

Dolo eventual y culpa con representación

(Problemas y consecuencias que traen aparejadas su distinción y su posterior aplicación en casos vinculados con el tránsito automotor)

POR GUSTAVO ADOLFO LETNER

Sumario: I. INTRODUCCIÓN — II. CONCEPTOS DE DOLO EVENTUAL Y CULPA CON REPRESENTACIÓN. — III. CRITERIOS DE DISTINCIÓN. — IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. — V. CONCLUSIÓN.

I

Introducción

El problema que se suscita al intentar distinguir la estrecha relación existente entre el dolo eventual y la culpa con representación o consciente es de vieja data.

No obstante el aporte que ha intentando hacer la dogmática para establecer distintos criterios de distinción, el problema asume aún hoy aristas conflictivas, sobre todo en el plano probatorio, por las dificultades que dicha apreciación presenta. Asimismo más ardua resulta ser la tarea del juzgador quien puesto a introducirse en el caso concreto traído a su conocimiento debe decidir por la elección de ese elemento subjetivo, tan sutil jurídicamente como el dolo eventual, y que para el juez requerirá, como bien nos enseñaba el propio JIMÉNEZ DE AZÚA, 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(1).

Y si bien resultará exigua la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación, no lo será la considerable diferencia punitiva que separa a ambas figuras 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

Conceptos de dolo eventual y culpa con representación

El dolo eventual significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella. El contenido del injusto del dolo eventual es menor que en el de las otras dos clases de dolo (dolo directo y dolo indirecto o de consecuencias necesarias), porque aquí el resultado no fue ni propuesto ni tenido como seguro, sino que se abandona al curso de las cosas. Pertenecen al dolo eventual, de un lado la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo, y de otro, la consideración seria de este peligro por parte del autor. A la representación de la seriedad del peligro debe añadirse además, que el autor se conforme con la realización del tipo. Se entiende por ello que se decida, para el logro de la meta de la acción que se propuso, por asumir la realización del tipo y soportar el estado de incertidumbre existente al momento de la acción(2).

El término dolo eventual de todas formas es reconocido por gran parte de la doctrina como incorrecto, ya que el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es “eventual”, sino por el contrario incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo. Únicamente la producción del resultado, y no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas(3). Sería por lo tanto más correcto hablar de un dolo, sobre la base de hechos de cuya inseguridad se es consciente. En la introducción habíamos mencionado la diferencia de índole punitiva que separa al dolo eventual con la culpa consciente y ello es así ya que quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido —y 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 y la que justifica su más severa punición—.

En la culpa con representación, el sujeto al realizar la acción, es consciente del peligro de la misma y del posible desenlace dañoso que puede ocasionar, pero no acepta su resultado sino que por el contrario confía en que mediante sus habilidades personales podrá evitar el mismo. Por supuesto que será reprochable su actitud negligente, pero su reproche será más atenuado ya que no se ha propuesto ir en contra de bien jurídico alguno.

Resulta por demás interesante la postura de BUSTOS RAMÍREZ quien ubica al dolo eventual dentro de los procesos que se quiere evitar que son propios de la culpa. El citado autor entiende que en realidad sólo existen dos procesos, unos que afectan directamente el bien jurídico y quienes lo transitan obran con dolo y aquellos en que una determinada actividad implica un riesgo especial para los bienes jurídicos y por eso se exige un cierto cuidado, que son denominados de culpa. No hay una tercera posibilidad. Quien realiza una acción mediante dolo eventual no actúa en dirección de lesionar un bien jurídico, sino que crea un alto riesgo contra el mismo, luego, si desaparece ese riesgo o probabilidad, no hay dolo eventual. Por tanto, el dolo eventual queda político-criminalmente dentro de los procesos que se quiere evitar y que son propios de la culpa(4).

III Criterios de distinción

El dolo eventual y la culpa consciente son conceptos que limitan en forma directa por lo que si logramos definir uno de ellos, podremos obtener una pauta que permita diferenciarlo de su parentesco tan cercano.

La doctrina ha elaborado distintas teorías que permitan alcanzar un criterio de distinción. De todas maneras, luego de una breve lectura y posterior análisis de cada una de ellas, se verifica que en la práctica todas arriban a las mismas conclusiones. Aquí enunciaré una breve síntesis de las teorías más desarrolladas por la dogmática:

La teoría del consentimiento

Esta postura 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 intencionalidad, por lo que al asemejar la intencionalidad con el dolo directo, no dejaría nada para el dolo eventual. Agrega el autor que 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 sermos 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 probabilidad

Esta teoría pone el acento en el elemento intelectual: el conocimiento. Lo decisivo para los partidarios de esta postura es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. 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. 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.

Como podemos apreciar las distintas teorías aquí expuestas se diferencian entre sí en que algunas resaltan la importancia del elemento volitivo del dolo y otros se conforman con el elemento intelectual del dolo: su conocimiento.

El principal reproche que se efectúa sobre la exigencia del elemento volitivo radica en que en su prueba, se examina la voluntad del autor en relación con el resultado, sin que se examine la relación de éste con su conducta, que es donde se genera el peligro.

Por su parte quienes parten del conocimiento del sujeto sobre la probabilidad de producción del resultado para apreciar de forma inmediata la presencia del dolo, asignan un pronóstico puramente intelectual de probabilidad el cual muchas veces no resulta posible efectuar en atención de que pocos sujetos reflexionan sobre grados determinados de probabilidad. Asimismo se arriba a un querer “presunto” que debería resultar ajeno al ámbito penal(5).

IV Análisis jurisprudencial

Resulta interesante revisar cuál ha sido la utilización que los tribunales le han dado a las distintas teorías brindadas por la dogmática al momento de aplicarlas en sus resoluciones, por lo que a modo de muestrario he seleccionado y extraído el siguiente material: vinculados todos ellos a accidentes de tránsito.

En la causa “A.” del 13/1/97 el imputado había sido condenado como autor penalmente responsable del delito de homicidio, aplicando lo que en doctrina se denomina dolo eventual. En oportunidad de ser analizada dicha sentencia por la sala V de la Exma. Cámara del Crimen, ésta modificó la calificación y por el voto de la mayoría el superior entendió que el caso en análisis debía ser encuadrado como homicidio culposo.

Como fundamento de esta postura el Dr. Mario Filozof dijo: “...Sostengo que para atribuir dolo eventual es menester tener la convicción plena que el nombrado se representó el resultado y lo ratificó por egoísmo u algún otro sentimiento antisocial. Para semejante conclusión no resultan suficientes los elementos objetivos, pues debe profundizarse en la mente del sujeto para determinar, sin hesitación, qué pasó por su imaginación...”. “...La frivolidad, indiferencia o despreocupación, son elementos no concluyentes...”.

Como se puede advertir el Dr. Filozof hace mención a la *indiferencia* como pauta de análisis, pero a su entender ésta no resulta del todo suficiente para delimitar la frontera que separa a ambos conceptos, se requiere obtener una ratificación plena del resultado por parte del autor.

El Dr. Valdovinos por su parte votó en disidencia y con cita de Núñez dijo que “...el ánimo reprochable que constituye el punto de apoyo del dolo ante la eventualidad del resultado puede ser el simple estado subjetivo de indiferencia ante la representación de la probabilidad de que ocurra el delito...”. De esta mención se puede inferir la adhesión a la teoría de la indiferencia ya mencionada, la que da como indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y por lo tanto ha actuado dolosamente(6).

En el fallo dictado el 31 de octubre de 1996 en la causa N° 315 “F.” del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 4 sumario en el que también se había calificado la conducta del imputado como constitutiva del delito de homicidio simple en concurso ideal con lesiones, resulta interesante resaltar parte de los considerandos del voto del Dr. Hipólito Saa en la que refirió: “...Considero que el imputado dada su condición de conductor autorizado del servicio público de transporte automotor, conocía más que cualquier otra persona en similares circunstancias, las normas de tránsito y que por lo tanto, tuvo la representación de los trágicos resultados en examen; que por su oficio supo que ese resultado era absolutamente probable y que actuó con dolo eventual toda vez que frente a esa representación del resultado, lo asintió el actuar como lo hizo...”

Aquí se desprende la adhesión a la teoría de la *probabilidad* ya que lo decisivo de la postura del Sr. juez por la adecuación hacia la conducta dolosa, resultó ser la alta probabilidad de producción del resultado que debió representarse el autor en virtud de su oficio, infiriendo su posterior consentimiento al no abstenerse de actuar como lo hizo. Asimismo y con cita del Superior del fallo “O., L.” rta. el 16/2/95 por la sala IV se sostuvo que “...frente a

su incontrolada y antirreglamentaria conducción del vehículo, el imputado no sólo tuvo que representarse el resultado de su acción como posible, sino también como probable y coadyuvó a él con indiferencia y temeridad como aportes subjetivos incidentes...”.

Esta última opinión coincide con la formulación *estricta de la teoría de la probabilidad* ya enunciada precedentemente que utiliza como criterio distintivo entre el dolo eventual y la culpa consciente la representación probable o posible respectivamente por parte del autor.

Cabe señalar que los votos de los restantes miembros del Tribunal, doctores Amaral y Luna propiciaron la calificación más benigna del homicidio culposo pero no por descartar la toma de posición por la teoría de la probabilidad sino por considerar que el sumario evidenciaba un déficit probatorio —en el caso concreto no dieron por probada la violación de una señal lumínica por parte del imputado— que inclinaba la balanza a favor de una calificación de culpa grave.

En un reciente fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 15 en la causa Nro. 506, “D.” del 22 de febrero de 1999, también se resolvió adecuar la conducta del imputado como constitutiva del delito de homicidio culposo, no obstante su calificación primaria ensayada por la Sra. fiscal de instrucción, doctora Gladys Romero en la que propició el encuadre como dolo eventual.

En oportunidad de solicitar la elevación a juicio del sumario mencionado la representante del Ministerio Público en su apartado referido a la calificación legal expresó: *“En efecto hay dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no busca, pero que consiente en producirlo... En el caso concreto tenemos a D. conduciendo por una avenida a gran velocidad, consciente del peligro que acarrea, sobretodo cruzando una bocacalle sin disminuir la velocidad y aceptándolo, porque su único fin era llegar rápido a su casa, sin importarle de la vida de quien se cruzase en su camino, lo que implica desprecio por la vida humana...”.*

Es dable apreciar aquí que antes de hablar de resultado se hace hincapié en la *consciencia del peligro*, lo que permitiría enrolar su posición dentro de la denominada *teoría del Riesgo de Frisch* para quien el *dolo eventualis* se conformaría por el mero conocimiento del riesgo no permitido. Aquí no resulta necesario elemento volitivo de ninguna clase. Únicamente el conocimiento del riesgo justificaría la más severa punición del dolo(7).

Posturas al margen, al momento de considerar la calificación del hecho, el Tribunal se apartó de la figura del homicidio simple y adecuó la conducta de D. en las previsiones del art. 84 del cód. penal. En su argumentación sostuvo que si bien el imputado cruzó la bocacalle a una velocidad aproximada de 60km/h sin disminuir la velocidad, a consecuencia de lo cual creó un peligro que era previsible o debió preverlo, esto solo no bastaba sino que además debió aceptar la posibilidad del resultado muerte para que se pueda afirmar que obró con dolo eventual. Este último extremo a criterio de los jueces no fue probado.

Así, si nos atenemos a lo dicho por el Tribunal, es dable presumir que para delimitar la frontera existente entre el dolo eventual y la culpa consciente adhieren a la *teoría de la aprobación*. Lo esencial para esta última es la aceptación interna del resultado por parte del autor. Lo dificultoso será su prueba.

Y tan dificultoso resulta ello como oportuno mencionar que durante la etapa preparatoria del sumario “D.” le fue solicitado al Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional —fiel a lo que enseñaba LUIS JIMÉNEZ DE AZÚA— un examen pericial con el objeto de indagar en la mente del imputado y establecer las motivaciones y las representaciones mentales que pudo haber tenido al momento del hecho —tal como lo aconsejaba—. Y los galenos dieron una respuesta a mi entender de indudable valor que se aleja de los tintes dogmáticos pero se acerca a la realidad: *“...la Psiquiatría no tiene forma de saber qué pensamientos, exactamente, estuvieron presentes en la conciencia de un individuo, en un momento dado. Las conjeturas o inferencias que puedan hacerse a través del simbolismo de ciertos rendimientos verbales o conductuales, son muy importantes para avanzar en el conocimiento de la estructura de la personalidad, pero no son demostrables. Por lo tanto, no tienen valor probatorio concreto y pragmático...”.* *“La única forma de saber qué pensaba un sujeto en el momento del accidente (más específicamente, si se estaba representando el peligro de su accionar) sería que él mismo nos lo dijera, y además, saber que nos está diciendo la verdad...”.*

V Conclusión

De lo expuesto cabe concluir que las distintas teorías que se ocupan de marcar la distinción entre culpa consciente y

dolo eventual se diferencian entre si por prevalecer en algunas el elemento volitivo y en otras el intelectual.

El núcleo central de las críticas que le efectúan a éstas es que la mayoría arriba a considerar la aceptación del resultado por parte del autor por meros indicios y presunciones, tomando como punto de referencia más próximo la voluntad de éste en relación al resultado, en vez de ponerlo en consideración con la conducta misma del sujeto, máxime si queremos propiciar un derecho penal de acto, al cual adhiero, en donde prevalezca el disvalor de la acción, apartándonos de criterios meramente resultadistas.

Sentado ello es que vale resaltar que la toma de decisión por una u otra calificación —dolo eventual o culpa con representación— va a llevar ínsito una extrema dificultad probatoria que me arriesgo a decir, será de casi imposible verificación —basta para ello recordar el dictamen de los médicos forenses mencionado en este trabajo—, pues sólo podrá ventilarse tan ardua incertidumbre con la propia confesión del imputado. En cuanto a la toma de decisión por parte del los órganos jurisdiccionales, entiendo que habrá que ser muy cautos con cada caso traído para su resolución, en razón de la ostensible diferencia punitiva que separa la figura dolosa de la culposa correspondiendo descartar de plano la figura más gravosa en caso de duda.

Con más razón si el hecho a examinar versa sobre cuestiones vinculadas al tránsito automotor, más aún debemos extremar los recaudos para no caer en situaciones que eleven el resultado al nivel de una responsabilidad objetiva, no obstante la caótica situación que vive el tráfico de esta ciudad, ya que de lo contrario, correremos el riesgo de caer en la aplicación de sanciones de orden ejemplificador que pretenden satisfacer el “clamor popular” pero tal vez alejadas de la verdad histórica, destino preciado que ninguna decisión judicial del proceso penal debe abandonar.

(1) JIMÉNEZ DE AZÚA, LUIS, *La ley y el delito*, pág. 368.

(2) JESCHEK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*.

(3) CLAUS, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, t. I.

(4) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, 3a ed.

(5) CLAUS, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, t. I; M. COR COY BIDASOLO, *El delito imprudente, criterios de imputación del resultado*.

(6) JPBA, 96-293/294.

(7) FRISCH, 1983, 97 s.

