

## Dolo eventual-Culpa con representación. Una violación al Principio de legalidad

Valeria Paula Cosmai<sup>1</sup>

Universidad Nacional de Mar del Plata

—Donde entra la fuerza, la razón sale por la ventana —

*O existe dolo (y el dolo es solo directo) o existe culpa. No son necesarias categorías intermedias que forman nuevas clases de tipos abiertos que violan el principio de legalidad*

*(Alberto Binder)*

### I.- Introducción

La distinción entre dolo eventual y culpa consciente (o con representación) está en primer lugar, discutida. Incluso para aquellos que la sostienen, resulta difícil de explicar y sobre todo de aplicar en la práctica. Pues, aun siguiendo la teoría de la voluntad<sup>2</sup> -para cuyos defensores la diferencia estaría dada en la predisposición psíquica del autor-, se requiere indagar en la voluntad interna del mismo, algo que para muchos no solo resulta imposible sino ajeno al Derecho.<sup>3</sup>

El presente trabajo tiene como objeto analizar jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal provincial, a fin de conocer cómo se ha ido aplicando la figura del dolo eventual, en relación a la llamada culpa con representación. El objetivo es problematizar la aún vigente discusión doctrinaria sobre la diferencia tan sutil entre ambas figuras (que, sin embargo, tienen diferencias sustanciales en la aplicación de la pena), y relevar cómo es receptada por los tribunales superiores.

---

<sup>1</sup> Abogada por Universidad Nacional de Mar del Plata, con mención de honor. Master en Criminología y Sociología Jurídico Penal Facultad de Derecho UNMDP y Universitat de Barcelona. Actualmente cursando la Especialización en Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la UNMDP. Integrante del Grupo de Investigación "Crítica Penal" de la misma Facultad. Relatora del Juzgado de Responsabilidad Juvenil Nro 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata.

<sup>2</sup> Dolo como "querer" y "saber" el hecho (Puppe, Ingeborg, "La distinción entre dolo e imprudencia", Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 44; Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 404).

<sup>3</sup> Bustos Ramírez sostiene que la posibilidad de aceptar o rechazar la posibilidad de producción del resultado se acerca mucho a una disposición interna o elemento de ánimo que, de ser tal, no puede convertir a la culpa en dolo (Política criminal y dolo eventual. Juan José Bustos Ramírez. Revista Jurídica de Catalunya, ISSN 1575-0078, Vol 83, Nro 2, 1984, p. 309-328).

Concretamente, trabajaré con fallos de las distintas Salas del Tribunal de mención, en un lapso de diez años, desde el año 2009 al 2019. Así, el trabajo se orienta en dos direcciones. Por un lado, en el análisis del concepto teórico de dolo eventual y de su diferenciación con la culpa con representación, desde el enfoque dogmático de las distintas posturas doctrinarias; y por el otro, un análisis documental de sentencias judiciales a fin de vislumbrar si ambas figuras siguen vigentes en nuestro tribunal de Casación, o su distinción solo sobrevive en las discusiones doctrinarias.

Por último, intentaré delimitar dichos conceptos particularmente en el ámbito de homicidios cometidos con motivo de accidentes de tránsito de particular gravedad, donde dicha discusión dogmática se acentúa, procurando establecer criterios de diferenciación eminentemente prácticos.

Finalmente, siguiendo la sugerencia de Howard Becker (2014), narraré en primera persona y utilizando los verbos en voz activa. Así el personaje del relato que se está contando será el sujeto del verbo. *“Las oraciones que nombran agentes activos tornan más comprensibles y creíbles nuestras representaciones de la vida social”* (p. 106-107).

## **II.- Conceptos de dolo eventual y culpa con representación. Breve reseña del marco normativo**

Como es sabido en el Código Penal Argentino no existen definiciones expresas de dolo ni de culpa<sup>4</sup>. Por ende, la creación de tales conceptos es doctrinaria y su aplicación pretoriana.

El profesor Luis Fernando Niño agrupa dos grandes puntos de vista en la doctrina penal argentina: la primera postura tradicional que buscó construir el concepto de dolo, fue en el art. 34, inc. 1 del CP, basado en conocimiento del hecho y comprensión de la criminalidad. Aunque esta postura -propia del Causalismo- se refiere a la imputabilidad por lo cual resultaría equivocado desprender de allí la definición de dolo.

Por otro lado, la postura más acertada según el mismo autor, es la de Eugenio Raúl Zaffaroni, quien encuentra al dolo en la fórmula de la tentativa del art. 42 de nuestro Código Penal, *“el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución...”*, el elemento protagonista sería el “fin”.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> A diferencia de los Códigos Penales de la República de Cuba o el portugués. Ver “El Derecho Penal en tiempos de cambio”. Seri. Cs Penales y Criminológicas. Junio de 2016. 8. Libro homenaje al profesor Luis Fernando Niño. Coordinador Dr. Arnel Medina Cuenca. Universidad de La Habana Facultad de Derecho-Ed. Unijuris- ISBN 978-959-7219-38-5).

<sup>5</sup> El mismo autor encuentra que no es lo mismo actuar con el fin de cometer un delito determinado que obrar conformándose simplemente con una consecuencia -representada pero apenas posible- de la conducta abordada o asumiendo el riesgo de su hipotética producción. (Niño, Luis Fernando. Una

Así las cosas, nuestra doctrina mayoritaria ha distinguido tres clases de dolo:

- **Dolo directo o de primer grado.** Abarca la conducta de quien busca ocasionar la lesividad típica. El autor realiza el tipo objetivo con intención, siendo indiferente que sea un fin en sí mismo o un medio para lograr otros objetivos.
- **Dolo indirecto** (también llamado de segundo grado o de consecuencias necesarias) el que se presenta para obtener una determinada finalidad y se utilizan medios que el autor sabe producirán otro resultado colateral. El resultado típico es la consecuencia necesaria de la lesividad buscada como meta o de segundo grado (Gustavo L. Vitale. 2013).
- **Dolo eventual.** Finalmente nos encontramos con la tercera categoría que es el objeto de estudio de este trabajo y que muchos autores ven como una forma de culpa grave (Vitale, Bustos Ramírez, Luis Niño). Quienes lo explican cómo forma dolosa, lo definen como la producción indiferente de un resultado típico, que el autor se representó como posible.

Desde la teoría de la voluntad ya mencionada, toda forma dolosa requiere un elemento volitivo, por lo que el dolo eventual participa de las mismas características del dolo directo, con la única diferencia de que el resultado no es de producción necesaria (Righi, Esteban. 2016). Así, esta teoría debió distinguir al dolo eventual de la culpa consciente, radicando la distinción en la diversa actitud o predisposición psíquica del sujeto en relación al resultado probable<sup>6</sup>. Y es esta problemática distinción lo que constituye el objeto de este trabajo.

El dolo eventual, en tanto especie del género dolo, supone el siguiente patrón de conducta: existe en el agente una representación del resultado típico con cierto grado de probabilidad o posibilidad de que se realice, y no obstante esta circunstancia, el agente se dispone a seguir adelante con su conducta inicial. Es decir que es consciente del riesgo creado con su conducta y de la eventual lesión a bienes jurídicos ajenos, y esta circunstancia (de entidad suficiente), no lo disuade en su accionar y, por el contrario, sigue adelante con su plan de acción previsto (Núñez, 1999).

---

oportunidad para erradicar el llamado "Dolo eventual" del Código Penal Argentino. Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. ISSN: 2531-1565 p. 18.)

<sup>6</sup> La doctrina contemporánea propone un concepto unitario de dolo basado en el conocimiento del peligro concreto del autor en el momento del hecho (Frist, Helmut, Derecho Penal..., pag. 224 y ss.; Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, cit. p. 324: Problemas actuales del dolo. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, ps. 63 y ss). *"Como la representación del resultado probable conlleva conocimiento, se considera que hay dolo eventual cuando en el momento del hecho, el autor aprecia que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de su obrar... siendo irrelevante cualquier indagación sobre su actitud anímica interna, como también si se esforzó en evitar el resultado lesivo"*. (Righi, Esteban. Derecho Penal. Parte General. Segunda edición actualizada. Abeledo Perrot. P.274. 2016). La adopción de la teoría de la representación implica la eliminación de la culpa con representación, expandiendo el ámbito del dolo eventual.

Tenemos entonces que el conocimiento de la probabilidad de que se produzca un resultado lesivo, y que pese a dicha circunstancia, el agente prosiga con su plan de conducta constituye un elemento característico del dolo eventual.

Hay dolo eventual entonces, cuando el autor dirige incondicionalmente su voluntad a alcanzar un resultado que considera consecuencia posible de su acción<sup>7</sup>

En contraposición con esta categoría normativa, se encuentra la culpa consciente o con representación. En este caso, el sujeto también se representa la posibilidad de producir el resultado pero obra con la creencia de que el mismo no va a producirse. De manera que la distinción queda radicada en *“la diversa actitud o predisposición psíquica del sujeto en relación al resultado probable”* (Righi, E. 2016); quien actúa con culpa lo hace esperanzado de que el resultado no se producirá (aun cuando se lo presenta como posible) y quien lo hace con dolo eventual, advierte la posibilidad del resultado y le resulta indiferente.

Es decir que en la culpa con representación también hay en el agente una representación del resultado, una posibilidad real y concreta de realización del tipo objetivo, pero confía en sus cualidades personales y en que el resultado no se producirá.

Así, y ya adelantando mi postura, resulta evidente la crítica que puede realizarse a esta teoría: señalar a la indiferencia como elemento decisivo para delimitar conceptualmente al dolo eventual conduce a enjuiciar la personalidad del autor y no su acción. Además, desconoce que lo trascendente para determinar el conocimiento del peligro concreto del autor en el momento del hecho es la decisión del autor en contra del bien jurídico protegido, y no con qué sentimientos, deseos, o esperanzas hubiere actuado<sup>8</sup> (Hava García, 2003; Roxin, 2007).

El problema de carácter práctico de la teoría de la voluntad, estriba en la dificultad que supone descifrar objetivamente, la actitud interna del autor del hecho, cuya captación por terceros podría no ofrecer tales indicios.

Para Eugenio Zaffaroni (2014, p. 406, 407), los límites entre el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual o indirecto, son teóricamente claros; en el primero el resultado se representa como necesario, en tanto que en el segundo

---

<sup>7</sup> Cfr. Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán... cit, p. 100; MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal ..., t.I., p. 315, MAURACH Reinhart-Zipf, Heinz, Tratado de derecho penal..., t.I., p. 386, Hans, Tratado de derecho penal, p. 269; JESCHECK, Hans-Weigend, Thomas, Tratado..., t. I, p. 321; Stratenwerth, Gunter

<sup>8</sup> Corriendo el grave riesgo de caer en un Derecho Penal de autor: *“La doctrina penal comparada, al referirse al tema del dolo eventual luce insatisfactoria, globalmente considerada, por dos motivos opuestos: los autores enrolados en las que se dan en llamar teorías volitivas incursionan en la búsqueda de criterios que les permitan distinguir entre un proceder indiferente y uno confiado en la evitación del resultado típico, recalando en distinciones más propias de un Derecho Penal de ánimo o de autor que en las que corresponden a un Derecho Penal liberal de acto y de responsabilidad”*. (Niño, Luis Fernando. Una oportunidad para erradicar... ob cit.).

solo como posible... En conclusión, habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es conocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado. Esta posibilidad (la de colisionar con otro vehículo, la de contagiar la sífilis), considerada por el agente como parte del plan, distingue el dolo eventual de la imprudencia consciente.

*"Cabe memorar que "Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo y recae sobre los elementos del tipo sistemático objetivo (incluyendo los elementos normativos de recorte) y también sobre los imputativos del tipo conglobante" (Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A., 2014, pág. 495).*

Núñez (1999) por su parte, entiende que el dolo eventual se configura toda vez que el autor asiente la realización del hecho que prevé como probable; en otros términos, lleva adelante la conducta menospreciando las eventuales consecuencias del resultado típico que se presenta como probable.

Señala este autor: *"El ánimo caracterizante del dolo eventual puede ser ya el simple estado anímico de la sola indiferencia ante la representación de la probabilidad de que ocurra el delito". En lugar de ello, en la "culpa consciente (...)" el autor se decide a obrar solo por su esperanza de que el delito no suceda". (Vitale, Gustavo L., ob. cit. p. 27):*

En concordancia, algunos autores afirman que el dolo eventual se configura cuando el autor del hecho aceptare, asintiere, tomare a su cargo o despreciare las probables consecuencias del hecho típico, qué si bien no quiere causar de modo directo, conoce la probabilidad efectiva de que suceda.

Resulta interesante la postura de Roxin, quien, si bien está a favor de la existencia del dolo eventual como categoría autónoma, advierte que la eventual aprobación o indiferencia ante un resultado típico, constituye más bien un indicio o pauta importante para la medición de la pena, pero nada aporta para la determinación del dolo en la conducta. En efecto, aquello es solamente un indicio de que el sujeto se ha resignado al resultado típico probable. Así, la sola existencia de una acción de evitación, no puede ser suficiente para excluir el dolo, cuando ni el propio sujeto confíe en su éxito y siga actuando a pesar de ello.

Tal postura manifiesta una crítica directa a Hassemer, quien se refiere a la "evitación". Así, Roxin señala: *"Y aunque Hassemer enfatiza que: «El dolo es la decisión a favor del injusto», también dice: «Quien conoce todas las circunstancias perjudiciales y pese a ello actúe, no será escuchado cuando afirme que esto no se corresponda con su 'decisión'». Y también para*

*la jurisprudencia, en lo fundamental, rige lo mismo*". (Roxin, C., 2006. La teoría del delito en la discusión actual. p. 171).<sup>9</sup>

*"Resumo de la siguiente manera: la delimitación del dolus eventualis en relación con la imprudencia consciente no puede prescindir de parámetros normativos de valoración. Pero el sustrato de su valoración no puede limitarse a determinada representación de peligros. Más bien, el juicio sobre si el autor -así sea bajo una emergencia y de manera eventual- se ha decidido en contra del bien jurídico protegido, tiene que ser emitido considerando todos los elementos objetivos y subjetivos de los hechos, relevantes para la actitud de dicho autor"* (Roxin, ob. cit. p. 190).

*"Concurrirá, pues, dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción"* (Jakobs, Gunter. 1997. p 823).

Para Soler, por su parte, *"actúa con dolo eventual quien ha obrado, pero no con el deliberado propósito de producir cierto efecto, sino solo manteniéndose en una actitud de indiferencia ante la posibilidad de producirlo o no producirlo (Soler, p. 97). En cambio, obra con "culpa consciente" cuando el evento es previsto como posible, pero no es querido y, además, el sujeto espera que no ocurrirá o que podrá evitarlo (Soler, p. 135)"* (Vitale, Gustavo, 2013. ob. Cit. p. 27).

Finalmente, para autores como Fontán Balestra, el dolo eventual es el escalón más bajo de la culpabilidad dolosa *"(...) La teoría del asentimiento resuelve la cuestión exigiendo como requisitos la previsión de la posibilidad del resultado y el asentimiento en él: no habrá responsabilidad dolosa sin que un resultado haya sido previsto en el momento de la acción, cuando menos como posible. Pero esto solo no es suficiente; se requiere, además, que se haya asentido en él"*. (Fontán Balestra, p 358).

En este punto intenté mencionar brevemente la postura de los principales autores que están a favor de la existencia del dolo eventual como categoría autónoma, con todos sus matices e innumerables teorías. A continuación, mencionaré a los autores que consideran al dolo eventual como una ficción violatoria de principios constitucionales.

---

<sup>9</sup> Claus Roxin se refiere a la **decisión en contra del bien jurídico**: para este autor, lo esencial de las tres clases de dolo es el plan previo. En consecuencia, un resultado ha de considerarse doloso, cuando se corresponda con el plan previo del sujeto, valorado objetivamente. Así, quien incluye en sus cálculos como posible la realización de un tipo sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido en contra del bien jurídico protegido. Esta decisión en contra del bien jurídico es lo que distingue en su contenido de disvalor al dolo eventual de la imprudencia consciente y que justifica una más severa punición. El dolo es la realización de un plan, la imprudencia es sólo negligencia o ligereza (Pierrestegui, 2007, p.11).

## **El dolo eventual como creación dogmática en perjuicio del imputado**

Sin embargo y si bien es la postura mayoritaria, no toda la doctrina está a favor de la existencia del dolo eventual como categoría individual dentro del dolo. Existen doctrinarios, cuya postura comparto, que consideran que el dolo eventual no existe (entre los locales: Alberto Binder, Mariano Gutiérrez, Luis Niño, Gustavo Vitale).

Pues, en el delito doloso, el autor persigue un fin prohibido y en el culposo, el resultado es producto de la violación de un deber de cuidado por parte del agente. Teniendo en cuenta que, en el dolo eventual, a diferencia de las otras especies de dolo, el autor no persigue un fin prohibido, la doctrina ha procurado justificar la existencia del dolo eventual apelando a diversos argumentos: la aceptación del resultado, la indiferencia, la posibilidad o probabilidad de producción del resultado, conduce a considerar al dolo eventual como una —creación dogmática en perjuicio del imputado (Tenca, Adrián M., 2010).

Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (1999), parten del mismo razonamiento: el dolo es conocer y querer la realización típica. En el dolo eventual no sólo falta el elemento volitivo que la doctrina pretende suplir (sea mediante el consentimiento o la probabilidad), sino que también falta el conocimiento de la realización. Dicha representación del resultado no puede equipararse al conocimiento efectivo de la realización típica que requiere el dolo, por ejemplo, saber que se está matando a otro en el caso del homicidio simple. La mera probabilidad, no puede identificarse con el conocer y el querer del dolo. Por ello, es que coinciden en sostener que la estructura teórica del dolo eventual se corresponde más bien con el delito culposo (Bustos Ramírez, Hormazábal Malarée, 1999).

Por su parte, Gustavo Vitale se refiere al dolo eventual como una categoría contradictoria, desigualitaria y al margen de la ley (Vitale, 2013, p. 31).

*“En verdad, se trata de una categoría conceptual contradictoria en sí misma, ya que “dolo” significa obrar deliberado o intencional..., mientras que “eventual” quiere decir aquello que puede o no existir, ya que está sujeto a ciertas circunstancias, que es incierto, inseguro, fortuito... la defensa de este modo de actuación como una conducta dolosa no solo resulta incompatible con el significado de la palabra dolo y con el texto de la ley, sino lo que es peor, da lugar a una consecuencia inaceptable desde todo punto de vista: la aplicación, para los casos que comprende, de la severa escala penal prevista en la ley para los delitos dolosos”.* (Vitale, ob. cit., p. 31/2). Para este autor el dolo eventual atenta contra los principios de legalidad e igualdad ante la ley.

Finalmente, Luis Niño señala: *“Si no se quiere abandonar al arbitrio del Juzgador la resolución de aplicar una pena drásticamente más elevada que otra, renunciando a la caracterización literal del dolo como “voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de*

*su ilicitud” para transformarlo en mero conocimiento o –aún- en posibilidad de conocimiento, parece criterioso y, sobre todo, respetuoso de la consideración del Derecho Penal como ultima ratio de la actividad estatal, establecer la categoría de culpa temeraria, como forma cualificada, en el panorama general de los delitos culposos, y archivar lo que, por falta de sustantivo, es un adjetivo sin soporte, sostenido por intuiciones de los teóricos vestidas de argumentos racionales y bienvenido por los magistrados de sesgo autoritario, que ven simplificada su tarea cotidiana”.<sup>10</sup>*

Un dato a destacar es que el Anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2013, se enrola en esta postura y solo admite el dolo directo.

Así se señala en la Exposición de motivos: “... los delitos solo pueden ser dolosos o culposos (intencionales o por imprudencia o negligencia), quedando claro al mismo tiempo que el texto no admite ningún género de crimen culpae, o sea, que los delitos por negligencia o imprudencia sólo se penan cuando están expresamente previstos, lo que evita absurdos tales como considerar robos o violaciones culposas”.

“La exigencia de que en el dolo la voluntad debe ser directa tiende a resolver un problema que ocupa a la doctrina desde hace más de un siglo y que no ha tenido solución satisfactoria hasta el presente: el llamado dolo eventual”.

“Además, debemos destacar que el concepto de dolo eventual puede ser manipulado en cualquier tipo penal, o sea que, lo que se ha puesto de manifiesto con su juego arbitrario en el homicidio y las lesiones, puede extenderse a cualquier ámbito de la materia punible, con alcances tan insospechados como intolerables: estafas, hurtos, delitos sexuales, etc.”.

“Por tales razones se propone eliminar el concepto y en los tipos culposos volver a la vieja fórmula de Fauerbach -fuente e inspiración de Tejedor- y distinguir, según la gravedad de la norma de cuidado infringida, entre una culpa simple y una temeraria, con una penalidad mayor para esta última...”.

Siguiendo el objeto de este trabajo, analizaré a continuación ocho fallos del Tribunal de Casación Penal Provincial, seleccionados en la década que va desde el año 2009 hasta el 2019, a fin de analizar la aplicación de ambas figuras en las sentencias judiciales y su evolución en la última década.

---

<sup>10</sup> “Una oportunidad para erradicar el llamado “dolo eventual” del Código Penal argentino. Luis Fernando Niño. Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. ISSN; 2531-1565. 2017. [www.ejc-reeps.com](http://www.ejc-reeps.com). Y XIX Encuentro de Profesores de Derecho Penal. IX Jornadas Nacionales de Derecho Penal en homenaje al Profesor Dr. Esteban Righi. “Cambiando paradigmas: reforma penal, violencia de género y régimen penal juvenil”. 26 y 27 de septiembre de 2019. Facultad de Derecho de la UNMDP. Mar del Plata.



### III).- Análisis de fallos del Tribunal de Casación Penal Provincial:<sup>11</sup>

#### Caso 1) “AJL s/ Recurso de Casación”. Causa 8413.

Sala III. Dres. Borinsky-Violini. Año 2009

Sentencia apelada: El Tribunal Oral en lo Criminal Nro 6 de San Martín condenó a JLA a cinco años y seis meses de prisión por ser autor de robo doblemente calificado por el uso de arma y por las lesiones graves resultantes.

Características del hecho: VS, RS y ML fueron interceptados por cuatro personas con el fin de despojarlos de dinero y ante la negativa de éstos y el intento de huida, fueron perseguidos y agredidos con piedras, impactando una en la cabeza de VS y otra en el rostro de RS, ocasionándoles lesiones de carácter graves.

Posición dogmática: A continuación, extracto algunos párrafos del voto del Dr. Borinsky:

*“Tal como expresa el veredicto, el imputado actuó con dolo, conociendo que el hecho de tirar piedras hacia las víctimas poseía poder vulnerante para producir los resultados mencionados. El dolo eventual no se excluye simplemente por la esperanza de que la lesión no se vaya a producir o porque no haya sido deseada por el autor” (Vamos a ver más adelante que este párrafo se repite en numerosos pronunciamientos).*

Y continúa: *“Hay lesión con dolo eventual, en quien arroja piedras hacia las víctimas, con un medio que racionalmente puede lesionar y lesiona... Es más, no solo hay que concluir con apego al buen sentido y la lógica que el acusado aceptó el resultado eventual, sino que hizo todo lo necesario para que el fin perseguido se produjera, como en definitiva se sucedió, y que lleva a la decadencia del motivo...”.*

Sentencia: se rechaza el Recurso interpuesto y confirma la sentencia apelada.

#### Caso 2) “CIN s/ Recurso de Casación”. C. 16.599

---

<sup>11</sup> Decidí trabajar con relevo de casos porque la opinión ampliamente mayoritaria es que la metodología de la ciencia empírica no puede prescindir de alguna dosis de inductivismo. Y si bien no se puede probar de manera concluyente que una hipótesis defendida en un trabajo sea verdadera porque las justificaciones inductivas –siempre parciales y, por lo tanto, falibles- no permiten alcanzar semejante resultado, vale aclarar que ningún procedimiento permite alcanzarlo. Aún así, la opinión ampliamente mayoritaria es que la metodología de la ciencia empírica no puede prescindir de alguna dosis de inductivismo (y hasta el propio Popper, quien sostiene que no es posible justificar inductivamente la aceptación de una hipótesis, se vio obligado a reconocer que en su propuesta metodológica se había filtrado un “soplo” de inducción). Comesaña, Manuel. Apuntes de Epistemología. Material otorgado en la Especialización de Derecho Penal UNMDP.

Sala II, Dres. Celesia-Mahiques. 30/03/2010

Sentencia apelada: La Sala I de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Mar del Plata resolvió, con fecha 6 de abril de 2004, en la causa N° 49.368, condenar a C. I. N. a la pena de ocho años de prisión y diez años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores, accesorias legales y costas, por haber sido hallado autor penalmente responsable del delito de homicidio y lesiones graves en concurso ideal.

Características del hecho: C.I.N conducía a exceso de velocidad sobre la Av. Juan B. Justo de la ciudad de Mar del Plata, la cual se estimó entre 88 y 91,08 km/h luego de accionados los frenos, y, a su vez, trasvasó dos semáforos en rojo, efectuó maniobras en curvatura y circuló de contramano, para finalmente atropellar a dos personas a quienes les produjo la muerte.

Posición dogmática: La Defensa expresó su agravio en cuanto a la calificación legal de la siguiente manera:

*“II- Como segundo motivo casatorio alegaron los defensores la errónea aplicación del art. 79 del C.P. en que habría incurrido el Tribunal al tener por acreditado el elemento subjetivo de esa figura... Sostienen que el propósito que animó la dinámica supuestamente desarrollada por el acusado no fue la de acabar con la vida de R. M. H”.*

Consideran además que se hace imprescindible llegar a la sutil y difícil distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente.

*“Luego de algunas referencias dogmáticas, afirman que se incurrió en absurdo valorativo al determinar los hechos, puesto que las personas intentaron un cruce, pero ‘en diagonal’ y, además, ‘no’ estaba expedito el paso por la presencia cercana de vehículos en uno y otro sentido de circulación. Considera que, si se tiene en cuenta que el accidente se produjo durante la noche, que sólo dos personas fueron embestidas y que la velocidad del vehículo embistente estaba excedida entre 28 y 31 km/h, puede sostenerse sin hesitación que el aparente acusado obró de forma imprudente basado en “la confianza” de que ese resultado mortal no se produciría”*

El agravio no puede ser favorablemente atendido, voto del Dr. Celesia:

*“El tribunal de origen acreditó razonadamente el aspecto subjetivo de los tipos penales enrostrados al imputado N., previstos en los arts. 79 y 90 del C.P., a nivel del dolo eventual, habiendo afirmado para ello, con suficiente solvencia probatoria, que el automotor fue guiado de tal manera que era no solo previsible sino, además, inevitable la producción de la muerte*

*de quien se interpusiera en su trayectoria. Las consecuencias ilícitas enrostradas, consistentes en la muerte de R. H. y las lesiones graves a S. A. G., se produjeron por la elevación de riesgos permitidos introducida por N., quien no solamente conducía a exceso de velocidad sobre una avenida, la cual se estimó entre 88 y 91,08 km/h luego de accionados los frenos, sino que, a su vez, trasvasó dos semáforos en rojo, efectuó maniobras en curvatura y circuló de contramano hasta atropellar a las víctimas”.*

*Y continúa: “Coincido con él a quo en punto a que la sumatoria de los extremadamente graves riesgos elevados por el autor impide, desde un plano objetivo y ex ante, ponderar la viabilidad de introducción de una conducta evitativa del resultado representado como posible, lo cual excluye de la psiquis del sujeto activo la culpa con representación. La confianza en la evitación, exigida como elemento estructural de la culpa con representación, debe ser confirmada por datos objetivos, los cuales no han aparecido en el caso de autos”*

*“En el marco de una circulación vehicular a exceso de velocidad, infringiendo sistemáticamente las órdenes de alto de las luces rojas de los semáforos, efectuando maniobras en curvatura e invadiendo la mano contraria, no parece posible que pueda evitarse el resultado de lesionar o matar a un peatón que cruce la acera, máxime, cuando éste se encuentre, como en el supuesto de autos, habilitado para ello en virtud de la ausencia de otros vehículos circulando al momento de iniciar el paso”.*

*Para finalizar señalando que: “El dolo eventual presupone necesaria y suficientemente que la voluntad del autor cree un peligro no permitido y no controlado. Así pues, los hechos probados permiten abastecer, tanto el riesgo serio de lesión de bienes jurídicos como su aceptación, requeridos por el dolo condicionado que prevén, en el plano subjetivo, las figuras penales de lesiones graves y homicidio por las que N. fuera condenado”.*

Sentencia: Se rechaza el Recurso de Casación.

### **Caso 3) “K.S.E y M.R.R s/ Recurso de Casación”. Causa 68.404.**

Sala VI. Dres. Maidana-Natiello. 29/10/2015

Sentencia apelada: La Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías de San Isidro resolvió revocar el fallo de primera instancia dictado por el Juzgado de Garantías Nro 2 de dicha Jurisdicción, en lo relativo a la calificación legal, la que se estableció en el delito de lesiones culposas gravísimas (art. 94, 2do párrafo CP) respecto de RRM y lesiones culposas gravísimas en concurso real con falsificación de instrumento público respecto de SEK y sobreesayó a las mencionadas.

Característica del hecho: se realiza una transfusión a un niño con sangre infectada con HIV. Se imputa a M. Médica a cargo del servicio de hemoterapia del Hospital Magdalena de Martínez y a K., Técnica superior en hemoterapia.

Posición dogmática:

Con cita de Roxin el Dr. Maidana señala: *“la 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 (cfr. ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, t.I., trad de la 2da edición alemán por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Cnledo y Javier de Vicente, Remesal, Madrid, Civitas, 1997, 12, Nm 23).*

*Pero, “... el concepto de decisión, como todos los conceptos jurídicos, no ha de enjuiciarse como puro fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos. A quien le es completamente indiferente la producción de un resultado percibido como posible, le da exactamente igual su producción que su no producción. En tal actitud se encierra ya una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos (ROXIN, ob. Cit., 12, Nm. 30); por ello, “quien cuenta con la posibilidad de un resultado típico y, a pesar de todo, ello no le hace desistir de su proyecto, se ha decidido así - en cierto modo mediante actos concluyentes- en contra del bien jurídico protegido” (Ibíd).*

Y continúa: *“y, entonces, si se contaba con el dato apuntado por alguna razón no se siguió el protocolo indicado, las profesionales imputadas -en función de sus conocimientos especiales- habrían incluido en sus cálculos la realización del tipo atribuido como posible y si, pese a ello, librarón la cuestión al azar, se habrían decidido conscientemente en contra del bien jurídico protegido, pues aun cuando hayan tenido la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada, esa esperanza no excluye el dolo si simultáneamente dejaron que las cosas sigan su curso (cfr. ROXIN, ob cit., 12 Nm 27 infine)”.*

Así, el magistrado de mención estimó que las circunstancias del caso que fueron analizadas son idóneas para sostener como probabilidad la calificación de dolo eventual. A tal fin citó las palabras de Herzberg, en cuanto a la existencia de un peligro no cubierto o asegurado *“cuando durante o después de la acción del sujeto han de intervenir la suerte y la casualidad o las dos o en una gran parte para que el tipo no se realice”.* Concluyó que, desde la postura defendida, esta idea constituye un indicio sobre tomarse en serio la posible producción del resultado.,

Sentencia: Hace lugar al Recurso de Casación, casan la sentencia parcialmente, dejan sin efecto el cambio de calificación efectuado y los sobreseimientos y reenvían los autos para que se dicte nuevo pronunciamiento de conformidad con lo decidido.

Caso 4) “**A. S. N. S/ Recurso de Casación**”. **Causa n° 75241**

Sala I, Dres. Daniel Carral y Ricardo Maidana. 22/12/2016.

Sentencia apelada: El Tribunal en lo Criminal Nro. 3 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, con sede en Tres Arroyos, condenó a N.A.A a la pena 10 años de prisión, por considerar al nombrado autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple (cinco víctimas) y lesiones leves (una víctima), hecho que tuvo lugar en el kilómetro 508,5 de la Ruta Nacional Nro. 3 en el partido de Tres Arroyos.

Características del hecho: el imputado conducía un vehículo marca Kangoo por la ruta nacional Nro. 3 y al realizar una maniobra de sobrepaso de un colectivo, provoca que quien manejaba por el carril contrario (un auto marca Gol) y ante la encerrona, colisione con el colectivo, resultando el fallecimiento del conductor del Gol y tres personas más (una de ellas embarazada de cinco meses).

Posición dogmática. A continuación, extracto algunos párrafos de la sentencia del voto del Dr. Carral:

*“En relación a cuál es el eje de análisis para establecer el linde respecto de ilícitos imprudentes, un buen marco se propone en doctrina y amerita su reproducción para entender el punto de partida, por cuanto se tiene dicho que “...cuando hay un peligro no remoto, hay una acción alcanzada concurrentemente por el tipo doloso y por el imprudente, porque la prohibición que ya quiere alcanzar el peligro lejano está refiriéndose también, a minori ad maius, a todo peligro concreto, lo que significa que la prohibición que se halla detrás del delito imprudente es la norma más amplia, y se refiere ya también, a fortiori, al hecho doloso. Es decir, todo comportamiento que llega a ser doloso traspasó el estadio de la imprudencia -y, por tanto, pasó también por él-. (Sancinetti, Marcelo. Teoría del Delito y Disvalor de Acción, Pág.204, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991)”. Y continúa:*

*“A conducía su vehículo automotor propulsado a gas por la ruta Nacional n° 3, en ocasión en que el tráfico era altamente denso, situación fáctica que el acusado conocía, y dadas las características del lugar (en particular la señalización de prohibición de adelantamiento), efectuó al menos dos sobrepasos. Bajo tales circunstancias asumió el adelantamiento de rodado de mayor estructura (ómnibus), a un lado la nitidez de la línea amarilla continua de la calzada. En resumidas cuentas, el tribunal de grado juzgó dolosa la conducta, en tanto estimó que **A consideró seriamente como posible la realización del tipo y se conformó con ello... la voluntad es alcanzada por un mero “conformarse con” (...)** Ciertamente, aunque A no haya querido causar el resultado, siguió actuando, **de modo que admitió su eventual realización. Aun cuando, desde mi punto de vista, la actitud interior del sujeto activo no cumpla ningún rol en la ponderación que debiera efectuarse, de ahí que las referencias al***

**"conformarse con" resultan juicios de valor subjetivos que nada aportan, lo trascendente surge de la configuración del suceso, bajo las circunstancias efectivamente conocidas por el acusado en el momento en el que decide no desistir de seguir adelante con su acción. Entiendo que, así las cosas, el veredicto ha demostrado que, ante el panorama descrito, el agente aún frente a los obstáculos reconocidos con antelación, llevó a cabo una segunda maniobra de adelantamiento, esta vez a un micro, que claramente profundizó el riesgo "concreto" sobre la vida de los tripulantes del rodado marca Gol que circulaba en sentido contrario".** (la negrita me pertenece).

*"Sobre este punto es importante destacar que el dolo en su modalidad "eventual" no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor... Puntualmente, se verifica dolo eventual cuando el sujeto juzga, en el momento de la acción, que la producción del resultado lesivo como consecuencia de su acción es probable..."*

*"Sobre este punto es importante destacar que el dolo en su modalidad "eventual" no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor"*

Sentencia: Rechaza el Recurso.

#### Caso 5) **"D. B. S. s/ Recurso de Casación". Causa 78478**

Sala I. Dres. Carral y Maidana. 11/07/2016<sup>12</sup>.

Sentencia de primera instancia: El Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, con fecha 12/05/2016 condenó a SLDB, a pena de cuatro años y seis meses de prisión como autora del delito de Lesiones gravísimas en los términos del art. 91 del Código Penal.

Características del hecho: En el barrio privado "Club de campo de los Rosales" en Esteban Echeverría, VJC de 6 años de edad, es atacado por un perro de raza Rottweiler y Pastor alemán perteneciente a S.L.D.B., mediante mordeduras en su cabeza, cuello y múltiples heridas que provocaron parálisis facial incurable y deformación permanente en el rostro.

---

<sup>12</sup> Creo que la fecha de este caso está equivocada y corresponde 2017. En el fallo originario cuya fuente es el digesto de la página de la SCJBA, dice textualmente "once de julio de dos mil dieciséis". Sin embargo, el número de registro es el 613 del año 2017 y considerando que hace referencia al fallo "GHF", C. 78951 "confirmado en esta sala en tiempos recientes" (SIC) y el fallo de mención es del 17/04/2017, ante la imposibilidad que se haga referencia a un fallo posterior, no me quedan dudas que se consignó erróneamente el año 2016 cuando debió decir 2017.

Posición dogmática: El Dr. Carral, con cita de su voto en el caso A.S.N.A. (desarrollado en el punto anterior), dijo:

*“Dado que el análisis debe objetivarse ex ante y poco han de importar las malas o buenas intenciones del sujeto, si el riesgo que entraña la conducta iniciada alcanza la magnitud –también ex ante- pensar en una probabilidad próxima de producción del resultado sin que el autor haya impulsado contra-factores para enervar ese riesgo o, en su caso, éstos se hubieran intentado cuando ya no podía dominar el curso causal emprendido, se excede el ámbito del delito imprudente”.*

*“...que más allá de haberse demostrado que D. B. se encontraba en el barrio cerrado en ese momento, no es menos cierto que aún cuando estuviera en su casa no surgieron elementos sobre los cuales atribuirle el conocimiento cierto y concreto de lo que se desarrollaba en su exterior. Solo con base en este conocimiento que debe ser real y no meramente potencial, podría colegirse una obligación de salvataje a la víctima de la fuente de peligro a su cargo. Ese cuadro de circunstancias no permite verificar la consciencia sobre extremos fácticos reconocibles y reconocidos en el caso concreto sobre lo que resultaría razonable inferir la altísima probabilidad de producción del resultado... **Así, en la estructura del dolo eventual, resulta basal que el sujeto incluya el dato cierto de la probabilidad de producción del resultado lesivo, y que tal conocimiento forme parte de la aprehensión global de la situación...**”. Agrega, con cita de Jakobs PONER NOTA que el dolo eventual concurre cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de la acción.*

Y finaliza: *“No se discute que la imputada tuviese conocimiento sobre las deficiencias que presentaba una parcialidad del cerco perimetral de su terreno en el que habitaba el perro, pero este dato alcanza para imputar, en cualquier caso, un riesgo remoto que podríamos caracterizar de abstracto porque el riesgo de lesión concreta necesita que en la realidad se den otros factores que confluyan para elevarlo... El punto radica... en el nivel de riesgo alcanzado con la conducta desvalorada, que conforme surge de la narración de los hechos acreditados ha sido ceñida por el sentenciante en “haber omitido adoptar las medidas de seguridad o vigilancia para evitar esas mordeduras...”.*

En esta sentencia el magistrado aclara que este hecho tiene características bien distintas al caso G.H.F., cuya condena fue confirmada por esa misma sala poco tiempo antes, siendo el único elemento en común que la agresión lesiva emanó de un perro de una raza caracterizada como potencialmente peligrosa. (En el punto siguiente desarrollo el caso mencionado).

Sentencia: casan la sentencia y califican legalmente el hecho como lesiones gravísimas culposas en los términos de los arts. 91 y 94 del CP.

Caso 6) “**G.H.F. s/ Recurso de Casación**”. C. 78951

Sala I. Dres. Maidana-Carral. 18/04/2017

Sentencia apelada: El 25/04/2016 el Tribunal en lo Criminal Nro. 4 del Departamento Judicial de La Plata, condenó a HFG ocho años de prisión por el delito calificado como Homicidio simple.

Características del hecho: El 29/08/2014 un sujeto poseedor de ocho perros Pitbull, dejó a uno de ellos –que no era de su propiedad, pero le había sido dejado a su cuidado- atado con una soga de 1,50 mts al volante de un auto que se encontraba abandonado en la vereda, sin bozal y con la puerta del vehículo abierta. En ese contexto se acercó al perro un niño de dos años de edad (vecino del lugar), quien resultó atacado por el perro, que le produjo heridas desgarrantes que le provocaron la muerte.

Posición dogmática: Voto del Dr. Maidana:

*“El tema verdaderamente controvertido, brevemente, consiste en que la mayoría del Tribunal sentenciante concluyó que la muerte del niño le era imputable a González a título de dolo, mientras que el impugnante insiste aduciendo que se trata de una conducta imprudente”.*

*“Durante mucho tiempo el dolo, y en especial el dolo eventual, han sido vistos como elementos puramente descriptivos; sin embargo, últimamente se han relativizado cada vez más, a través de parámetros normativos, la subdivisión entre doctrinas delimitadoras cognitivas y volitivas. Conforme lo explicáramos oportunamente (cfr. TCPBA, Sala VI, c. 68.404, “Kuret”, reg. 678/2015), es la “decisión por la posible lesión de bienes jurídicos” la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición” (cfr. ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, t. I, 2° ed., trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, § 12, Nm. 23).*

*“Precisamente, dicho concepto de “decisión” debe juzgárselo –como todo concepto jurídico- no como un desnudo dato psíquico, sino siguiendo parámetros normativos. Es que, no se trata de comprobar hechos psíquicos, sino de una interpretación de la conducta del autor en el sentido de aceptar el resultado, esto es, como decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico (Íd. nota anterior, p. 172). Entonces, la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente no puede prescindir de parámetros normativos de valoración; no obstante, el sustrato de esa valoración no puede limitarse a determinada representación de peligro, más bien el juicio sobre si el autor se ha decidido en contra del bien jurídico protegido, tiene que ser emitido considerando todos los elementos objetivos y subjetivos del hecho, relevantes para la actitud de dicho autor”.*



*“En resumen: González conocía la peligrosidad del animal cuyo cuidado tenía a su cargo, sabía también que niños pequeños se acercaban al automóvil para jugar, sin embargo, pese a todo y habiendo tenido experiencias adversas en lo que concierne al comportamiento de otros ejemplares de la misma raza, dejó a un Pitbull allí amarrado, sin bozal, con una soga de metro y medio de longitud y con la puerta del automóvil abierta, a punto tal que hasta puso un tacho con agua fuera del vehículo para que el perro pudiera hidratarse, representándose la posibilidad de que el perro ataque a un niño y sabiendo de antemano el probable desenlace de ese encuentro; con lo cual, el acusado de autos creó un peligro que no cubrió ni aseguró, por cuanto durante o después de su acción habían de intervenir la suerte y la casualidad solas o en gran parte para que el tipo no se realice, lo que deviene demostrativo, junto al resto de las consideraciones efectuadas, de su decisión por la posible lesión del bien jurídico vida” (cfr. TCPBA, Sala VI, c. 68.404, “Kuret”, reg. 678/2015, con cita de ROXIN, PG, § 12, Nm. 56, quien toma el concepto de HERZBERG, JZ, 1988, 639).*

Sentencia: Rechaza por improcedente el Recurso de Casación.

#### Caso 7) “C.C. A s/ Recurso de Casación”. Causa 21287

Sala III, Dres. Borinsky-Violini. 14/07/2016

Sentencia de primera instancia: El Tribunal en lo Criminal Nro. 4 de Mar del Plata condenó a C.A.C. a ocho años de prisión y diez de inhabilitación especial para conducir, por prueba ilegal de velocidad en concurso ideal con homicidio simple.

Características del hecho: dos hombres conducían sendos vehículos automotores y decidieron someterse a una prueba de velocidad, circulando por Avenida de manera muy rápida, traspasando semáforos en rojo y eludiendo vehículos que se hallaban detenidos acatando la prohibición aludida. C.A.C. al llegar a la calle Olavarría, a una velocidad cercana a los 90 km por hora, no respetando el semáforo que lo obligaba a detenerse, embistió a un taxi provocando la muerte de su conductor.

Posición dogmática: A continuación, transcribo algunos párrafos del voto del Dr. Borinsky en relación a la calificación del hecho:

*“El aquí imputado intervino en una prueba de velocidad a bordo de su automóvil, superando con holgura el límite máximo permitido, pasando semáforos en luz roja, provocando severos riesgos concretos en diversas personas... Con todo lo expuesto, claramente emerge que hay algo más que una conducta imprudente. Puesto que en la decisión de correr en una “picada”, incumpliendo toda norma que se le interponga, indudablemente C. se representó como probable el resultado típico y no obstante aceptó la posibilidad de su producción. Es la representación del peligro latente, consistente ni más ni menos en traspasar una intersección*

de una esquina con el semáforo indicándole que se detenga, dividiendo su atención entre la competencia de velocidad prohibida y los eventuales vehículos o peatones que pudieran interponerse en su camino, con la consiguiente indiferencia evidenciada coloca su conducta en el terreno del dolo eventual”.

*“Diferenciándome del recurrente, estimo precisamente que la condición de conductor con licencia profesional de C. contribuye aún más para la homologación de la sentencia de grado. No se trata de confiar en su habilidad para evitar el resultado que previamente se representó, sobre todo si en la sumatoria de riesgos concurrentes evidencian que la confianza se encontraba vacía de contenido, puesto que a la velocidad en la que se aproximó, intentando sobrepasar a otro, con la luz habilitando a circular a los conductores de la calle transversal, no permiten ingresar ni siquiera mínimamente datos objetivos que autoricen al autor a confiar de modo racional en la evitación del resultado que en su cabeza rondó”.*

Sentencia: Rechaza el Recurso interpuesto.

#### Caso 8) **“F.I.A. s/ Recurso de Casación”. Causa 72342**

Sala I, Dres. Carral-Violini. 29/03/2016.

Sentencia apelada: sentencia dictada el 27 de mayo de 2015, por el Tribunal en lo Criminal nº 2 del Departamento Judicial La Plata, a través de la cual se condenó a I.A.F. a la pena de nueve (9) años y (6) meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso, por resultar autor responsable del delito de homicidio, hecho ocurrido el pasado 30 de abril de 2011, en perjuicio de M.E.R.

Características del hecho: *“...el día 30 de abril del año 2001 alrededor de las 22:30 horas en el autódromo Roberto Mouras ubicado en Ruta 2 Kilómetro 47 del partido de La Plata, en momentos que apagaban las luces dando comienzo al evento, una persona de sexo masculino encendió una bengala náutica que dirigió al nutrido grupo de alrededor de ochenta mil personas que se encontraba dispuesto a escuchar el recital que brindaría el grupo de rock “La Renga”, impactando la misma en la humanidad de Miguel Ramírez, atravesando la zona cervical fracturando maxilar inferior derecho y primera costilla provocándole importantes quemaduras en su cuerpo y prendas de vestir, lo que le ocasionó la muerte pocos días después...”.* (fs. 16/vta. del legajo recursivo).

Posición dogmática:

El embate defensorista pone en tela de juicio el aspecto doloso de la conducta atribuida, a lo cual el Dr. Carral señala: *“en esencia construye el agravio desde cuestiones conductuales*

*internas que motivaron al autor y que no se encontrarían acreditadas. Sentado ello, no puede perderse de vista que la construcción del extremo doloso se erige no ya desde la subjetividad o sensaciones especiales que mueven al autor, sino por el riesgo propio generado en la ocasión por el acusado, valorado en el momento del hecho, riesgo que fuera ponderado como propio del delito doloso de homicidio, y cuya exigencia subjetiva no pasa más allá del conocimiento cierto de una probabilidad no remota de producción del resultado, sumado –en el análisis del veredicto- a algunas circunstancias que sobredimensionaron ese riesgo”.*

*“El veredicto traza de manera explícita este razonamiento para fundamentar los motivos por los cuales entiende que la conducta realiza el tipo doloso”.*

*Como parte de su argumentación señala: “era fácilmente cognoscible que llevar una bengala que se utiliza únicamente en las aguas, escondida dentro de sus ropas, accionarla hacia el público a pesar de la advertencia de sus amigos, conociendo el riesgo que la empresa tenía en sí misma, en un marco aproximadamente de ochenta mil personas, podía causar como consecuencia de su accionar lesiones o muerte de alguno de los concurrentes, y significa que le era fácilmente evitable tal resultado probable porque bastaba hacer caso a las advertencias de sus amigos (...) Aduno a lo reseñado que Fontán sabía que la actividad por él emprendida se encuentra prohibida, puesto que el escenario único y exclusivo donde se puede accionar este tipo de bengalas es dentro de la órbita marítima y siempre ante una situación de emergencia...”*

*“Lo cierto es que el veredicto prueba y razona acerca de las circunstancias del preciso momento en que acontecieron los hechos, situación que permite a esta instancia revisora valorar si efectivamente se está ante un supuesto doloso. El cuadro de circunstancias, que no tienen por qué ceñirse al momento mismo del impacto y que puede extenderse a instantes previos, permite verificar la consciencia sobre extremos fácticos reconocibles y reconocidos en el caso concreto, sobre los que es razonable inferir la altísima probabilidad de producción del resultado y cuyo riesgo letal no puede ser tenido como lejano o remoto, aun confiando en la habilidad de conducción que, por lo demás, dadas las circunstancias emprendidas poco margen de salvaguarda dejaba sobre la persona finalmente afectada”.*

*Y concluye: “Sobre este punto es importante destacar que el dolo en su modalidad “eventual” no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor. En consecuencia, el agravio dirigido a cuestionar la subsunción típica de la conducta no progresa”.*

Sentencia: Rechaza el recurso interpuesto por la Defensa.

Del relevo efectuado existen ejemplos interesantes para reflexionar y debatir las siguientes cuestiones:

En primer lugar, debo aclarar que la elección de los casos no fue antojadiza. Además de transitar los diez años objeto de esta investigación, con distintas salas y diferentes integraciones, intenté exponer un amplio abanico de casos, a fin de demostrar que el dolo eventual se aplica en variadas situaciones de hecho (aun cuando los casos más difundidos son los accidentes de tránsito); y aunque las figuras legales son generalmente las mismas (lesiones y homicidio), nada obsta a que pueda extenderse esta clase de dolo a más tipos penales.

Así las cosas, relevé casos de lanzamiento de piedras, transmisión de HIV, mordeduras de perros, lanzamiento de bengalas y accidentes de tránsito (este último lo desarrollaré detalladamente en el punto siguiente).

Una aproximación inicial del tema, arroja que el tribunal de Casación Penal provincial, en cualquiera de sus salas, y cualquiera sea su integración en los últimos diez años, efectivamente aplicó -y sigue haciéndolo-, la categoría de dolo eventual como forma autónoma del dolo.

Las mayores discusiones se dan en ámbitos que no sean accidentes de tránsito (véanse los casos 3, 5 y 6), en los que hay resoluciones revocadas y por ende criterios distintos en las diferentes instancias o en la misma Casación sobre igual temática, en hechos diferentes.

Un dato a destacar es que hay un factor común que atraviesa a todas las salas, cualquiera sea su integración, desde el año 2009 a la actualidad: la doctrina aplicada por Casación es la que sigue a Claus Roxin y no ha sido modificada en una década.

*“El dolo eventual no se excluye simplemente por la esperanza de que la lesión no se vaya a producir o porque no haya sido deseada por el autor”.* Este es un párrafo que se reitera en muchas de las sentencias transcriptas (véanse casos 1, 4 y 8, de los años 2009, 2016 y 2016, respectivamente).

Así también se cita a Roxin textualmente:

*“La 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 (cfr. ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, t.I., trad de la 2da edición alemán or Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Cnledo y Javier de Vicente, Remesal, Madrid, Civitas, 1997, 12, Nm 23).*

*“... El concepto de decisión, como todos los conceptos jurídicos, no ha de enjuiciarse como puro fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos. A quien le es completamente indiferente la producción de un resultado percibido como posible, le da exactamente igual su*

*producción que su no producción. En tal actitud se encierra ya una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos (ROXIN, ob. Cit., 12, Nm. 30); por ello, “quien cuenta con la posibilidad de un resultado típico y, a pesar de todo, ello no le hace desistir de su proyecto, se ha decidido así - en cierto modo mediante actos concluyentes- en contra del bien jurídico protegido” (Ibid)”.*

*“... y, entonces, si se contaba con el dato apuntado por alguna razón no se siguió el protocolo indicado, las profesionales imputadas -en función de sus conocimientos especiales- habrían incluido en sus cálculos la realización del tipo atribuido como posible y si, pese a ello, libraron la cuestión al azar, se habrían decidido conscientemente en contra del bien jurídico protegido, pues aún cuando hayan tenido la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada, esa esperanza no excluye el dolo si simultáneamente dejaron que las cosas sigan su curso (cfr. ROXIN, ob cit., 12 Nm 27 infine)”.*

Parece evidente que en ninguno de los votos se pretende indagar en la psiquis del autor (como pretendía la teoría de la voluntad). El juicio sobre si el autor se ha decidido en contra del bien jurídico protegido, tiene que ser emitido considerando todos los elementos objetivos y subjetivos del hecho, relevantes para la actitud de dicho autor, conforme lo sostiene Roxin, resultando intrascendente su deseo de evitación, si el mismo era a todas luces de imposible cumplimiento.

Esta es la postura de la Casación provincial, que, a las claras, expande el ámbito del dolo eventual.

El análisis hasta aquí realizado se refiere indistintamente a todos los casos expuestos. A continuación, veremos cómo aborda Casación los casos que, considero, constituyen el tema más mediático de los últimos años.

### **La particular situación de muertes por accidentes de tránsito:**

Como adelantara en los casos de tránsito relevados, no se advierte ninguna contradicción entre lo resuelto en las instancias inferiores y la Casación. Siempre se impuso la calificación más grave, de dolo eventual, resultando hechos de diferentes características, ocurridos en distintos años y con salas integradas por jueces variados, incluso apelando a agravantes que el propio Código prevé como culposas (ver los casos 2, 4 y 7).

Mariano Gutierrez<sup>13</sup> estudió esta temática a través del análisis del conocido caso Cabello<sup>14</sup>: *“La trascendencia y repercusión pública del caso fueron claves para el autor, para dar cuenta de los reclamos colectivos de castigo. El autor analiza los límites entre el castigo, la venganza, las emociones y los efectos políticos de los reclamos de castigo... pasando por los aportes de Nietzsche, Durkheim, hasta los de Mead...”* (Gabriela Irrazábal-Sebastián Van Den Doren. Comentario a Mariano Gutiérrez. P. 215/217. 2008).

Así, logra trascender el caso particular al hacer un paralelo con la descomposición social de los valores dominantes de los noventa, señalando el conflicto de clase y la aplicación discrecional de la justicia<sup>15</sup>.

Considero que el caso de las muertes en accidentes de tránsito (en mi opinión, delitos culposos), calificadas en los casos relevados como homicidios cometidos con dolo eventual, es una combinación de diversos factores.

En primer término, el “clamor popular” (en términos de Gutiérrez, la necesidad social de punición). Lo que Howard Becker llamó *“cruzadas morales”*, llevadas a cabo por los *“emprendedores morales”*<sup>16</sup>, en muchos casos iniciadas por las familias de las víctimas. Una de las principales consecuencias de una cruzada exitosa, dice este autor, es el establecimiento de una nueva norma o conjunto de normas, que por lo general viene acompañada de la maquinaria adecuada para aplicarla.

Un ejemplo práctico de ello operó con la reforma de la ley 27347 (cuya fecha de sanción fue el 22/12/2016 y su entrada en vigencia el 06/01/2017) que incluyó los arts. 84 bis y 94 bis al Código Penal argentino, incorporando agravantes en los delitos culposos.

---

<sup>13</sup> Es uno de los autores que niega la categoría de dolo eventual. En su libro “Contra el dolo eventual” señala que la distinción que proponen es de imposible prueba, y por tanto, por más que aparezcan lógicamente perfectas, no serán de ninguna utilidad.

<sup>14</sup> El 30/08/1999 Sebastián Cabello, de 19 años de edad, corría una picada a 190 km/hora y embistió con su Honda Civic, a Cecilia González Carman y a su hija Vanina, quienes murieron carbonizadas en el acto al incendiarse su Renault 6. El Tribunal Oral nro 30 en la causa 695, condenó el 21/11/2003 a la pena de doce años de prisión por doble homicidio simple cometido con dolo eventual, ordenándose su inmediata detención. El 02/09/2005, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (causa 5000), revocó parcialmente dicha sentencia y condenó al autor por el delito de homicidio culposo (Vitale, Gustavo L. Dolo como actuar deliberado. Su distinción con la culpa. 2da ed. actualizada. Hammurabi. José Luis Depalma editor. P. 39/40. 2018). Sobre el caso Cabello también ver Donna, Edgardo, De la Fuente, Javier. Revista de Derecho Penal. Rubinzal-Culzoni. Tomo 2. Febrero 2004.

<sup>15</sup> Gustavo Vitale también escribió sobre casos mediáticos trascendentes, entre ellos, Cabello, Cromañón, Cooperativa obrera de Neuquén y casos de perros pitbull y mala praxis médica, encontrando como aspecto común en todos ellos, que se atribuyeron hechos en los que los autores no quisieron producir los resultados típicos y que se concretaron debido a una invocada intervención indiferente de cada uno de ellos. Nunca puede, dice el autor, corresponder para esos casos, la más severa penalidad prevista legalmente para los delitos dolosos (Vitale, G. Dolo como actuar deliberado. Su distinción con la culpa. Hammurabi José Luis Depalma editor. 2da ed. actualizada. Buenos Aires. 2018).

<sup>16</sup> *“Las normas son el resultado de la iniciativa y el emprendimiento de personas a las que podríamos definir como emprendedores morales. Hay dos especies de emprendedores morales, quienes crean las reglas y quienes las aplican”.* (Becker, Howard. Outsiders. Hacia una sociología de la desviación. Siglo veintiuno editores. P. 167. Buenos Aires. 2009).

Y así llegamos al segundo factor, el Derecho Penal simbólico<sup>17</sup>. La idea absurda de que una problemática tan grave y con aristas tan variadas<sup>18</sup> puede ser solucionada mágicamente con una reforma legislativa. No existiendo estadística alguna, además, de que hayan disminuido las muertes por accidentes automovilísticos desde la elevación de las penas.

Estas cruzadas morales están, finalmente, fogoneadas por el que considero el último factor, los medios de comunicación. Un mismo suceso es replicado hasta el hartazgo en los medios masivos y terminan creando la verdadera sensación de que el hecho ocurrió reiteradas veces.

*“Existe una criminología mediática que poco tiene que ver con la académica. Podría decirse que en paralelo a las palabras de la Academia hay otra que responde a una creación de la realidad a través de la información, sub información y desinformación mediática en convergencia con prejuicios y creencias, que se basa en una etiología criminal simplista asentada en una causalidad mágica”* (Zaffaroni, Eugenio R., p. 365).

Finalmente, surge del relevo efectuado, que, si bien la reforma legal referida incluyó agravantes con la consecuente elevación de penas, en delitos culposos, en los casos analizados esos factores fueron utilizados para fundar condenas dolosas.

#### **IV). - El dolo eventual: un caso de culpa grave.**

En esta investigación focalicé en el estudio de los conceptos de dolo eventual y, como contrapartida, de culpa con representación y su aplicación en las sentencias judiciales del Tribunal de Casación Penal provincial, haciendo un recorrido desde el año 2009 hasta el 2019. En esa descripción, que tuvo como fuente principal las sentencias, intenté dar a conocer los criterios utilizados por las distintas salas del tribunal de mención y las prácticas y entramado de relaciones que existen detrás de la confección de las mismas.

Hemos visto cómo pese a que la legitimación de las sentencias se construye desde fundamentos puramente jurídicos, en muchos casos responden a demandas sociales de

---

<sup>17</sup> Es la denominación que se le dio a las prácticas normativas que, bajo el ropaje de actuación política eficaz, lejos de pretender incidir efectiva o materialmente en la realidad social, tan solo se limitan o contentan con emitir mensajes de gestión e intervención, procurando de ese modo lograr cierta tranquilidad social. Entre los autores más representativos se encuentra Winfried Hassemer, quien sostuvo: “...cuando los efectos reales y afirmados no son los esperados, el legislador obtiene, por lo menos, la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales con prontitud...” (Hassemer, 1999:90).

<sup>18</sup> La seguridad en la evitación de accidentes por la conducción de un vehículo automotor presupone la existencia de tres elementos que se retroalimentan e interrelacionan entre sí: infraestructura vial (mal estado de calles en zonas urbanas, suburbanas y rutas o carreteras, ausencia de autopistas, de rotondas, de iluminación, deficiente señalización y marcación, semaforización insuficiente, ausencia de elementos tecnológicos, etc.), vehículo (mal estado del automóvil, sin ajustarse a los reglamentos de tráfico) y conductor (“factor humano”, situación física y psíquica al momento del siniestro, edad, genero, conocimiento y actitud o predisposición de respeto hacia las normas de tránsito, etc.).

punición, sobre todo en hechos de alta sensibilidad social, como las muertes por accidentes de tránsito.

Así, esas demandas no solo se observan en las sentencias sino también en las reformas legales, a través de las campañas de los medios de comunicación (criminología mediática) y las “cruzadas morales”, resultando un claro ejemplo del llamado Derecho Penal Simbólico.

Busqué de este modo, avanzar en la idea de que el proceso jurídico también se construye a partir de la subjetividad y la moralidad de los diferentes agentes que intervienen en él y en el que se construyen las decisiones judiciales, pues, como sostiene Bustos Ramírez, la culpabilidad es una construcción ideológica, un hecho de poder impuesto verticalmente sobre las mayorías.

Parece evidente que nunca podría corresponder la más severa penalidad a aquellos que no quisieron ni tuvieron intención de provocar resultados típicos, que solo se produjeron por una -en palabras de Gustavo Vitale- *“intervención indiferente”*; severidad *que* solo debe estar reservada a los delitos dolosos. Pues, no es lo mismo obrar con un fin determinado que con la consciencia de que algo pueda suceder, pues asumir el riesgo conjetural de un resultado no equivale a quererlo. No obstante, vimos como la doctrina mayoritaria y los más altos tribunales, dan rienda suelta a un **punitivismo** indiscriminado, aplicando agravantes culposas para fundar condenas dolosas, violando abiertamente el principio de legalidad.

En ese contexto, resultando tan delgada la diferencia entre ambas figuras y no existiendo una normativa que las defina, su aplicación viola también el principio constitucional de igualdad ante la ley, pues, dependerá de cuál sea la jurisdicción en la que el hecho suceda o quién sea el juzgador, para aplicar una u otra figura que sí tiene una diferencia más que sustancial en la imposición de la pena. Solo basta ejemplificar con la figura básica de homicidio doloso que tiene una pena prevista de 8 a 25 años de prisión, en tanto el homicidio culposo, en los supuestos más graves (a partir de la reforma de la ley 27347), está penado con tres a seis años de prisión.

Así las cosas, lo que se ha dado en llamar “dolo eventual” no es más que el grado más grave de culpa y así lo prevé el Anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2013, que elimina la categoría de dolo eventual e incluye el concepto de culpa temeraria. Es elocuente la Exposición de motivos: *“La Jurisprudencia nacional ha sido aún más contradictoria que la doctrina, en particular en los casos de homicidios de tránsito y similares, donde parece que la trascendencia mediática del caso es la que decide la calificación, determinando una diferencia abismal en la pena. Doctrina confusa –más de siete y ocho teorías ensayadas y criticadas se han intentado- y jurisprudencia vacilante cuando se juegan grandes diferencias de pena, no proveen seguridad ninguna”*.



Para finalizar, hago mías las palabras del profesor Luis Niño, a quien tuve la oportunidad de escuchar en el XIX Encuentro de Profesores de Derecho Penal, realizado en esta ciudad<sup>19</sup>: *“... es necesario establecer la categoría de culpa temeraria... y archivar lo que, por falta de sustantivo es un adjetivo sin soporte, sostenido por intuiciones de los teóricos vestidas de argumentos racionales y bienvenido por los magistrados de sesgo autoritario, que ven simplificada su tarea cotidiana”*.

---

<sup>19</sup> XIX Encuentro de Profesores de Derecho Penal. IX Jornadas Nacionales de Derecho Penal en homenaje al Profesor Dr. Esteban Righi. “Cambiando paradigmas: reforma penal, violencia de género y régimen penal juvenil”. 26 y 27 de septiembre de 2019. Facultad de Derecho de la UNMDP. Mar del Plata.

## **Bibliografía**

Aboso, G. E. (2012). Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia. BdeF. Buenos Aires.

Achilli, E. L. (2005). Investigar en antropología social: Los desafíos de transmitir un oficio. Laborde Ed. Rosario.

Baratta, A. (2009). Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Siglo XXI. Buenos Aires.

BECKER, HOWARD (2005). Outsiders. Hacia una sociología de la desviación. Siglo XXI. Buenos Aires.

Becker, H. (2014). Manual de escritura para científicos sociales: Cómo empezar y terminar una tesis, un libro o un artículo. Siglo Veintiuno Ed. Buenos Aires.

Binder, A. M. (2005). Introducción al Derecho Penal, Ad Hoc. Buenos Aires.

Bourdieu, P.; Gunther T. (2005) La fuerza del derecho. Elementos para una sociología de campo jurídico. Bogotá Colombia.

Bourdieu, P. (2001). Poder, derecho y clases sociales. Ed. Desclée De Brouwer, S.A. (2a ed.). Bilbao.

Bustos Ramírez, J.; Hormazábal Malarée, H. (1999). Lecciones de Derecho Penal. Vol. 2. Trotta, Ed. SA. Madrid.

Fontán Balestra, C. (1987). Derecho Penal. Introducción y Parte General, 11° Edición actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Fleming, A.; Lopez Viñals, P. (2009). Las penas. Rubinzal-Culzoni. 1ª Ed. Buenos Aires

Jakobs, G. (1997) Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Marcial Pons.

Jakobs, G.; Canció Meliá, M. (2003). Derecho Penal del enemigo. Hammurabi. Buenos Aires.

Núñez, R. (1999). Manual de Derecho Penal. Parte general, 4° Ed. Lerner. Córdoba.

Puppe, I. (2010). La distinción entre dolo e imprudencia. Hammurabi, Buenos Aires.

Righi, E. (2016 ). Derecho Penal. Parte General. 2da edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General, t. I., trad. De la 2da edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 12, Nm 23.

Roxin, C. (2006): La teoría del delito en la discusión actual. Traducción Manuel A. Abanto Vásquez. Ed. jurídica Grijley.

Sancinetti, M. A. (2005). Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Hammurabi. José Luis Depalma Editor. 2da reimpresión.

Vitale, G. L. (2013). Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave. Ed. Del puerto. Ciudad autónoma de Buenos Aires.

Vitale, G. L. (2018). Dolo como actuar deliberado. Su distinción con la culpa. Hammurabi José Luis Depalma editor. 2da edición actualizada. Buenos Aires.

Zaffaroni, E. R. (1988) Tratado de Derecho Penal: Parte general. Tomo V. Ediar. Buenos Aires.

Zaffaroni, E. R. (2001). La cuestión criminal. Ed. Planeta. Buenos Aires.

Zaffaroni, E. R. (2011) La Palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar. Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. (2014). Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar, Primera Edición. Buenos Aires. p. 495.

#### Artículos:

Bourdieu, P. (1996). Espíritus del Estado. Génesis y estructura del campo burocrático. Revista Sociedad-uba, 8, 5-29.

Bustos Ramírez, J. J. (1984). Política criminal y dolo eventual. Revista Jurídica de Catalunya, ISSN 1575-0078, Vol 83, Nro 2, p. 309-328.

Bustos Ramírez, J. J. (2012). Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad. Publicado en DPyC 2012 (Diciembre); 01/12/2012, 229. Cita online: AR/DOC/5718/2012.

Código Penal Comentado. Revista Pensamiento Penal (APP). Art. 84 Homicidio culposo. Amadeo, Sebastián. 14/11/2013. <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37778-art-84-homicidio-culposo>

Donna, E. A.; De La Fuente, J. Prevención, culpabilidad y la idea objetiva del dolo. El dolo eventual y su diferencia con la imprudencia consciente. A propósito del fallo Cabello”, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. Tomo 2003/2. Publicado en 2004.

Hava García, E. (2003). Dolo eventual y culpa consciente: criterios diferenciadores. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_08.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_08.pdf)

Irrazabal, D.; Van Den Doren, S. Comentario a Mariano Gutiérrez. P. 215/217.2008.

Niño, L. F. (2017). Una oportunidad para erradicar el llamado “Dolo eventual” del Código Penal Argentino. Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. ISSN: 2531-1565. [www.ejc-reeps.com](http://www.ejc-reeps.com).

Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid/RAJL). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ARTÍCULOS ISSN 1695-0194.

Tenca, A. M. (2010). El dolo eventual como creación dogmática en perjuicio del imputado. Una asignatura pendiente de la C.S.J.N.II, L.L. AR/DOC/5713/2010

Gabriela Irrazábal-Sebastián Van Den Doren. Comentario a Mariano Gutiérrez. P. 215/217. 2008