

DELITO, CASTIGO Y DOLO EVENTUAL

Marco Antonio Terragni
Profesor de Derecho Penal
Universidad del Litoral

1. INTRODUCCIÓN

Pese a las lucubraciones que se llevan hechas en las últimas centurias enderezadas a hacer más racional la administración del castigo, hay muchísimos resquicios por los que la arbitrariedad¹ se cuele: uno puede ser éste del dolo eventual.

Así ocurrirá si las premisas implícitas del razonamiento de una sentencia judicial fuesen:

- a) Se produjo un hecho del que derivan muertes².
- b) Hay un hombre al que se le puede atribuir la autoría del suceso.
- d) Ese hombre tiene que ser castigado de una manera ejemplar.
- e) Para hacerlo, es conveniente calificar el injusto como homicidio, cometido con dolo eventual.

Obsérvese que la secuencia lógica está invertida en los dos últimos puntos: antes debería encontrarse la adecuación típica correcta y de ella desprender cuál es la pena con que se conmina el hecho típico. Finalmente seleccionar la sanción entre el mínimo y el máximo de la escala penal respectiva, en orden - entre otros parámetros- a la extensión del daño causado, a la que se refiere el artículo 41.1 del Código Penal.

¹ Entiendo por arbitrario todo aquello que depende exclusivamente de la voluntad de quien decide, de manera que lo que resuelva no puede ser objeto de una crítica racional. En la materia que nos ocupa eso ocurre frecuentemente, ya que son sentencias sentimentales, dicho esto en el sentido de que creen atender el criterio de justicia, "a esquemas de racionalidad, que dominan nuestra vida cotidiana y determinan nuestra cultura" a los que alude Hassemer cuando explica las consecuencias que jurídicamente derivan de la apreciación del contenido subjetivo diverso de las conductas (Hassemer, Winfried, Fundamentos del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1989, p. 273 y ss.) o porque no castigar estos hechos más severamente deja "mal sabor de boca", como se expresó gráficamente Díaz Pita (Díaz Pita, María del Mar, El dolo eventual, Tirant Monografías, Valencia, 1994, p.22.).

² Es sintomático que el instituto se aplique, mayoritariamente, a los casos en que resultan muertas varias personas. Sintomático porque ello aviva el sentimiento de que se necesita aplicar un castigo ejemplificador.

Sin embargo, en su fuero íntimo, algunos intérpretes de sucesos de esta índole anteponen la intuición de que el autor merece una pena grave a la cuestión técnica del encuadramiento. Aparece así, otra vez el "sentimiento elemental de justicia" al que refiere Francisco Muñoz Conde en el prólogo al libro de Díaz Pita, que antes he citado.

2. TERMINOLOGÍA

Para entender acerca de qué tema los hombres hablan es preciso indagar, en primer lugar, el significado de las palabras.

Utilizando este método, uno llega a la conclusión que, en este caso, los vocablos no representan la idea comúnmente compartida:

Dolo es un sustantivo que identifica toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar y en el terreno penal contemporáneo: el que obra con la finalidad de cometer el hecho prohibido.

En tanto que eventual es un adjetivo que alude a lo que puede o no ocurrir.

Calificando como eventual al dolo aparece una paradoja (porque no es así cómo habitualmente se entiende el instituto dolo eventual) ya que puede o no ocurrir que el sujeto obre con la finalidad de cometer el hecho prohibido.

Pero si pasa lo primero: que el sujeto obre con la finalidad de cometer el hecho prohibido, habrá dolo a secas; y si ocurre lo segundo (Que el sujeto no obre con la finalidad de cometer el hecho prohibido), no habrá dolo de ninguna naturaleza.

Con lo cual la categoría dolo eventual no tiene razón de ser.

Para seguir especulando acerca del concepto, correspondería dejar de lado la equívoca denominación y designarlo de alguna otra manera.

Sin embargo, como es imposible contrarrestar la fuerza de la tradición, es seguro que se seguirá hablando de dolo eventual, pese a ser una locución desacertada.

De todo lo expuesto hasta ahora resulta que, como en tantas otras áreas, no interesa la denominación, sino el contenido.

3. CONTENIDO

La ilicitud penal de un acto, y su gravedad relativa en orden a la pena, resulta de factores objetivos y subjetivos. En el primer lugar, entre los primeros, está el bien jurídico afectado; por ejemplo, la vida humana. Entre los segundos se incluyen los conocimientos y las actitudes adoptadas a partir de ellos: el dolo y la culpa (o imprudencia, según la terminología usada hoy en España).

No existe en el Derecho de origen continental-europeo una categoría

intermedia, a la manera de la *recklessness*³ anglosajona, que aluda a un grado de ilicitud, proveniente de una actitud interna distinta a la del dolo y a la de la culpa.

Incluso no es sencillo encontrar una actitud interna, que constituya un *tertius* semejante, en el que pueda fijarse el Derecho para asignarle una consecuencia diversa a la dolosa y a la imprudente⁴. Si ya resulta imposible identificar en qué consiste, cuál es el dato interno correspondiente al simple descuido (no la valoración del descuido, lo que es una referencia añadida desde afuera) también sería difícil identificar esa tercera actitud: actitud relacionada con el hecho; no indiferencia o desconsideración genéricas, las que sólo podrían valer en un Derecho penal de autor.

Lo arduo que resulta concebir esa categoría intermedia (la que nuestro derecho positivo no contempla) para identificarla como dolo eventual, se hace patente enfocando el asunto desde el lado de la culpa, ya que aislarla de ella resulta teóricamente imposible, como lo pondré de resalto cuando aluda a los esfuerzos doctrinarios por trazar una línea divisoria.

Si el intento para darle autonomía al dolo eventual se hace a partir del dolo, como concepto genérico, aparece necesariamente una variación en el alcance de los componentes propios de éste (conocimiento y voluntad⁵) pues el sujeto sabe que la acción tiene potencia lesiva y decide la realización de un hecho, pero su finalidad no abarca la materialización efectiva del mismo.

Esto, a diferencia de los casos de dolo directo, en los que el resultado está incorporado a la finalidad del agente, sin que se encuentre sujeto a contingencias: el sujeto sabe que lo que está haciendo es matar y tiene voluntad de obtener la muerte de su enemigo. En la otra hipótesis el sujeto sabe que está ejecutando una acción que puede provocar, o no, la muerte, pero no tiene el propósito de producirla indefectiblemente.

Queda una tercera posibilidad: el sujeto sabe que está realizando una acción que puede llegar a provocar la muerte de otro, pero se equivoca en la elección

³ Entendida en la acepción de temeridad: la aceptación de un riesgo injustificado de causar un resultado lesivo.

⁴ Se trataría de una construcción puramente dogmática, más que elementos subjetivos propiamente dichos: dogmática porque consistiría en la valoración, a la manera de indicio objetivo, de una actitud que el intérprete supone es de determinada manera, sin que sea exigible la verificación empírica.

Por supuesto que la falta de una verificación empírica ocurre, en general, con los elementos subjetivos, pues nadie, aparte de la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede saber con certeza su exacto contenido. Salvo la existencia de una confesión expresa y detallada del imputado, en la práctica procesal sucede lo que apunta Muñoz Conde: Cuando se dice, por ejemplo, que alguien actuó con dolo, en realidad se está presumiendo que, dadas las circunstancias y datos que concurrían en el caso concreto, el sujeto sabía lo que hacía y quería hacerlo; pero lo que el sujeto realmente sabe o quiere, nadie puede saberlo, sino todo lo más presumirlo. (Muñoz Conde, Francisco, en prólogo a Díez Ripollés, Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, Tirant lo Blanc, Valencia, 1990, p. 10).

⁵ Dejaré de formular, en esta ocasión, los comentarios que podría hacer acerca de la equivocada teoría que descarta que la voluntad sea un elemento del dolo.

de los medios que hubiese sido necesario emplear para que la muerte no se produjera. Por lo mismo, adopta la decisión de actuar, pero no la decisión de actuar contra el bien jurídico.

En los casos de dolo (directo o indirecto) la decisión de actuar contra el bien jurídico existe. En la categoría intermedia (dolo eventual) no tiene similar entidad la rebeldía a acatar la ley, pues el sujeto no persigue la obtención, sí o sí, del resultado. Por supuesto que siempre, en los ejemplos que estoy utilizando, habrá un hombre muerto, pero el Derecho deberá castigar de manera distinta al que quiere llegar indefectiblemente a matar que al que obra de forma tan peligrosa que puede provocar, o no, la muerte.

En definitiva, la sanción tendrá que guardar relación: con el componente subjetivo, así como con la proximidad mayor o menor entre el riesgo que corre el bien jurídicamente protegido y su destrucción efectiva: Cuando el sujeto ha tomado la decisión de matar y encamina sus actos para lograrlo, la vida ajena se encuentra ante un peligro grande. Cuando el sujeto ha tomado la decisión de realizar actos que pueden ocasionar una muerte⁶ o no producirla, la vida ajena afronta un riesgo de menor entidad que en el otro caso. Cuando el sujeto cree que no provocará una muerte, el peligro para la vida ajena está reducido, aún en mayor medida.

4. LAS TEORÍAS TRADICIONALES⁷

Como el dolo eventual y la culpa consciente parten de una estructura común, porque en ninguno de ambos casos se persigue la concreción del resultado y en los dos el autor reconoce la posibilidad de que el mismo se produzca, se hace dificultosa una diferenciación neta, escribe Mir Puig⁸.

Yendo más al fondo del asunto, hoy hay que decir que no solamente es difícil una “diferenciación neta”, sino que resulta imposible una diferenciación.

Demuestra que esta aseveración tiene razón de ser el fracaso de las diversas líneas que la doctrina ha trazado a lo largo del tiempo y que pueden ser resumidas y comentadas así:

4.1. *Teoría del consentimiento o de la aprobación*

Hay dolo eventual cuando el autor consiente en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo apruebe. Expuesta la idea acudiendo a la fórmula hipotética de Frank: si el autor hubiera podido anticiparse a los acontecimientos

⁶ He escrito una muerte y el pronombre indeterminado ex profeso, pues en la mayoría de los casos de homicidio en los cuales se juzga que el autor ha obrado con dolo eventual, el autor ni siquiera conoce a la víctima y ese solo dato descartaría (por lo menos inicialmente) que haya tenido voluntad de matar.

⁷ Seleccione solamente algunas, ya que escapa al objeto de este comentario realizar una exposición amplia.

⁸ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general. PPU, Barcelona, 1990, p. 261.

y hubiera sabido que su conducta había de producir el resultado típico ¿la habría realizado igual? En caso de respuesta afirmativa, existe dolo eventual.

Esta teoría hace agua por diversas fracturas, incluso dejando de lado aquello obvio de que imposible probar lo que no pasó: a. Si el autor tiene conocimiento de que su conducta producirá, el dolo no es eventual sino directo. b. Si el intérprete no elabora su juicio a partir de la comprobación del conocimiento positivo que haya tenido el autor sino que la respuesta afirmativa a la pregunta de Frank la da el propio intérprete (extrayéndola de su cabeza y no de la del reo) el escamoteo a los principios fundamentales de legalidad y de culpabilidad se hace patente. c. Alguna doctrina señala que esta tesis ha conseguido numerosos adeptos porque destaca un elemento equivalente a la voluntad⁹. A lo que cabe oponer que a ese elemento el intérprete le asignará un valor igual que el que tiene la voluntad; pero no es voluntad. Consentir o aprobar (esas palabras, por sí, hacen referencia a algo que puede no ser contemporáneo a la decisión) no es lo mismo que tomar la decisión de atentar contra el bien jurídicamente protegido. Es claro que cualquiera puede jugar con el significado de las palabras y especular con que querer puede ser igual que aceptar o aprobar y que si se acepta o aprueba ello significa que se ha querido. Sin embargo, jurídicamente esta argumentación es inaceptable: El verdadero momento volitivo y la verdadera volición que constituye uno de los componentes del dolo, es la decisión, que el sujeto adopta, de conjugar con su acción los elementos del tipo objetivo: en su caso, matar a otro. El querer (con el significado de desear) constituye un dato interno distinto del dolo y atinente a la culpabilidad. Si se invierten los términos la consecuencia que de ello resulta no solamente es ilegítima sino inconstitucional, pues en un Estado de Derecho no es dable castigar la esfera íntima del autor, sino sólo sus actos externos. El Código penal argentino señala el camino correcto: El dolo está en el tipo. Por ejemplo: el conocimiento y la voluntad de matar a otro (art. 79). Recién luego de que está comprobada la tipicidad del hecho, de que no concurren causas de justificación o de inculpabilidad, el juez evaluará la culpabilidad a los efectos de graduar la pena (art. 40) y para ello tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, “la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir” (art. 41.2.). De manera que el aceptar, con gusto o con disgusto, el conformarse o el resignarse podrán tenerse en cuenta como notas de la culpabilidad, pero a esto habrá que llegar luego de transitar el examen del tipo; no al revés.

4.2. Teoría del sentimiento (indiferencia):

Frecuentemente aparece esta indicación en la jurisprudencia argentina: la indiferencia del autor ante la probable producción del resultado implica dolo. Lo que no aparece, en esa misma jurisprudencia, la explicación de por qué es así. Creo que más bien se arrastra por inercia un criterio semejante; sin siquiera advertir el error que encierra pues indiferencia es un estado de ánimo en que no se siente inclinación ni repugnancia. Se trata de una negación: el sujeto no siente inclinación ni repugnancia y, por lo mismo, falta una decisión contraria al

⁹ Idem, p. 262.

ataque consciente al bien jurídico: no hay dolo.

La objeción que he expresado es fundamental porque revela que la actitud de indiferencia, por sí misma, no es suficiente para integrar el elemento volitivo del dolo¹⁰. Pero hay más: Implícitamente, muchas de aquellas sentencias a las que antes aludí castigan, en realidad, no a la indiferencia –como dato fáctico– sino al indiferente¹¹. Como explica Jakobs: no es acertado atenerse a la actitud interna, si el autor aprueba o si lo asume con indiferencia, pues ella no tiene nada que ver con la dirección sino, a lo sumo, con los motivos para no haber hecho uso de la posibilidad de dirección¹².

4.3. Teoría de la probabilidad o de la representación.

Según ella hay dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado.

Aquí se ubica metodológicamente bien el tema en el elemento de la Teoría del delito tipo y no en el elemento culpabilidad, pues no importa la actitud interna frente al hipotético resultado: de aprobación, desaprobación o indiferencia, sino el haber querido actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción.

No obstante el adelanto que significa respecto de la otra, esta teoría también merece objeciones pues también en los casos de culpa consciente, el autor se da cuenta que el resultado se puede producir, porque su conducta entraña riesgo, con lo cual no habría diferencia entre un caso y otro, ya que en el primero capte que la probabilidad es grande y que en el segundo sea menor, o más lejana, no cambia lo básico: que en ninguno de ellos la decisión de actuar, pese al peligro, no ha sido adoptada para destruir el bien jurídicamente protegido: siguiendo el ejemplo que he estado utilizando, la vida ajena.

Gimbernat defiende esta teoría de la probabilidad o de la representación¹³ diciendo que ésta no enfrenta al sujeto con el resultado, sino con la situación peligrosa.

Explicar el tema desde la perspectiva del injusto es un método correcto¹⁴

¹⁰ García García-Cervigón, Josefina, El dolo eventual en el Derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, Madrid, 1996, N° 6, p. 263.

¹¹ No fue una mera coincidencia de que en los trabajos preparatorios para el Proyecto de Código penal nacionalsocialista, con la mención del “asumir a toda costa” la eventualidad prevista, y la del frívolo indiferentismo permitían –así lo explicó en su momento Jiménez de Asúa– “afiliar la preparada fórmula nazi a este grupo de teorías del sentimiento”(Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal. Tomo V, El Delito, Losada, Buenos Aires, 1956, p. 608).

¹² Jakobs, Günther, derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 325.

¹³ Gimbernat Ordeig, Enrique, Acerca del dolo eventual, en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1990, p.240 ss.

¹⁴ Acerca de la apelación al concepto riesgo, plantearé mis objeciones más adelante, v. Teoría del riesgo y personalidad antisocial.

De todas maneras hay un pensamiento básico (de Gimbernat y de muchos otros publicista) que debo criticar porque conduce a decisiones equivocadas, y que es el siguiente: Explica Gimbernat que la ley, al distinguir entre hechos dolosos y culposos, persigue distinguir entre hechos más graves y menos graves, pues el delito intencional tiene una pena superior a la del delito imprudente¹⁵. Esto es irrefutable, pero la cuestión problemática del dolo eventual tiene que estar expresada en sentido inverso: ¿Se ajusta a la ley que un hecho más grave que el culposo y menos grave que el doloso, sea castigado con la pena de éste?

A mi juicio, la respuesta debe ser no.

Incluso hay otra cuestión que no debe soslayarse: la magnitud del ilícito, mayor en los casos de dolo eventual que en los de imprudencia, según quienes interpretan la ley de este modo, no debería derivar exclusivamente en que el autor haya advertido “una gran probabilidad de que se produjese el resultado” (dato interno) sino también de la mayor proximidad entre el riesgo y la lesión producto, justamente, de esa advertencia.

4.4. Teorías del riesgo y de la personalidad antisocial.

Durante las últimas décadas alguna doctrina ha renovado los esfuerzos para superar las dificultades que no pudieron sortear las teorías tradicionales.

Para hallar las notas distintivas del dolo eventual como especie del dolo y el camino que se ha elegido es el de elaborar un concepto unitario del dolo; un concepto valorativo del dolo, desprendido en lo posible de los componentes clásicos de conocimiento y voluntad.

Para ello una tendencia consiste en poner el acento en el concepto riesgo argumentando que existe no solamente la prohibición de lesionar el bien jurídico sino también la de crear una situación que lo ponga en peligro. Al sujeto se le imputa una acción a título de dolo eventual cuando reconoce la puesta en peligro del objeto de dicha acción o, como sostiene Jakobs, en ciertos casos, cuando se sobrepasa la medida que debe aceptarse aún en general como riesgo no permitido impuesto, si no se quiere impedir determinados ámbitos vitales¹⁶.

Considero que, como teoría, es insostenible: No solamente porque la ley positiva vigente marca la diferencia entre el riesgo y la lesión (art. 42 C.P.) sino porque el concepto conciencia del incremento del riesgo abarca la culpa con representación, que –si aceptase esta teoría del dolo eventual– desaparecería como categoría autónoma y directamente pasaría al terreno del dolo.

Otra postura actual consiste en tratar directamente como autor doloso a quien, más allá de la lesión misma que provoca, es un símbolo frente a la víctima y la totalidad de las víctimas potenciales¹⁷. Según esta manera de pensar

¹⁵ Gimbernat Ordeing, loc. cit., p. 258.

¹⁶ Ob, cit., p. 335.

¹⁷ V. las explicaciones que da Hassemmer, relacionadas con la interpretación de los conceptos que reflejan una disposición o tendencia anímica (Dispositionsbegriffe) ob. Cit., p. 227.

que, por supuesto, no comparto por las razones que ya llevo expresadas y porque no coincide con el Código Penal (y, más allá, enfrenta los principios consagrados por la Constitución argentina), al acto protagonizado se lo estimaría realizado con dolo eventual, por ser la expresión de una personalidad antisocial.

5. COLOFÓN

Llego al final de este aporte (no, obviamente, al final de mis reflexiones sobre el tema) retornando a un planteo inicial y enunciando cuál debería ser el razonamiento de aquella sentencia judicial que imaginé:

- a) Se produjo un hecho del que derivan muertes.
- b) Hay un hombre al que se le puede atribuir la autoría del suceso.
- c) El hecho encuadrará¹⁸:
 - En el tipo penal del homicidio doloso si el autor tuvo conocimiento y voluntad de matar a otro.
 - En el tipo del homicidio culposo si causó la muerte por haber violado el deber de cuidado.
- d) Ese hombre debe ser castigado teniendo en cuenta las circunstancias objetivas; entre otras, el daño causado y las subjetivas; entre otras, los motivos que lo llevaron a delinquir.

¹⁸ La adecuación típica no debe depender de lo que Gimbernat grafica (cuando rechaza la teoría del consentimiento), utilizando términos que él mismo califica como exagerados y prosaicos, de “si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona. En primer caso, se llegará a la conclusión de que habría dicho que sí a la causación del resultado antijurídico antes que renunciar al propósito que directamente perseguía. En el segundo caso, su aspecto bonachón inclinará a pensar que si el resultado se lo hubiera imaginado como cierto no habría actuado como lo hizo, con la consecuencia de que sólo podrá ser castigado por imprudencia” (loc. cit., p. 253).