

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL DOLO EVENTUAL EN HECHOS DE TRÁFICO AUTOMOTOR

Por SANTIAGO VISMARA

I. INTRODUCCIÓN

No me resulta nada fácil participar en un libro de homenaje a Andrés D'Alessio, en particular, porque él ha estado muy presente en mi vida, ya sea en el ámbito académico, en el laboral y en el familiar. Si bien ya ha pasado más de un año desde su fallecimiento, todavía hoy siento con mucha tristeza su ausencia en todos esos lugares comunes que hemos compartido.

Andrés fue un hombre estudioso, apasionado y de fuertes convicciones. He tenido la suerte de escucharlo y aprender de él tanto en la cátedra a su cargo como en la labor que, gracias a su generosa invitación, llevamos a cabo durante algunos años en su estudio jurídico. Así, pudimos tener largas charlas en forma casi cotidiana y, en lo personal, las ideas que allí me transmitió fueron muy enriquecedoras.

Una de las cuestiones que más había despertado su interés en los últimos años fue la impiadosa manipulación de la que ha sido víctima el Código Penal desde 1999 a la actualidad. Criticaba duramente ese “alud de leyes destinadas a aumentar la amenaza penal, tanto en el monto de las penas, cuanto en otras circunstancias”¹ por las cuales el órgano legislativo procuró dar respuesta a una buena parte de la opinión pública que exigía —mediante campañas de ley y orden— un mayor rigor punitivo ante un supuesto incremento de la frecuencia de los delitos graves. Advertía, con razón, que las consecuencias serían graves: en primer lugar, una nueva desilusión para quienes —por temor o desconocimiento— albergan esperanzas de que con esas novedosas normas, el número de delitos se fuera a reducir; y en segundo lugar, la posible contradicción de las leyes así sancionadas con la Carta Magna, lo que llevaría según su parecer a que los jueces deban —en algunos casos— declararlas inconstitucionales, aun en contra de esa opinión pública.

¹ Así las llamó en su trabajo: D'ALESSIO, Andrés (dir.), “La política criminal en la Argentina. Entre la razón y el miedo”, en *Revista de derecho penal y procesal penal*, LexisNexis, agosto de 2004, ps. 3/19.

Otra de sus preocupaciones, íntimamente relacionada con la de la inflación legislativa, era “la inclinación de ciertos magistrados a incrementar la punición por el riesgoso camino de utilizar, frecuente y promiscuamente, categorías de la teoría del delito que deberían ser objeto de un uso muy prudente por parte de los jueces”².

Uno de esos conceptos dogmáticos que suele elastizarse a fin de agravar la punición es el del dolo eventual, en particular, en hechos ocurridos como consecuencia del tráfico vehicular. Trataré entonces, en este trabajo, de formular algunas aclaraciones al respecto, que contribuyan a prevenir esa suerte de esnobismo penal que asoma en algunos fallos³.

Encontrar una definición apropiada del concepto jurídico-penal de dolo fue y es una tarea en la que se han embarcado casi todos los juristas de la materia. Las discusiones al respecto, y las teorías que se han desarrollado, reflejan la dificultad de la problemática, la que se agiganta cuando se trata de trazar la frontera o límite entre el llamado dolo eventual y la imprudencia consciente.

El debate acerca de la posición sistemática del dolo en la teoría del delito, ya no tiene cabida en la doctrina. Casi nadie postula en nuestros días que estamos ante un problema de culpabilidad, sino que existe consenso en tratar al dolo y a la imprudencia como aspectos específicos del ámbito de la tipicidad.

En efecto, se ha dejado de lado la definición causalista clásica del dolo, que lo concebía como *dolus malus*, requiriendo para su configuración el conocimiento y voluntad de los hechos, y la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho)⁴.

El finalismo redefinió el concepto, concibiendo al dolo en forma más restringida, como dolo natural, el cual consiste en el conocer y querer la realización del tipo objetivo, sin necesidad de que se requiera la conciencia de la antijuridicidad (requisito que es menester analizar recién en el plano de la culpabilidad).

Este dolo, entendido como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, se ha distinguido tradicionalmente de la imprudencia, caracterizada por la infracción a un deber de cuidado que, en una situación determinada, es necesario observar.

Asimismo, suelen diferenciarse tres formas de dolo:

² Con estas palabras aludió a este problema en la Introducción a D’ALESSIO, Andrés (dir.), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 1ª ed., La Ley, 2004.

³ Varias de las ideas plasmadas en este trabajo provienen del comentario que efectuara hace algunos años al fallo “Cabello”, publicado en D’ALESSIO, Andrés (dir.), *Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, La Ley, 2005, ps. 65/73.

⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1996, p. 238.

— El dolo directo o inmediato o de primer grado o intención, en el que las consecuencias de la conducta, además de conocidas por el autor, constituyen su meta. El agente las quiere como consecuencias principales de su acto;

— El dolo indirecto o mediato o de segundo grado, en el que el resultado es una consecuencia necesaria del medio elegido por el autor;

— El dolo eventual o condicionado, que se configura cuando el autor se representa el resultado como probable e incluye esa probabilidad en su voluntad realizadora.

Estos conceptos se encuentran en la actualidad sometidos a fuertes críticas y objeciones. La práctica judicial ha demostrado que no resulta tan sencillo distinguir, en los casos concretos, si el agente ha obrado —o no— con conocimiento y voluntad, abarcando los elementos del tipo objetivo.

Existen, además, problemas en la delimitación del dolo eventual y la imprudencia consciente (que es aquélla en la que, si bien el sujeto activo se representa al resultado como probable, confía en que éste no ha de producirse). Ambos conceptos parten de una estructura común que dificulta su comprobación en la práctica: en los dos hay representación del resultado por parte del agente, y en ninguno se desea que aquel se produzca.

La importancia de la distinción no es sólo dogmática, sino que además existe una enorme diferencia en el monto de las penas que las leyes fijan, según se trate de un obrar doloso o imprudente⁵.

Para sortear esta problemática, los juristas han elaborado numerosas teorías y fórmulas, intentando así delimitar los conceptos y lograr soluciones pacíficas de los casos.

En los últimos tiempos, puede advertirse un avance de la postura que afirma que, para la configuración del dolo, tiene preponderancia el elemento cognitivo, dejando de esa forma relegado al volitivo. Si el autor se representó el resultado como posible y, pese a ello, no desistió de su acto, habrá obrado en forma dolosa. Alcanza con la representación del resultado, siendo indiferente si el agente confiaba o no en que el mismo no se produciría.

Por otro lado, se ha buscado con énfasis un concepto unitario de dolo, que permita resolver los casos que se encuentran en la “zona gris”, en el límite entre el dolo más bajo (el eventual) y la imprudencia más alta (la consciente)⁶.

⁵ “Resulta de extrema dificultad desentrañar, en cada caso, si hubo culpa consciente o dolo eventual. No sólo por la diferencia enorme que significa la aplicación de una u otra pena, sino más bien por encontrarse enfrentados los extremos de la intención y de la imprudencia” (C. Nac. Crim. y Correc., sala V, 13/1/1997, c. 33.993, “Alamo, S. P.”, *JPBA*, tomo 96, fallo 448).

⁶ DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 17.

II. EL DOLO, EL DOLO EVENTUAL Y LAS DIVERSAS TEORÍAS

1. El concepto de dolo

Como ya se dijo en la introducción, el concepto finalista clásico de dolo lo definía como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo⁷.

El Código Penal argentino no contiene una definición de dolo, lo que llevó en su momento a Sebastián Soler a calificar esta carencia como una “laguna de nuestra legislación”. Entendía este autor que la necesidad de una solución legislativa era ineludible. El mismo Soler, en el Proyecto de 1960, había ensayado una definición: “Obra con dolo el que quiso de modo directo el hecho ilícito y también aquel que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción”⁸.

Ante esa “laguna legislativa”, Soler extraía el concepto de dolo del art. 34, inc. 1º, del Código Penal (en adelante CP) Entendía que dos son las condiciones que el sujeto debe reunir para ser imputable: a) la capacidad de comprender la criminalidad del acto, y b) la capacidad de dirigir las acciones. Concluía entonces que si la ley requiere esas dos capacidades para considerar punible a un sujeto, la culpabilidad dolosa estará constituida por cualquier forma que asuma la actualización de esas capacidades⁹.

El desarrollo posterior de la doctrina nacional ha demostrado que el inc. 1º del art. 34 del CP sintetiza todo el aspecto cognoscitivo del delito, por lo que la fórmula “comprender la criminalidad del acto” resulta mucho más amplia que la pretendida por Soler. Por otro lado, como ya hemos visto, el finalismo ha quitado del dolo el requisito del conocimiento de la antijuridicidad, el que sólo será relevante en el estrato de la culpabilidad. Se puede decir, entonces, que una definición de dolo en nuestro Código Penal no es indispensable, ya que es tarea de la dogmática y del intérprete concebirla en función de los preceptos legales vigentes.

Zaffaroni extrae el concepto del dolo de la fórmula de la tentativa en tanto ya nadie discute que ésta requiere dolo. Así, afirma que el dolo (inclusive el eventual) tiene lugar en “el fin de cometer un delito determinado” que menciona el art. 42 del CP¹⁰.

⁷ DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, cit., p. 16.

⁸ Ya se había intentado una definición en el Proyecto Tejedor, recogida luego por el Código Penal de 1887, en su art. 7º, donde se sostenía que “Cuando una persona sea convicta de haber cometido con intención un acto, que según las nociones de la experiencia general acostumbra producir inmediata y necesariamente un resultado criminal determinado, se tendrá como cierto que este resultado entró en las previsiones del culpable, a no ser que justifique lo contrario con pruebas manifiestas”.

⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, Tea, Buenos Aires, 1992, ps. 125/132.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 309. Del mismo modo se lo define en ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA,

Asimismo, dentro del concepto de dolo se distinguen dos aspectos o momentos: a) el cognitivo o intelectual, y b) el volitivo o conativo.

El primero implica que el sujeto debe tener un conocimiento efectivo de los elementos requeridos por el tipo objetivo, bastando para ello el conocimiento normativo del común de la gente (lo que Mezger llamaba la “valoración paralela en la esfera del profano”).

El aspecto volitivo está dado por la voluntad realizadora, que abarca tanto el fin propuesto por el sujeto como los medios elegidos. Aquí es donde pueden distinguirse las tres clases distintas de dolo ya señaladas: 1) el dolo directo o inmediato o de primer grado, cuando el resultado inmediatamente querido es el fin del agente; 2) el dolo indirecto o mediato o de segundo grado, cuando el resultado es una consecuencia de los medios elegidos; y 3) el dolo eventual o condicionado, que será tratado a continuación.

2. *El dolo eventual*

Se afirma la presencia de dolo eventual cuando el sujeto se representa el resultado como relativamente probable e incluye esa probabilidad (no el resultado a secas sino la probabilidad de resultado) en su voluntad realizadora¹¹.

En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y tampoco se resigna a ella, sino que, negligentemente, confía en la no realización del tipo¹².

Sin embargo, en la práctica se ha evidenciado que no resulta tarea sencilla la de delimitar, en ciertos casos, la culpa consciente del dolo eventual. Esta problemática (que acertadamente se afirma es más procesal que dogmática) resulta de una enorme trascendencia ya que, como afirma Díaz Pita, no sólo se trata de conseguir una definición más operativa de ambas figuras, sino también de dilucidar la imposición o no de una pena o la gravedad de la misma. La definición tradicional del dolo empieza, entonces, a ser cuestionada, fundamentalmente por las dificultades que plantean los casos de dolo eventual. En éste, “la constatación de la concurrencia tanto del elemento cognitivo como, y sobre todo, del elemento volitivo, no resulta tan sencilla como pudiera parecer a simple vista”¹³.

Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 495.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal....*, cit., ps. 354/355.

¹² ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 427.

¹³ DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, cit., p. 21.

3. *Las distintas teorías*

Las teorías que se han elaborado para distinguir al dolo de la imprudencia son numerosas —casi no hay jurista que no haya caído en la tentación de formular una propia—, las que en algunos casos han resultado novedosas aunque, en la mayor parte, sólo han llevado a una discusión que parece más terminológica que dogmática. No pretendo explicar todas y cada una de ellas sino que, a los fines de este trabajo, sólo se hará mención de las más relevantes.

En la doctrina clásica solían distinguirse dos teorías básicas:

— La teoría de la voluntad, cuyo más remoto sostenedor fue Carrara¹⁴. Para sus partidarios, la esencia del dolo reside en la voluntad de realizar el acto. No alcanza con la mera representación del resultado; éste tiene también que ser querido por el agente¹⁵. Una de sus variantes (que proviene de una de las “fórmulas” de Frank) es la que considera al dolo eventual como una suerte de dolo directo hipotético: debe preguntarse cómo habría actuado el sujeto si hubiera tenido la certeza desde un principio de la producción del resultado.

Si se afirma que habría actuado de todas maneras, cabe concluir que ha obrado en forma dolosa. La segunda fórmula consiste en afirmar el dolo si el sujeto se dice: “Pase lo que pase, yo actúo igual”.

— La teoría de la representación, defendida en su época por von Liszt. Esta teoría se conforma con la previsión del resultado para afirmar la existencia de dolo. Alcanza con comprobar el elemento intelectual, dejando a un costado la presencia o no del aspecto volitivo. Esta teoría lleva a afirmar el dolo en aquellos casos en los que el sujeto se representa la posibilidad del resultado, pero confía en que el mismo no se producirá. Incluso habría que afirmarlo en los supuestos en que el agente intente evitarlo de manera objetiva, siempre que previamente se lo haya representado como probable.

Estas dos posturas tradicionales han dado lugar a otras, hijas de aquéllas, que han pretendido resolver la cuestión:

— La teoría de la aprobación o consentimiento, que deriva de la teoría de la voluntad, exige, junto a la previsión del resultado, una aprobación interior por parte del sujeto. Tomada literalmente, ésta llevaría a la punición dolosa solamente de aquellos casos en que al agente le agrada el resultado, lo que restringiría arbitrariamente el concepto de dolo. Es por ello que se habla de una aprobación en sentido jurídico, que se satisface con que el sujeto incluya en su plan el resultado y con que lo haya “querido” en el sentido de una decisión en contra del bien jurídico¹⁶. Luzón Peña, uno de sus partidarios, sostiene que

¹⁴ “Cuando el hombre que ejecutó un hecho del cual resultó la ofensa a la ley, no quiso ni previó aquella consecuencia, sino que previó y quiso solamente el antecedente, no hay dolo respecto a la consecuencia” (CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1944, § 78).

¹⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., p. 125.

¹⁶ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 431.

“el dolo eventual requiere el elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento (o fórmulas similares) de la eventual producción del hecho”. Esta aceptación o consentimiento sólo se excluye por “una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho”¹⁷.

— La teoría de la indiferencia, que también se relaciona con la teoría de la voluntad, y según la cual el dolo eventual revela un grado mayor de desprecio o indiferencia por el bien jurídico que la imprudencia consciente. Esta postura es criticada porque no es cierto que la falta de indiferencia excluya categóricamente al dolo. Sin embargo, Roxin la considera valiosa porque la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se ha representado el resultado y por tanto obrado en forma dolosa¹⁸.

— La teoría de la posibilidad, que proviene de la teoría de la representación, sostiene que la sola representación del resultado como posible fundamenta ya el dolo eventual, sin que haga falta siquiera comprobar elemento volitivo alguno. Esta postura es criticada por Roxin, con toda razón, porque reducir el dolo exclusivamente al componente del saber es demasiado intelectualista¹⁹.

— La teoría de la probabilidad, hija también de la teoría de la representación, y defendida en su momento por Mayer, sostiene que probabilidad significa más que una mera posibilidad. A esta parece acercarse la tesis de Zaffaroni, en cuanto afirma el dolo eventual en aquellos casos en que el sujeto se representa al resultado como relativamente probable, incluyendo esa probabilidad (no el resultado sino la probabilidad de que acontezca) en la voluntad realizadora²⁰. La jurisprudencia nacional ha adoptado esta teoría en numerosos fallos, con formulaciones tales como que el sujeto debe haberse representado el resultado “como probable y coadyuvó a él con indiferencia y temeridad como aportes subjetivos incidentes, es decir que actuó con dolo eventual, porque sin intención directa o indirecta de delinquir, tomó a su cargo lo que, por representársele como probable en su conciencia, podía eventualmente ocurrir”²¹.

La crítica más fuerte a la que se hace acreedora esta teoría es la de trazar un límite poco preciso entre el dolo y la imprudencia, esto es, cuándo debe considerarse que el resultado era o no probable desde la perspectiva del autor.

— La teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación, desarrollada por Armin Kaufmann. Según éste, cuando hay representación de la posibilidad del resultado, sólo puede descartarse el dolo eventual si la voluntad conductora del sujeto está dirigida a evitar el resultado. Habrá imprudencia consciente en los supuestos en que, pese a haberse representado el resultado, el

¹⁷ LUZÓN PEÑA, Diego M., *Curso de derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, Universitat, 1995, ps. 426/427.

¹⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 432.

¹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 434.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 355.

²¹ C. Nac. Crim. y Correc., sala IV, 16/2/1995, causa “Olivera”, JPBA, tomo 90, fallo 33.

agente manifieste en forma objetiva su voluntad de evitar la lesión al bien jurídico ajeno. La crítica tradicional que suele formularse es la de no advertir que en muchos supuestos puede faltar la voluntad de evitación por haber confiado el sujeto en que el resultado no se produciría. Pese a ello, es revalorizada por Zaffaroni, quien entiende que “la teoría de Kaufmann puede tener interesante valor en el derecho procesal, siendo una hipótesis digna de transitar más detenidamente en ese campo, que es al que se nos ocurre que se van derivando las mayores dificultades del dolo eventual”²². Roxin, por su parte, la considera un importante indicio para la determinación del dolo²³.

— La teoría del peligro no cubierto, propiciada por Rolf D. Herzberg, quien sostiene que la solución al problema del dolo no sólo debe estar en función de las representaciones del sujeto, sino también de la calidad objetiva del riesgo creado. El dolo no depende de que el autor haya tomado en serio un peligro reconocido, sino de que haya reconocido un peligro a tomar en serio. Para esto distingue dos modalidades de riesgos no permitidos: los peligros cubiertos (que se dan cuando existen circunstancias que permiten confiar objetivamente en que el tipo no va a realizarse, es decir, cuando el sujeto puede reconocerlas y evitar el resultado prestando atención, o cuando se confía fundamentalmente en controlar el riesgo que se crea) y los peligros descubiertos (aquellos casos en que no existen datos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo, y que el autor debe tomar en serio). El conocimiento por parte del sujeto de un peligro cubierto sólo fundamenta una imprudencia, mientras que si lo que se conoce es un peligro descubierto, se estará ante un hecho doloso. La crítica que se le efectúa a su postura radica, principalmente, en la dificultad de establecer cuándo se está ante un peligro cubierto y cuándo no²⁴.

Como puede advertirse, ninguna de las teorías está exenta de críticas y objeciones, lo que dificulta la solución pacífica de los casos y el optar por una de ellas. Partidarios de unas y otras siguen alimentando una discusión que parece no acabar nunca.

Pero aún siendo conscientes de esta dificultad, y de los problemas que surgen de casi todas las teorías en danza, se hace necesario agudizar la búsqueda a fin de conseguir un concepto de dolo que esté expuesto a menos objeciones que el tradicional.

Un buen comienzo podría estar dado por tomar de la definición de Roxin la idea de que la “realización del plan” constituye la esencia del dolo. “Un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corres-

²² ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 354.

²³ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 437.

²⁴ Un desarrollo más amplio de esta teoría y de sus críticas puede verse en el artículo de RAGUÉS, Ramón, “Tres propuestas recientes en la histórica discusión sobre el dolo”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año V, nro. 9 “A”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, ps. 465 y ss.

ponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva”, distinguiéndolo de la imprudencia, caracterizada por “negligencia o ligereza”.

A fin de limitar el dolo eventual de la imprudencia consciente, Roxin sostiene que “quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida como posible, sin que la misma la disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta ‘decisión por la posible lesión de bienes jurídicos’ es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente”²⁵.

Esta definición puede dejar menos margen para la crítica, en cuanto brinda un límite más preciso para distinguir los casos que se ubican en la “zona gris”. Si bien el mismo autor reconoce la dificultad de reproducir lingüísticamente de manera adecuada un fenómeno psicológicamente muy sutil, agrega 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 —de buena o mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella”²⁶.

El sujeto que actúa con imprudencia consciente es aquel que 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.

Resulta fundamental, entonces, distinguir la “confianza” de la “esperanza”, a los fines de delimitar el dolo de la culpa. Habrá confianza cuando el sujeto no tome en serio la posibilidad del resultado típico (a veces por una sobrevaloración de su propia capacidad para controlar la situación), en tanto habrá solo una esperanza cuando el autor tome en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confíe en que las cosas saldrán bien, teniendo sólo la esperanza de que ello ocurra. En este último caso habría que afirmar el dolo si el sujeto (habiendo tomado en cuenta al posible resultado típico) deja que las cosas sigan su curso.

De esta forma, algunas de las teorías que se han comentado más arriba, pueden ser de gran utilidad a fin de determinar si hubo o no en el caso una decisión en contra del bien jurídico. El mismo Roxin intenta demostrar que, en la práctica, todas estas teorías no difieren demasiado en los resultados a los que llegan, y que en realidad se trata de una discusión más terminológica que dogmática. La teoría de la probabilidad, la no puesta en práctica de la voluntad de evitación de Kaufmann y la teoría de la indiferencia, constituyen ejemplos de creaciones dogmáticas que pueden servir de indicios en la verificación del dolo o de la imprudencia.

²⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., ps. 416 y ss.

²⁶ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 427.

En términos bastante similares se expresa Díaz Pita, cuando concibe al dolo como “decisión contraria al bien jurídico protegido en lugar de considerarlo como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo”. Según esta autora, un concepto de esta naturaleza “elimina dificultades tales como la investigación, vedada en realidad al jurista, de datos ontológicos situados en la esfera psicológica del sujeto que actúa; o intentar encajar en el concepto de ‘voluntad’ interpretaciones cada vez más alejadas del verdadero significado del término voluntad²⁷”.

De esta forma, entiendo que se llega a un concepto de dolo más concreto y práctico, en el que el dato a buscar es la decisión del autor en contra del bien jurídico que resulta afectado. Esta definición no descarta ni al elemento cognitivo ni al volitivo, ya que ambos siguen teniendo cabida en el dolo. Para decirse en contra de algo, será necesario conocerlo previamente, y por otro lado, la decisión implicará que el autor debe integrarla a su plan y, de esa forma, “quererla”. Conceptos como “tomarse en serio” o “resignarse a”, tal y como se emplean, no son definiciones de dolo eventual sino indicios con capacidad expresiva de su concurrencia, datos de los que se puede deducir la posible decisión en contra del bien jurídico que resulta afectado²⁸.

4. *El avance del aspecto cognitivo o intelectual*

En la actualidad puede observarse una gran tendencia a reducir al máximo (digamos casi a excluir) al elemento volitivo del dolo. Uno de los sostenedores de esta postura es Enrique Bacigalupo, que define al dolo como “conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido”. De esta forma “quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace²⁹”.

Como resulta obvio, una definición de este tipo prácticamente acaba con la existencia de la imprudencia consciente. El mismo Bacigalupo lo manifiesta en estos términos: “A partir de la concepción del dolo eventual como conocimiento de que el resultado no es improbable, sólo cabe admitir como culpa la inconsciente, es decir, aquélla en la que el autor no tuvo ese conocimiento³⁰”.

Estas afirmaciones de Bacigalupo se encuentran influenciadas por la tesis de Jakobs, quien sostiene que para el dolo eventual lo que importa es el cono-

²⁷ DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, cit., ps. 349/350.

²⁸ Mir Puig afirma que quien “toma en serio” la probabilidad del delito, en el sentido de que no la descarta, ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 248).

²⁹ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, ps. 316/317.

³⁰ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal...*, cit., p. 324.

cimiento de que no es improbable la realización del tipo³¹. Como ejemplo, dice que está abarcado por el dolo el fallo de una intervención quirúrgica cognosciblemente arriesgada.

Incluso Jakobs sostiene que quien a ciegas cruza un semáforo en rojo, tiene dolo de lesión³². Soluciones como éstas otorgan al dolo —a mi entender— un margen arbitrariamente excesivo.

Hace décadas, al referirse a las teorías de la representación, Soler decía que éstas parecen sacar del dolo el ámbito de la voluntad para transformarlo en algo meramente intelectual, “tesis esta que nunca ha sido postulada por nadie”³³.

Roxin es contundente al señalar que “los empeños en suprimir totalmente el elemento volitivo-emocional están condenados al fracaso”, ya que “no se puede anular el elemento ‘pronóstico-irracional’ que se integra en la decisión por la posible lesión del bien jurídico y que distingue mediante el ‘tomarse en serio’ el peligro o la ‘confianza’ en un desenlace airoso”³⁴.

En un sentido similar se expresa Stratenwerth, al decir que la sola conciencia de la posibilidad real de la producción del resultado no es suficiente para fundamentar el dolo. Entiende que el autor que obra con dolo se decide por la lesión del bien jurídico, mientras que el que lo hace con culpa, no, y esta oposición es básica para determinar, en principio, la mayor gravedad del obrar doloso entre las formas del hecho punible. Por eso es imprescindible separar dos aspectos: al dolo corresponden no solamente determinados presupuestos cognitivos, sino también una determinada actitud interna del autor³⁵.

Pareciera, en definitiva, que resulta sumamente difícil distinguir las conductas dolosas de las imprudentes sin considerar siquiera el elemento volitivo. Y como ya se ha dicho, la cuestión no es menor, toda vez que existen enormes diferencias en las penas que prevén las leyes, según se trate de un hecho cometido con dolo o por imprudencia. La dogmática no debería resignarse a la simplificación del concepto de dolo, sino que por el contrario, tendría que ahondar en la búsqueda de criterios diferenciadores, ya que el reproche jurídico-penal no puede ser igual para aquél que se decidió en contra del bien jurídico, que para aquel que confió en evitar el resultado disvalioso o que hizo esfuerzos para impedirlo.

³¹ “Concurrirá, pues, dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzgue que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción” (JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas SA, 1995, p. 327).

³² JAKOBS, Günther, *Derecho penal...*, cit., p. 335.

³³ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., p. 125.

³⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 446.

³⁵ STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general*, t. I, El hecho punible, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácidos, 1999, ps. 94 y ss.

III. El dolo eventual en los hechos de tráfico automotor

La afirmación de que una persona ha obrado con dolo eventual en un hecho en el que otra u otras hayan resultado lesionadas, o fallecidas, como consecuencia de la colisión provocada por un vehículo automotor, ha generado enormes discusiones.

Si bien tradicionalmente esta clase de sucesos fueron calificados por la jurisprudencia nacional como delitos imprudentes, en los últimos años se advierte cierta tendencia a sostener —en algunos casos— que se trata de supuestos dolosos.

Así, a modo de ejemplo, se sostuvo que había cometido un homicidio simple con dolo eventual, y no uno culposo, el imputado que atropelló a cuatro personas en la calle con su auto y le produjo la muerte a una de ellas, si condujo su automóvil a ciegas, a alta velocidad, por un lugar densamente poblado y una calle habitualmente transitada por peatones, de noche y con abundante lluvia, pues no sólo sabía que podía matar, sino que también mostró un desprecio por la vida ajena que explica su indiferencia ante la posibilidad de ocasionar un resultado como la muerte³⁶.

A mi modo de ver, la solución correcta dependerá, en cada caso, de si es posible afirmar que el agente tuvo, o no, una decisión en contra del bien jurídico en los términos antes explicados.

Y esa decisión, que llevaría a afirmar un obrar doloso, debiera ser descartada cuando existan datos o elementos que permitan inferir que el resultado lesivo no era aceptado por el autor.

Así, no cabría imputar el resultado a título de dolo eventual si el conductor del rodado, antes de chocar con el auto de la víctima, intentó frenar el suyo (en algunos casos, la existencia de huellas en el asfalto —por ejemplo— pueden ser demostrativas del intento de evitar la colisión), ya que dicha circunstancia constituye una manifestación objetiva de su voluntad de evitar el resultado.

Además, en casos donde el vehículo en el que circulaba el imputado haya resultado seriamente dañado, o cuando aquel haya también padecido lesiones, afirmar que obró dolosamente implicaría admitir que se trata de un suicida al que poco le importaba su propia vida. Así ocurriría, por ejemplo, si se sostuviese que actúa con dolo eventual el chofer de un colectivo que cruza con su unidad una vía con la barrera baja y es embestido por un tren, lo que le provoca lesiones al propio conductor y a algunos pasajeros. No parece posible sostener, en este supuesto, que el agente se “resigna así —de buena o mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella”³⁷.

En nuestra jurisprudencia pueden encontrarse casos de procesamiento —con o sin prisión preventiva— por homicidio simple a título de dolo eventual

³⁶ Cámara de Garantías en lo Penal de Quilmes, sala I, 26/6/2001, “Soto, Diego G.”, LLBA 2002-119.

³⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 427.

y, luego, condena por homicidio imprudente³⁸. Resultado: en muchos casos, la privación de la libertad del imputado durante la tramitación del proceso.

Un caso que resultó paradigmático fue el de Sebastián Cabello, a quien se lo juzgó por haber causado la muerte de una madre y su hija, que circulaban en su auto. En lo que aquí importa, se tuvo por probado que el 30 de agosto de 1999, aproximadamente a las 2 hs. de la madrugada, Cabello corría en una “picada callejera” con su “Honda Civic”, junto con al menos otro vehículo por la Av. Cantillo a velocidad antirreglamentaria. En ese contexto, luego de efectuar una abrupta maniobra hacia la derecha (“volantazo”) embistió por atrás al “Renault 6” en el que circulaban las víctimas, quienes murieron por carbonización a raíz del rápido incendio que produjo el impacto.

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 condenó al acusado a la pena de doce años de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena e inhabilitación especial para conducir automotores por el tiempo máximo previsto por la ley de fondo, por entender que resultaba autor material del delito de doble homicidio cometido con dolo eventual³⁹.

Sin embargo, casi dos años después, la Cámara Nacional de Casación Penal entendió que Cabello había cometido el delito de homicidio culposo. Allí se afirmó que “... la mera circunstancia de circular a una alta velocidad violando conscientemente el deber de cuidado, confiando en su habilidad o destreza como conductor no resulta *per se* determinante de la existencia de 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, extremos que por cierto, no han sido acreditados...”. Además se sostuvo que “actuó... con un alto grado de imprudencia, con extrema inobservancia de las normas que debía cumplir al mando de un rodado, pero descartamos que haya habido de su parte intención de dañarse a sí mismo o a terceros... no se advierte... que... había previamente conocido y aceptado que iba a embestir a otro rodado, provocando la muerte de seres humanos...⁴⁰”.

Tal vez se deba concluir que resulta sumamente difícil (o a veces imposible) afirmar el dolo eventual en hechos de tránsito vehicular como el recién mencionado. El famoso caso de la “correa de cuero”⁴¹, en el que la doctrina es

³⁸ Valga como ejemplo el caso “Olivera” ya citado, en el que la sala IV de la Cámara del Crimen porteña había establecido que el imputado había causado el accidente fatal con dolo eventual. Luego, el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24 condenó a Olivera por homicidio imprudente, causado con imprudencia inconsciente.

³⁹ Tribunal Oral en lo Criminal nro. 30, 21/11/2003, “Cabello, Sebastián”, en LL Online.

⁴⁰ C. Nac. de Casación Penal, sala III, 2/9/2005, “Cabello, Sebastián”, LL 2005-E-342. Cabe señalar que tanto la querrela como el Ministerio Público Fiscal, dedujeron sendos recursos extraordinarios, pero la Corte Suprema rechazó ambos remedios federales por considerar que se referían exclusivamente a cuestiones ajenas a dicho remedio (Corte Sup., 14/11/2006, “Cabello, Sebastián s/rec. de casación”, LL 2007-B-42).

⁴¹ K y J querían robar a M. Decidieron estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle así sus pertenencias. Como se pecataron de que el estran-

casi unánime en afirmar la presencia de dolo eventual, permite comprobar la presencia de cierto elemento volitivo, de esa decisión contraria al bien jurídico (aun cuando los autores no deseaban el resultado ni les resultaba agradable), que es casi imposible advertir en casos como el de Cabello.

Y no es casual que esta realidad se haya reflejado en una reforma legislativa. En efecto, meses después de ocurrido el caso Cabello, el Congreso sancionó la ley 25.189⁴², que elevó la escala penal de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes (CP, arts. 84 y 94, respectivamente), con una agravante para los casos cometidos por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor⁴³. Si la categoría del dolo eventual permitiera resolver con facilidad muchos de los miles de casos de accidentes vehiculares, ninguna necesidad de reforma hubiese existido.

IV. CONCLUSIÓN

La dificultad de delimitar en algunos casos el dolo eventual de la imprudencia consciente ha quedado evidenciada a lo largo de esta exposición. La búsqueda de un concepto de dolo menos vulnerable a las críticas es una tarea que, pese a los años de debate doctrinario, no ha perdido vigencia.

El dolo como decisión por la posible lesión de bienes jurídicos elimina varias de las dificultades que presenta la concepción tradicional de considerarlo como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, como la dificultosa constatación de datos ontológicos situados en la esfera psicológica del sujeto, o el intentar concebir como “voluntad” algo que se aleja bastante del significado de ese término⁴⁴.

Sin embargo, estoy convencido de que las dudas y las dificultades seguirán apareciendo. Es imposible establecer parámetros matemáticos en cuestiones dogmáticas, y ello no solo es así en el tema aquí tratado, sino que acontece en todos los estratos analíticos de la teoría del delito.

gulumiento podría concluir en la muerte de M, que querían evitar, optaron por golpearlo con un saco de arena hasta que perdiera el conocimiento. Durante la ejecución del hecho, el saco de arena se reventó 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 M dejó de moverse. Se apoderaron de sus pertenencias, y como tuvieron dudas sobre si M estaría aún vivo, realizaron intentos de reanimación, los que resultaron inútiles (ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 424).

⁴² BO 28/10/1999.

⁴³ El homicidio imprudente (CP, art. 84), según el texto legal anterior, tenía prevista una pena de prisión de seis meses a tres años, lo que permitía que, en la mayoría de los casos, la condena fuese dejada en suspenso. Con la sanción de la ley 25.189, la escala es ahora de seis meses a cinco años de prisión, elevándose el mínimo 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. Este cambio legislativo reafirma, en cierta medida, la tesis que se sostiene en este trabajo.

⁴⁴ DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, cit., p. 350.

La opinión pública, guiada por los trágicos “resultados estadísticos” que arrojan los accidentes de tránsito, seguirá reclamando la aplicación de penas más severas para los autores de estos delitos. Pero esto no debiera conmover ni influir a los jueces, quienes cumplirán sus obligaciones aplicando correctamente la ley, sin hacerse eco de reclamos populares.

Por eso es que la búsqueda de conceptos más precisos seguirá ocupando a los expertos en la materia, en aras de la seguridad jurídica, y a fin de brindarles a los magistrados herramientas útiles que puedan ser aplicadas en la resolución de los casos concretos.