

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

SEGUNDO CONGRESO DE JÓVENES PENALISTAS
-Problemas Actuales de Derecho Penal y Criminología-

Ponencia:

**“DOLO EVENTUAL VERSUS CULPA CONSCIENTE: CRITERIOS
DIFERENCIADORES Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL”**

Autoras:

María Susana Cuello Constan¹

Paula Andrea Kelm²

¹ Abogada, Adscripta a Derecho Penal I de la Cátedra de Derecho Penal y Criminología de la U.N.C.

² Abogada, Adscripta a Derecho Penal I de la Cátedra de Derecho Penal y Criminología de la U.N.C.

Sumario: I. Introducción - II. Concepto de dolo eventual. - III. Concepto de culpa consciente. - IV. Criterios de distinción del dolo eventual y la culpa consciente. - V. Tratamiento jurisprudencial.- VI. Conclusión.

I. Introducción.

La distinción entre dolo eventual y culpa con representación es una cuestión que, a pesar de los esfuerzos doctrinarios, hasta la fecha reviste aristas conflictivas. Ello se evidencia principalmente en el plano probatorio, atento a la verdadera dificultad que presenta esta distinción. Es por ello, que la tarea del Juzgador al momento de merituar el caso concreto se vislumbra dificultosa, debiendo realizar un examen de las representaciones y de los motivos que actuaron sobre la psique del sujeto, obligando al intérprete y aplicador de leyes a investigar los más recónditos elementos del alma humana.

Nuestra inquietud se encuentra orientada a esclarecer el delgado límite que separa el dolo eventual y la culpa consciente o con representación, la cual puede significar en la práctica una considerable diferencia punitiva y que demarcará en uno u otro caso una relevancia por demás significativa para el sujeto responsable, que sometido a proceso, se encuentra a la espera de una definición judicial, de la cual la elección del magistrado, por un carril o por otro, determinará su destino de manera crucial, ya que en muchos de los casos, se hallará en juego, nada más y nada menos, que el preciado derecho de su libertad ambulatoria.

II. Primera cuestión: Concepto de Dolo

El concepto de dolo y su contenido están ligados a su ubicación sistemática dentro de las categorías del delito. Hasta la aparición del finalismo era pacífica la doctrina que situaba al dolo en la culpabilidad, sea como forma o especie de ella –de acuerdo con el sicologismo- sea como elemento –en la concepción normativa-. La teoría finalista pretendió romper estos esquemas, trasladando el dolo a través de la acción, al tipo, para constituir su aspecto subjetivo, a la par que redujo la culpabilidad a una pura reprochabilidad, cuyos presupuestos se limitan a la imputabilidad –capacidad de culpabilidad- y a la posibilidad de comprensión de los injustos.

El Código Penal no define al dolo de manera expresa, en general se lo puede conceptualizar como la voluntad del autor de realizar la conducta típicamente antijurídica, en otras palabras, obra dolosamente el autor que quiere violar el mandato actuando según las “formas” del tipo. Este concepto de dolo lo infiere la doctrina argentina predominante de los requisitos negativos

que surgen de la reglamentación del art. 34 inc 1 del C.P. (Nuñez, Herrera, Fontán Balestra), toman en cuenta que él requiere para la punibilidad comprender la criminalidad del acto - cuya comprensión abarca la antijuricidad- y que admite que dicha comprensión está ausente en los casos de error o ignorancia no solo en los casos de “incapacidad” (inimputabilidad): el que no sabe que hace lo antijurídico no actúa dolosamente.³

El Finalismo Argentino, por el contrario, no cree que el concepto del dolo deba extraerse del art. 34, inc. 1, sino de la función que a su respecto y en relación al error tiene el tipo como objeto de ambos. Para ello elabora su teoría, partiendo de otras pautas legales (art. 42 del C.P.), según el cual actuaría dolosamente el que lo hiciera con el “fin de cometer un delito determinado”; la expresión delito tendría aquí el significado de tipo sistémico o en sentido estricto, por lo cual se trataría de un dolo natural, todavía no relacionado con la antijuricidad.⁴

Otros autores (Bacigalupo, Giménez) consideraron que el art. 35 del C.P. –que regula el exceso en las situaciones de justificación- es una regla referente al error sobre la antijuricidad advirtiendo que de ese modo se demuestra que la justificación no excluye el dolo, con lo cual el concepto de éste es avalorado y tiene que construirse en el tipo.

Elementos del Dolo

El dolo tiene un doble contenido; para Nuñez, el elemento intelectual está constituido por la comprensión o conocimiento de la criminalidad del acto ejecutado, vale decir por el conocimiento del hecho y de las circunstancias que fundamentan el tipo delictivo y su antijuricidad. A pesar de que el inciso 1 del artículo 34, para caracterizar la imputabilidad únicamente exige que el autor *haya podido* comprender la criminalidad del acto (mera posibilidad), cuando se trata del dolo, que representa el reverso del error y de la ignorancia, esa posibilidad se transforma en comprensión o conocimiento efectivo, ya que si no fuera así, el autor ignoraría la criminalidad del acto o estaría en error a su respecto. El *elemento volitivo* del dolo consiste en el querer, por el autor, el acto cuya criminalidad conoce. Por lo tanto, el elemento volitivo del dolo presupone su elemento intelectual.⁵

Por su parte, Zaffaroni, al distinguir en el dolo los dos momentos -el cognoscitivo y el conativo- sostiene que el aspecto cognoscitivo, consiste en el conocimiento *efectivo* de los elementos del tipo objetivo, diferenciándolo del “conocimiento” de la antijuricidad, que

³ Creus, Carlos, “Derecho Penal Parte General” 3ª. Edición, Editorial Astrea, Año 1992, pág 245.

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte Gral*, Tomo III, Ed. Ediar, Bs.As.1998, pág. 310.

⁵ Nuñez, Ricardo C., “Manual de Derecho Penal Parte General” 4ª Edición. Editorial Lerner Córdoba, Año 1999, pág. 188.

pertenece a la culpabilidad y no al dolo, toda vez que la llamada "consciencia de la antijuridicidad" no puede ser más que una mera posibilidad de conocimiento (nunca un conocimiento efectivo). En la culpabilidad, para que pueda reprochársele una conducta a un sujeto, basta con que éste haya tenido la posibilidad de saber que era antijurídica. El momento conativo del dolo es la voluntad realizadora, que tanto abarca el fin propuesto como los medios elegidos.⁶

Clases de Dolo.

Los elementos cognoscitivo y volitivo del dolo se pueden dar con distintas intensidades. La combinación de sus variantes nos permite diferenciar distintas formas de manifestación.⁷

En el ápice de intensidad, tenemos el dolo directo que es aquel en el cual el autor quiere la típica violación del mandato y hacia ella endereza su conducta. Dentro del dolo directo podemos distinguir dos grados: a) el primero (o dolo inmediato) es en el que la voluntad abarca el resultado típico como fin "en sí"; b) el segundo (o dolo mediato), en que el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos.

Distinto es el caso en que sólo *resulte posible* la consecuencia. Ello da lugar a la segunda gran clase de dolo: el *dolo eventual*, donde el autor prevé el resultado típico como una de las consecuencias de su acción y acepta que él se produzca; la consideración de la probabilidad del resultado típico no detiene su acción.

III Segunda Cuestión: Concepto de Culpa Consciente.

La culpa consciente, llamada también "con representación, es la forma mas grave de tipicidad culposa o culpabilidad culposa. El agente se representa un resultado inconveniente de su conducta, pero confía en que lo evitará, es decir pensando (y deseando) que el curso causal no se desarrollará hasta alcanzarlo, ya porque se propone interponer una actividad que lo evite, ya por considerar que las circunstancias en que la acción se lleva a cabo impedirán su concreción. El autor prevé el resultado creyendo o esperando su evitación, a esa culpa se la llama también "culpa con representación"

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte Gral*, Tomo III, Ed. Ediar, Bs.As.1998.

⁷ Nuñez caracteriza al dolo directo como el querer directo del efecto que la conducta del autor es capaz de producir; al dolo indirecto, como el querer directo de un efecto que seguramente producirá el resultado delictivo, y al dolo eventual, como el querer en efecto, despreciando la probabilidad de ocasionar el efecto delictivo (Nuñez, Ricardo C., "Manual de Derecho Penal Parte General" 4ª Edición. Editorial Lerner Córdoba, Año 1999, (página 188)

IV Tercera Cuestión: Criterios de distinción del Dolo Eventual y la Culpa Consciente

Hasta aquí, todo aquello que no sea el fin y las consecuencias necesarias y normales de los medios elegidos, queda fuera del querer inmediato, son resultados concomitantes que van a dar a un resbaladizo terreno donde, habiendo representación de los resultados como posibles, colinda el dolo con la culpa con representación. De éste modo, cuando el sujeto no está seguro que una determinada circunstancia del hecho concurre o de si se producirá una consecuencia típica, estamos ante un caso de dolo eventual, que habrá que distinguir aún de la imprudencia consciente.

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 importancia práctica, sino que es considerada también "una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho penal". En la dogmática nacional pocos son los autores que han profundizado sobre el tema⁸, obligándonos por ello a remitirnos a la doctrina alemana, siguiendo a Claus Roxin⁹, que al respecto analiza las distintas teorías elaboradas, siendo dominante la contraposición entre teoría de la voluntad y teoría de la representación, la primera de las cuales ponía el acento de la delimitación en los elementos volitivos del dolo eventual, la segunda, en cambio, en los intelectuales.

-La teoría del consentimiento

La expresión más influyente de la teoría de la voluntad fue la teoría del consentimiento que requiere para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente, es decir, que haya estado de acuerdo con él. Para ROXIN, el inconveniente que trae aparejado esta teoría es que si el sujeto aprueba directamente el resultado, en la mayoría de las veces concurre ya una "intención (ó propósito)", por lo que al asemejar la intención con el

⁸ Zaffaroni, hace mención de las teorías tendientes a explicar el dolo eventual, que se pueden clasificar de la siguiente manera: a) teorías que, tratan de delimitarlo atendiendo a características *intelectuales* (o cognitivas); b) atendiendo a la voluntad; y c) al *ánimo* (o sentimiento).

a) El primer grupo de teorías, que atiende al grado de posibilidad representado se correspondería con la antigua teoría de la representación respecto del dolo. Considerar todos los casos en que hay representación o conciencia del peligro concreto como supuestos de dolo eventual, es inexacto, porque bien puede el autor confiar en que el resultado no se opere, dada la manera o modalidad de realización de su conducta.

b) El segundo grupo de teorías, en lugar, coincide con la vieja teoría que explicaba al dolo por la *voluntad*. Una de sus más conocidas variantes es la que considera al dolo eventual como una suerte de dolo directo hipotético (si hubiese tenido la certeza del resultado igualmente *hubiese* actuado).

c) La teoría del *ánimo* o del *sentimiento* el dolo eventual revela un grado mayor de "indiferencia" por el bien jurídico que la culpa con representación, o bien, un mayor grado de desprecio. (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, Ed. Ediar, Buenos Aires.1998, pág. 353)

⁹ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Editorial CIVITAS S.A., Año 1997

dolo directo, no dejaría nada para el dolo eventual. Agrega el autor que esta concepción pasa por alto la consideración de que el cometido de los tipos dolosos es evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos, independientemente de la actitud emocional con que sean cometidas. De éste modo, el que alguien apruebe o lamente el resultado será pauta importante para la medición de la pena, pero no podrá influir en el carácter doloso del hecho. Esta teoría también es conocida como “teoría hipotética del consentimiento”, por utilizar como medio de prueba, la primera fórmula de FRANK, según la cual debe preguntarse cómo se hubiera comportado el autor en caso de haber contado con la seguridad de la realización del resultado. Si se llega a la conclusión de que el sujeto hubiera actuado también en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que afirmar la existencia de dolo, en caso contrario hay que negarlo. Dentro de esta corriente los defensores de la “teoría positiva del consentimiento” se sirven de la segunda fórmula de FRANK la que prevé: “Si el autor dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces su culpabilidad es dolosa”. Para ROXIN esta última alternativa merece menos reparos que la anterior ya que permite entender plenamente en el sentido de que el sujeto actúa dolosamente aun cuando sólo por necesidad se resigna a la producción del resultado.

-Teoría de la indiferencia

Lo relevante de esta teoría es que atiende a la actitud interna del sujeto frente a la previsible producción del resultado lesivo. La misma se interesa por la situación emocional del sujeto, y sobre la base de la indiferencia ante la probable producción de un resultado penalmente relevante, afirma la existencia de dolo. La crítica que se le hace a esta postura radica en que va más allá del “querer”, que tiene una acepción más neutra respecto de la psique del autor ya que se puede querer un resultado, aun cuando éste nos desagrade, del mismo modo que, se puede no querer el resultado, pero sernos éste indiferente. En definitiva, la indiferencia respecto a la producción o no del resultado no nos dice nada sobre elemento volitivo del dolo, aunque bien como afirma ROXIN si hay que valorarle a esta doctrina que la indiferencia actúa como un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y actúa en consecuencia con dolo, pero no es acertada su apreciación en cuanto a que la falta de indiferencia sea pauta excluyente del dolo.

-Teoría de la representación

El polo opuesto a todas las expresiones de la teoría de la voluntad lo constituye la teoría de la representación, que propugna fijarse sólo en elementos intelectivos para determinar el límite del dolo. Hoy vuelve a hallar partidarios en su versión radical de que la mera representación de la posibilidad de producción del resultado sin ningún elemento volitivo fundamenta ya el dolo eventual (“teoría de la posibilidad”). Así, autores alemanes como Schroder, seguido luego por

Schmidhäuser sostienen que la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando, y de que la confianza en la no producción del resultado encierra en sí la negación de su posibilidad. Acaban por negar la existencia de una imprudencia consciente en el sentido tradicional. Roxin crítica esta teoría, sustentando que una interpretación que reduce el dolo exclusivamente al componente de saber es demasiado intelectualista. De éste modo sostiene la idea que puede suceder 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, esto es psicológicamente muy frecuente.

-Teoría de la probabilidad.

Esta teoría, al igual que la anterior, pone el acento en el elemento intelectualivo: el conocimiento. Para los partidarios de esta postura, la definición del dolo depende del grado de probabilidad del resultado advertido por el autor con el conocimiento que dispone de la situación. En su comienzo, según la formulación inicial de esta teoría, habrá dolo eventual cuando el autor considera probable la producción del resultado y culpa consciente cuando sólo la cree posible. Así, Mayer afirma el dolo cuando el sujeto consideró sumamente probable que se produjese el resultado y pese a ello no desistió de proseguir su comportamiento. En cambio, si el grado de probabilidad no es elevado, nos encontramos ante la culpa consciente y no frente al dolo, pues en tal caso el agente no tenía necesariamente que contar con el resultado (Welzel). La crítica que se le dirige a esta teoría es que se hace muy imprecisa en la práctica toda vez que si al propio juez *ex post*, le es imposible determinar cuándo algo es posible o probable, para el autor, *ex ante*, aún será, si cabe, más difícil conocer si un resultado se presenta como posible o como probable.

-La teoría de la Asunción de los elementos constitutivos del injusto de Schroth

“Para Schroth el dolo eventualis es ‘la asunción (apropiación, hacer suyas) de las condiciones constitutivas del injusto con conocimiento del riesgo’. El sujeto por tanto debe saber en primer lugar ‘que es fácil que con su actuación se produzcan las consecuencias constitutivas del injusto’. Pero aún cuando haya percibido lo anterior, el dolo está excluido ‘si el sujeto reprime los elementos del peligro’, o si no los reprime pero ‘parte seriamente de la idea de que la lesión, el bien jurídico no se producirá’ o si hace patentes esfuerzos serios y en su opinión con perspectivas de éxitos, de evitación o ‘parte seriamente de la idea de que la propia víctima o terceros impedirán la producción de las circunstancias fundamentadoras del injusto’. Ésta concepción es también perfectamente compatible con la teoría del tomarse en serio, tanto mas, cuanto que también Schroth reconoce el tomarse a la ligera como criterio de la imprudencia consciente y reconoce el elemento volitivo del dolo eventual. Los que él llama en particular presupuestos para

la 'asunción de los elementos constitutivos del injusto'. Hay que entenderlos por tanto como concreciones del concepto de 'tomar en serio'

Eliminado:

Claus Roxin concluye el análisis de las distintas teorías expuestas por la doctrina alemana realizando el siguiente compendio de ideas: "Los esfuerzos recientes en torno al *dolus eventualis* se caracterizan por tanto menos por el rechazo de la teoría del tomarse en serio que por el intento de objetivarla. Sin embargo, los empeños en suprimir totalmente el elemento volitivo-emocional están condenados al fracaso. Es cierto que no pertenece al dolo ninguna "aprobación" en el sentido de que el sujeto deba considerar deseable el resultado. Tampoco es exigible una actitud sentimental de "absoluta indiferencia" frente a la producción del resultado. Pero 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". O bien se ha de incluirlo, como hacen la mayoría de los defensores de un concepto de dolo puramente cognitivo, en el concepto del saber, con lo cual no varía materialmente nada; o bien se han de desfigurar los fenómenos reales mediante la reducción a sus componentes intelectuales, pues incluso los elementos de tinte volitivo, como el tomarse en serio o la confianza, pueden deducirse sólo de indicios objetivos entre los cuales la mayoría de las veces carecerá de trascendencia decisiva la declaración del acusado, condicionada por su táctica procesal".¹⁰

V. Cuarta Cuestión: Tratamiento Jurisprudencial.

Resulta de extrema dificultad desentrañar, a pesar de los referidos esfuerzos doctrinarios, en cada caso concreto la existencia de dolo eventual o culpa consciente. No solo por la diferencia que significa la aplicación de una u otra pena, sino más bien por encontrarse enfrentados los extremos de la intención y la imprudencia. Para ejemplificar ésta dificultosa tarea, analizaremos dos casos de conocida trascendencia, en donde el análisis jurídico que efectúa el juzgador permite arribar a conclusiones diferentes. El primero es una sentencia emanada del Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 de la Ciudad de Buenos Aires en autos "Cabello, Sebastián s/homicidio doloso en concurso ideal con lesiones leves dolosas" del 21/11/2003 y la sentencia de 2/9/2005 de la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación Penal que resolvió haciendo lugar al recurso interpuesto en la oportunidad; el segundo, es un AutoInterlocutorio de la Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba en autos "Castro, Matías Daniel p.s.a. Homicidio simple, etc" del 9/11/09.

¹⁰ Breglia Arias, Omar., Gauna, Omar R. "Código Penal Comentado Anotado y concordado" Tomo I, editorial Astrea 2007 pág. 865 y sgtes.

Caso I. Que con fecha 30/08/1999, Sebastián Cabello, que conducía su vehículo “Honda Civic”, y disputaba una “picada” junto al menos otro vehículo, embistió, a velocidad antirreglamentaria, el automóvil “Renault 6”, provocando la muerte por carbonización de una mujer que lo conducía y su pequeña hija por efecto del incendio producido por el impacto.

El Tribunal Oral resolvió condenar a Sebastián Cabello como autor del delito de doble homicidio simple cometido con dolo eventual, a la pena de 12 años de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo de la condena e inhabilitación especial para conducir automotores por el tiempo máximo previsto en la ley, condena a la que arribaron basándose en los siguientes argumentos: “...La decisión volitiva de correr con el Honda a alta velocidad como acto propio, nos indica una opción decisoria, opción que se asume colocándose marginalmente, en actitud inicial de espaldas a las leyes vigentes, negando los límites del orden jurídico, asumiendo los riesgos, y cristalizando su propósito en cuanto a su gusto elaborado por una rapidez desnuda, sin basamento factico de un apuro concreto. No estamos ante un homicidio culposo, sino ante una primigenia decisión volitiva, lúcida y consciente de calidad anormativa que lo conduce a la comisión de un delito doloso, cometido con dolo eventual...”. El tribunal entiende que el dolo eventual se configura dado que: 1. El fenómeno de negación del derecho fue previsto por Cabello como una negación jurídica asumida como consecuencia cierta o probable de un movimiento espontaneo de su organismo, y 2. Cabello quiso aquel movimiento de su organismo, del que deriva, como el efecto de la causa, el fenómeno de la negación del derecho. Prosigue el análisis expresando: “... No puede dejar de meritarse que la desenfrenada velocidad fue buscada racionalmente “ex profeso”, y que las 2 víctimas calcinadas cuyas muertes se suceden, no lo ha sido por obra de magias externas, ni por azar o “casualidad” del destino, sino por causales previas volitivas decididas egocéntricamente, en estado de egoísta indiferencia al otro, al prójimo, conductas que –por su antijuridicidad genética en circunstancias probadas- exceden holgadamente la culpa consciente....existe probada la intención anormativa de violar las normas premeditadamente en una cadena prolongada de actos iniciados volitivamente, que arrancan desde la “ex profeso” preparación del auto para las “street racing” (carreras callejeras), hasta la concurrencia a zonas de picadas callejeras. Concluyendo el tribunal expresa “...al actuar en el dominio de la acción iniciada mediante la gozosa velocidad auto-implementada, el sujeto consciente y lucido (Cabello), vive sus propias emociones del vértigo, pero menosprecia en su conducción vehicular otras vidas, que pasan a segundo plano debido a su total indiferencia. Al acabar con ellas, se está consintiendo algo no deseado, pero sin embargo, se opto con preferencia determinante hacia el señorío del arma que “personalizada” se tiene y se ejerció además ese uso

abusivo de la personalización prepotente con adecuado sentido volitivo inicial y fluido, priorizando sus intereses y decisiones, desoyendo el mandato de las normas, como para ingresar esa conducta –nacida anormativa, indiferente, pero extratípica- al dolo, y cuyo resultado el imputado claramente lo asume como algo eventual...”.

Advertimos en esta resolución, que el Tribunal toma una postura voluntarista de neto corte psicológico, encuadrando la conducta descrita del autor dentro de la Teoría de la Indiferencia, al decir que el acusado con su actuar se ha resignado a la producción del resultado menospreciándolo con su total indiferencia.

En contra de esta sentencia se interpuso un recurso de Casación que con fecha 2/9/2005 la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación Penal, resolvió hacer lugar parcialmente calificando definitivamente el hecho como homicidio culposo con multiplicidad de víctimas y en consecuencia condenar a Sebastián Cabello a la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de 10 años. Para llegar a dicha conclusión, éste alto Tribunal advierte en los considerandos 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 ésta 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 no son útiles, a su juicio, para justificar el tipo penal escogido. 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 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, extremos que no han sido acreditados. A juicio de la Sala, el imputado actuó con un alto grado de imprudencia, con extrema inobservancia de las normas que debía cumplir al mando de un rodado, pero se descarta que haya habido de su parte intención de dañarse asimismo o a terceros. No advierten en qué elemento acreditativo ha fincado el a quo su convencimiento acerca de que Cabello, al conducir su automóvil de la manera que lo hiciera, había previamente conocido y aceptado que iba a embestir a otro rodado, provocando la muerte de seres humanos y lograr salir él indemne del episodio. Éstos extremos deben ser probados para poder afirmar con certeza la existencia del dolo, y ello no ha ocurrido.

De ésta resolución, se puede inferir que el Alto Cuerpo, hace prevalecer la existencia del dolo eventual conforme a los criterios establecidos en la Teoría de la representación de Schroth. Entendemos esto, porque el Tribunal requiere que se demuestre que el autor fue consciente del riesgo, lo asumió y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado, y por no estar acreditados dichos extremos la conducta es culposa.

Caso II. CAcus. Cba. 9/11/09, AI N° 661, en autos: “Castro, Matías Daniel p.s.a. homicidio simple, etc”. La conducta del imputado consistió en conducir su vehículo Ford K, por la autopista Justiniano Posse, en estado de embriaguez (al cual llegó voluntariamente) desarrollando maniobras generadoras de una muy elevada entidad de riesgo. Maniobras que concluyeron en el impacto con otro vehículo, lo que produjo la muerte de tres personas y lesiones graves a otras tres a quienes trasladaba en el automóvil.

El Fiscal de Instrucción de la Ciudad de V. Carlos Paz, acusó formalmente al imputado Castro, Matías Daniel p.s.a. Homicidio Simple con dolo eventual –tres resultados- y lesiones graves -tres resultados-, en concurso real (arts. 79, 91, y 55 del C.P.). La defensa técnica se opone a tal requerimiento, siendo resuelta la impugnación por el Juez de Control de la Ciudad de V. Carlos Paz, quien confirma el decreto atacado. Ante tal resolución se interpone recurso de apelación por ante la Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba, quien resuelve confirmar la resolución apelada entendiendo que la conducta del autor consistió en conducir su vehículo en estado de embriaguez (habiéndose colocado en ese estado voluntariamente), desarrollando en tales circunstancias maniobras generadoras de una muy elevada entidad de peligro. En este contexto, el imputado hizo que su vehículo impactara con la parte trasera de otro vehículo y causara la muerte de tres personas y lesiones graves a otras tres. En concreto, se colige que durante el trayecto hasta el local bailable ingirió cerveza mientras conducía el vehículo y, una vez en el lugar, continuó ingiriendo bebidas alcohólicas con una mayor graduación alcohólica. Opinan que en este primer tramo, pese a que el imputado conocía que con probabilidad conduciría de regreso el vehículo de su propiedad trasladando a otras personas, pudo haberse representado, como máximo, un peligro estadístico o –todavía– abstracto. Empero, dice el alto cuerpo, cuando en ese estado el autor condujo el automóvil a exceso de velocidad, en ocasión en que trasladaba en su vehículo a otras seis personas, y desarrolló adelantamientos antirreglamentarios (por ambos lados), ya se encontraba frente a un peligro concreto de altísimo grado. Advierten que el imputado se encontraba –en estas instancias– en estado de embriaguez, pero también sostienen que en razón de los comportamientos que adoptó, ese estado no le

impidió conocer el riesgo que creaba o dirigir sus acciones para evitar los resultados finalmente producidos. Por el contrario, refiere el tribunal, no se advierte de las constancias de la causa que el imputado se haya conducido de esa forma cuando se dirigía hacia el boliche y, más aún, los conocidos dijeron que no tenía experiencia en la conducción y que, en ciertas ocasiones, solía delegarla. Por consiguiente, puede concluirse que la sintomatología referida está relacionada, sobre todo, con la primera fase o grado de intoxicación, la que no impide que el individuo pueda comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones. Es que no se trata, simplemente, de que el autor condujo el automóvil en estado de ebriedad, sino de que lo hizo en forma manifiestamente antirreglamentaria. La posibilidad de evitación era en este caso calificada, pues éste contaba con la presencia de otras personas dispuestas a conducir por él, además de que durante el trayecto fue alertado por uno de sus acompañantes para que redujera, al menos, la velocidad. Puede tenerse por acreditado con el grado de probabilidad que, cuando el autor puso en peligro concreto la vida y la integridad física de otras personas conduciendo en ese estado a una velocidad extremadamente excesiva y realizando maniobras altamente arriesgadas, se representó el peligro en cuestión, el cual era claramente un peligro de dolo y tenía por tanto una posibilidad objetivamente privilegiada o calificada de prever la realización del tipo.

Se advierte dentro del marco teórico previo al análisis ya expuesto, que éste Tribunal cuestiona las teorías de la Voluntad, de neto corte psicológico, las que no considera imprescindibles para establecer la existencia del dolo, ya que éstas le dan una preponderancia dogmática a la actitud interna. Por esa razón se alinea hacia las Teorías de la Representación, coincidiendo con éstas, al afirmar la presencia del dolo (eventual) cuando con prescindencia de aquellas actitudes internas el autor se representa un peligro tal que no existen fundamentos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo penal, toda vez que durante o después de su conducta debe interponerse la suerte, el azar, o una buena dosis de ambos para que el tipo no se realice. Entienden igualmente necesario analizar a éstos efectos la posibilidad que tuvo el agente de conocer y evitar la realización del tipo penal, pues solo cuando la posibilidad de prever la realización del tipo haya sido calificada (o privilegiada) será procedente, político-criminalmente, la mayor pena que implica la atribución a título de dolo. En consecuencia, la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente no depende de que el autor se tome en serio un riesgo conocido, sino que conozca un riesgo que se debe tomar en serio, constituyendo el dolo una categoría evidentemente normativa.

IV. Conclusión.

1- De lo expuesto cabe concluir que las distintas teorías que intentan distinguir la culpa consciente del dolo eventual, se diferencian entre sí, por la prevalecencia en algunas del elemento volitivo y en otras del elemento intelectual. A pesar de ello, ni la doctrina ni la jurisprudencia argentina es pacífica al respecto, siendo los criterios que adopte -ya sea en uno u otro sentido-, de muy difícil comprobación fáctica y las cuales van a quedar supeditada al arbitrio del propio juzgador, según sea la teoría que decida adoptar.

2- Con relación a las doctrinas que hemos analizado, predominantemente de inspiración germánica, es necesario tener presente lo que advierte el maestro Nuñez: que nuestro art. 34, inc 1 del CP, regula conjuntamente la “capacidad delictiva” y la teoría del dolo, mediante sus referencias al error, mientras que en el derecho alemán ambas regulaciones aparecían separadas y distintas. Por ello entiende que es inaplicable la dogmática alemana respecto del dolo¹¹. Como puede advertirse del último fallo analizado, la cámara ha intentado salvar ésta crítica, explicando que “...la adopción de éstos criterios no encuentra mayores inconvenientes en el sistema penal argentino, toda vez que los dispositivos de la parte general no definen el dolo, y en consecuencia, no puede considerarse que el elemento volitivo sea determinante para diferenciar entre dolo e imprudencia. La doctrina ha extraído de la normativa vigente, en todo caso, la necesidad de un elemento cognitivo a partir de la interpretación a contrario sensu del art. 34 inc. 1, que prevé el error o ignorancia de hecho (que implica, según las posiciones más modernas, una deficiencia cognoscitiva sobre los elementos del tipo objetivo) como excluyente de la punibilidad, y es claro entonces, que la posición aquí adoptada es coherente incluso con esta interpretación tradicional del art. 34. inc. 1, C.P...”

3- Al concluir éste trabajo somos de opinión que, en ciertos y particulares casos, podría ser aplicable la figura del dolo eventual, sin embargo, debemos advertir que el legislador a raíz del primer fallo analizado, mediante la ley 25.189 (B.O. 28/10/99) agravó la escala penal en casos de homicidio culposo cometido con vehículos automotores. Por ello, las acciones delictivas aquí analizadas se encontrarían incluidas en el catálogo penal como de contenido culposo. Si los legisladores hubieran tenido la intención de darle otra sustancia o penalidad más grave, lo hubieran hecho, no siendo ésta una facultad de los jueces.

¹¹ Crítica que le hace a Bacigalupo (Nuñez, Ricardo C., “Manual de Derecho Penal, Parte General” 4ª Edición. Editorial Lerner Córdoba, Año 1999, -nota 24, página 187 y sgtes.-)