mendigos rusos que mutilaban niños para excitar la caridad pública en su actividad de pedir limosnas, y fueron juzgados cuando se descubrió el ardid y que otros niños no habían sobrevivido a las amputaciones, también puede resolverse fácilmente sin recurrir a una noción distinta del dolo como

intención. El propio Soler explicaba que *“Si se supone que él practica las mutilaciones, voluntaria y directamente, la muerte se imputará, conforme con el medio empleado, a título de dolo directo o preterintencional, según sea ella o no una consecuencia necesaria”*²². Tampoco aquí hacer falta construir un dolo especial para fundamentar el reproche penal del tipo doloso.

Jiménez de Asúa alude al siguiente ejemplo: *“Un cazador apunta una pieza; pero está consciente de que hay cercanos ojeadores cuya vida está en riesgo; a pesar de ello hace funcionar el arma y el ojeador próximo es alcanzado y muerto por la munición. ... Por nuestra parte, creemos que puede haber dolo eventual o la mal llamada culpa con previsión, porque si, en efecto, el cazador disparó su fusil ratificando la muerte del ojeador en su ardoroso afán de que la pieza no escape, habrá dolus eventualis, y sólo culpa con representación o culpa consciente, si el cazador se dice: “Hay un ojeador en peligro, pero yo soy muy experto en el tiro y es imposible que mate a ese hombre”*²³.

Más allá de que luce inverosímil que alguien decida matar a una persona *“en su ardoroso afán de que la pieza no escape”*, y de ser así necesitaría un tratamiento psiquiátrico mucho más que la cárcel para resocializarse, lo más probable en la experiencia es que se trate del segundo supuesto, subsumible en la *“culpa consciente”*.

Roxin cita otro caso: *“K y J querían robar a M. Decidieron estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle entonces sus pertenencias. Como se percataron de que el estrangulamiento podría conducir en determinadas circunstancias a la muerte de M, que preferían evitar, resolvieron golpearle con un saco de arena en la cabeza y hacerle perder la conciencia de ese modo. Durante la ejecución del hecho reventó el saco de arena y se produjo una pelea con M. Entonces K y J recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de M y tiraron de ambos extremos hasta que aquél dejó de moverse. Acto seguido se apoderaron de las pertenencias de M. A continuación les surgieron dudas sobre si M estaría aún vivo y realizaron intentos de reanimación, que resultaron inútiles”*²⁴.

Aquí está clarísimo que K y J conocían perfectamente el poder letal de la correa de cuero, y precisamente por eso en principio decidieron no utilizarla. Si tras las complicaciones posteriores, en vez de abortar el plan de robo y huir del lugar, prefirieron usar la correa para llevar a cabo su propósito, asumieron las consecuencias inmediatas del medio escogido, aunque no las desearan. Cabe reiterar que las consecuencias inmediatas son las que acostumbran suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. Al explicar la noción de **dolo indirecto o directo de segundo grado**, Edmund Mezger declara que *“es, por lo tanto, querido dolosamente cualquier medio reconocido como necesario para la finalidad perseguida, cualquier resultado accesorio que el autor se representa como necesariamente ligado con el resultado principal y toda ulterior consecuencia de la acción pensada como necesaria en este sentido”*²⁵. Y cabe aclarar que Mezger es uno de los cultores del “dolo eventual”.

Hans Welzel propone el caso de *“la señorita del puesto de tiro al blanco: por una apuesta, A quiere sacar de un tiro una esfera de vidrio de la mano de la señorita y pega en la mano. Si el autor creía evitar el resultado por su puntería, entonces actuó culposamente; en cambio, si lo dejó librado a su suerte, es decir, a la casualidad, actuó dolosamente, pues él quiso el hecho (el tiro) incondicionalmente, también si el resultado había de llegar a ser otro que el deseado por él”*²⁶.

En ambos supuestos, atento que la voluntad de A no fue infligir daño a la señorita, ni este resultado era consecuencia inmediata de su plan, se trata de un evento culposo.

VII.- UN DOLO CONTRA LEGEM

Muchos doctrinarios que defienden la existencia del “dolo eventual”, enseñan que hay situaciones que limitan entre el dolo y la culpa:

- Mezger, luego de anotar que en la culpa consciente el autor *“ha considerado posible la producción del resultado, pero ha confiado en que el mismo no se produciría”*, apunta: *“La expresión “ha considerado posible” hace que la culpa*

tenga un punto de contacto con el 'dolus eventualis' (dolo condicionado). Si a esta representación de la posibilidad se une el hecho de tomar sobre sí las consecuencias en el sentido indicado, no existe simple culpa, sino dolo ('dolus eventualis'). **El 'dolus eventualis' como límite inferior del dolo, forma, a la vez, el límite superior de la culpa**”²⁷.

- Creus refiere que **“La culpa consciente representa el límite entre la culpa y el dolo. Se distingue del dolo eventual en que en éste el agente "acepta" la producción del resultado (es decir, la adecuación de su acción al tipo penal), aunque no lo haya perseguido directamente con su conducta, en tanto que en la culpa consciente el autor "rechaza" el resultado, creyendo (y deseando) que no se produzca a consecuencia de su conducta**”²⁸.
- Roxin señala que **“en el dolo eventual la relación en la que se encuentran entre sí el saber y el querer es discutida desde su base ... pero en cualquier caso, el mismo se distingue de la intención en que no se persigue el resultado y por tanto el lado volitivo está configurado más débilmente, mientras que respecto del dolus directus (de segundo grado) también el saber relativo a la producción del resultado es sustancialmente menor. En esta reducción tanto del elemento intelectual como del volitivo se encuentra una disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límite, aproxima muchísimo, haciéndolos ya apenas distinguibles, el dolus eventualis a la imprudencia consciente**”²⁹.

Y como ya vimos, las teorías cognoscitivas fusionan la culpa consciente con el “dolo eventual”.

Pero hasta ahora nuestra legislación penal refleja que entre el dolo y la culpa hay una diferencia cualitativa, no cuantitativa.

En efecto, nuestro Código Penal reprime el homicidio simple con **“reclusión o prisión de ocho a veinticinco años”** (art. 79). Y hasta la reforma introducida por la Ley 25.189 (B.O. 28/10/1999) fijaba la escala penal para el homicidio culposo entre seis meses y tres años de prisión. La citada modificación elevó el máximo a cinco años de prisión.

Esto muestra que para el legislador no hay un fino límite entre el dolo y la culpa. Hasta fines del año 1999 había un abismo, y desde entonces una gran brecha.

La solución legal ha sido aceptada por la doctrina, pues en ninguna obra se la tilda de irracional y mucho menos de inconstitucional.

Por lo tanto, la aplicación del “dolo eventual” como categoría dolosa que limita con la culpa, se contrapone con cualquier hermenéutica posible de nuestra ley sustantiva, que no recepta el criterio de colindancia entre ambos tipos penales.

En resumen, si el juzgador debe recurrir a la invocación del “dolo eventual” en la sentencia condenatoria, está valiéndose de una categoría dogmática extraña a nuestro ordenamiento jurídico para agravar ilegítimamente la situación del imputado.

VIII.- CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta que ninguna de las doctrinas que se han bosquejado desde hace más de cien años hasta la fecha, ha logrado suministrar información certera ni métodos fiables de comprobación que permitan distinguir empíricamente la culpa consciente del llamado “dolo eventual”, y que todos los casos que exhiben los mentores de este último como ejemplos de su existencia, hallan solución satisfactoria con la teoría tradicional que postula la intención y la falta de diligencia como rasgos característicos del dolo y de la culpa, respectivamente, deviene innecesario modificar estos conceptos básicos para crear categorías indefinidas que, precisamente por sus imprecisos contornos e incierta constatación, impiden dar una respuesta racional y basada en la lógica a las situaciones de la vida real que debe atender el derecho en pos de asegurar la justicia.

En el año 1958 Edmund Mezger advertía que *“La teoría del 'dolus eventualis' pertenece a los problemas más difíciles y de mayor importancia práctica de la parte general”*³⁰.

Un año después Hanz Welzel admitía expresamente que *"no vamos a encontrar fórmula alguna que distinga de un modo inequívoco el dolo eventual de la imprudencia consciente"*³¹.

Aquí Donna y muchos otros juristas argentinos opinan que *"Bien analizado el problema, se llega a la conclusión de que el concepto de dolo eventual es equívoco"*³².

Roxin confiesa que *"La cuestión de cómo se ha de determinar y cómo se ha de delimitar el dolo eventual frente a la imprudencia (consciente) no sólo posee una extraordinaria importancia práctica, sino que es considerada también "una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho penal"*³³.

Hoy el problema continúa sin resolverse y es forzoso reconocer que no se ha avanzado un ápice a pesar de los denodados esfuerzos de los doctrinarios.

Las variadas teorías que insisten en hacer creer que el "dolo eventual" es objetivamente verificable en el mundo existencial, no obstante el indiscutible fracaso de tal empresa desde que se anunciara su "descubrimiento", al punto tal de no haberse obtenido ni siquiera uniformidad de criterio sobre el método de averiguación, no hacen más que fomentar la confusión y la inseguridad jurídica. Suministran a los jueces un bagaje de ideas supuestamente científicas que permiten "hallar" (o mejor dicho inventar) el "dolo eventual" hasta en hechos que quizás ni siquiera constituyen delitos.

Hay doctrinas sobre "dolo eventual" para todos los gustos; unos dicen verlo aquí, otros dicen verlo allá, algunos afirman que está entre aquí y allá, y también están los que opinan que se encuentra un poco más abajo o un poco más arriba, pero lo cierto es que nadie ha logrado demostrar su existencia. Quizás sea una cuestión de fe. Pero si el derecho se desvincula de la realidad y los casos judiciales se resuelven con pautas indescifrables que sirven para fundamentar cualquier conclusión que imagine el juez, lo que seguirá siendo eventual es que se haga justicia de esa manera.

Ya es hora de reconocer que "Dolis eventualis" es simplemente un mito pintoresco que surgió de la profusa imaginación de los juristas y se metió

subrepticamente en la dogmática penal. Corresponde devolverlo al universo de la fantasía del que nunca debió haber salido.

SERÁ JUSTICIA.

¹ cnf. SCHEFFLER, Samuel; "J.F.S. von Bohmer und der dolus eventualis — Kann der grofíe Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etvvas geben?", Jura, 1995, pp. 349-356.

² Ernst von Beling, "ESQUEMA DE DERECHO PENAL - LA DOCTRINA DEL DELITO-TIPO", Análisis de Carlos M. de Elía LIBRERÍA "EL FORO", BUENOS AIRES, 2002, traducción del original de 1930, pág. 123.

³ FRANK, ZStW, 10 (1890), pp. 210-211 y p. 217, citado por Ramon Ragués i Vallès, "LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN DOLOSA", Universitat Pompeu Fabra, 1998, pág. 68.

⁴ Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Tipográfica Editora Argentina, 1992, págs. 150/153.

⁵ Frank, Reinhard, "Das Strafgesetzbuch fur Deutsche Reich nebst dem Einfúrgungsgesetz", p. 190.

⁶ Soler, ob. cit., pág. 153.

⁷ Luis Jiménez de Asúa, "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL - LA LEY Y EL DELITO", Abeledo Perrot, 1997, págs. 368/369.

⁸ Soler, ob. cit., pág. 171.

⁹ Claus Roxin, "DERECHO PENAL - PARTE GENERAL - TOMO I - FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO", Civitas, 1997, pág. 427.

¹⁰ Enrique Bacigalupo, "Derecho penal – Parte general", Hammurabi, 1999, pág. 315.

¹¹ Bacigalupo, ob. cit. pág. 316.

¹² Bacigalupo, ob. cit. pág. 324.

¹³ Digesto, Libro IV, Título III, pr. 2.

¹⁴ Bacigalupo, ob. cit. pág. 344.

¹⁵ Roxin, ob. cit., pág. 433.

¹⁶ Cnf. Roxin, ob. cit., pág. 433.

¹⁷ Cnf. Roxin, ob. cit., pág. 441.

¹⁸ Cnf. Roxin, ob. cit., pág. 439.

¹⁹ Aumin Kaufmann, "EL DOLO EVENTUAL EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO", ADPCP, T.XIII, Fasc. II, Mayo-Agosto 1960, págs. 198/199.

²⁰ Cnf. Roxin, ob. cit., pág. 445.

²¹ Cnf. Roxin, ob. cit., pág. 443.

²² Soler, ob. cit., pág. 154.

²³ Jiménez de Asúa, ob. cit., pág. 370.

²⁴ Roxin, ob. cit., pág. 424.

²⁵ Edmund Mezger, "Derecho Penal", Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., 1958, pág. 230.

²⁶ Hans Welzel, "Derecho Penal – Parte General", págs. 76/77.

²⁷ Mezger, ob. cit., págs. 257/258.

²⁸ Carlos Creus, "Derecho Penal – Parte General", Astrea, 1992, pág. 261.

²⁹ Roxin, ob. cit., pág. 416.

³⁰ Mezger, ob. cit., pág. 230.

³¹ "Niederschriften über die Sitzungen der Grofíen Strafrechtskommission", Bonn, 1959, vol. XII, p. 122, citado por Ramon Ragués i Vallès "LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN DOLOSA", ed. Universitat Pompeu Fabra, 1998, Tomo I, pág. 23.

³² Edgardo Donna, "Teoría del delito y de la pena", Tomo 2, Astrea, pág. 104.

³³ Roxin, ob. cit., pág. 424.