

LA ESTRUCTURA DEL *DOLUS EVENTUALIS*

La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo*

STEFANO CANESTRARI
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Bolonia (Italia)

Sumario**

I. La necesidad de diferenciar la zona límite entre el dolo y la culpa en el ámbito del esquema de *aliud ad aliud*. 1. Premisa. 2. La crisis de las concepciones tradicionales sobre la diferencia estructural dolo eventual-culpa consciente. 3. El concepto de la «aceptación con aprobación en sentido jurí-

* Título original: «La structra del dolus eventualis. La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente di fronte alle nuove fenomenologie di rischio». Traducción a cargo de Carlos M. González Guerra (becario de investigación FPI del Ministerio de Ciencia y Tecnología de España en el Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona - España); profesor del Departamento de Derecho penal de la Universidad Austral (Buenos Aires - Argentina).

** ABREVIATURAS: ADPCP: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; AIFO: AIDS-FORSCHUNG (revista); AT: Allgemeiner Teil (Parte General); BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo) BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal); Cp: Código penal italiano; CPC: Cuadernos de Política Criminal; Crit. Dir.: Crittica al Diritto; DAR: Deutsches Autorecht (revista); dirg.: Dirigido; FPI: Formación del personal investigador; GA: Goldammers Archiv für Strafrecht (revista); JA: Juristische Arbeitsblätter (revista); Jura: Juristische Ausbildung (revista); JuS: Juristische Schulung; JuSch Juristische Schulung (revista); JZ: Juristenzeitung (revista); LG: Landgericht (Audiencia provincial); NJW: Neue Juristische Wochenschrift (revista); NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista); NT: nota del traductor; p. : página; pp. : páginas; RIDPP: Rivista italiana di Diritto e procedura penale; St. Urbinati: Studi Urbinati; Trad: traducido; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista).

dico del hecho» como fórmula utilizada por la jurisprudencia: el BGH y el contagio sexual del virus del HIV. 4. La nueva tipología del riesgo y la posición de la jurisprudencia. 5. La tendencia actual en la literatura alemana e italiana. 6. La diversa fisonomía del requisito del riesgo en la responsabilidad culposa y en la responsabilidad dolosa. 7. (Continuación) Ejemplo docente. 8. La forma de responsabilidad dolosa directa (*Absicht; direkter Vorsatz*) y la conducta peligrosa. II. La diferencia de identidad del dolo eventual. 1. La estructura objetiva y subjetiva del *dolus eventualis*. 2. El peligro típico del *dolus eventualis*: el riesgo doloso. 3. El ámbito subjetivo del dolo eventual. 4. El límite entre dolo eventual y culpa en un ámbito *ab origine* penalmente ilícito. 5. La delimitación entre dolo eventual y culpa consciente en el contexto de riesgos de base permitidos. El ejemplo del tráfico motorizado. 6. La diferencia de identidad del *dolus eventualis* y la nueva fenomenología del riesgo.

I. La necesidad de diferenciar la zona límite entre el dolo y la culpa en el ámbito del esquema de *aliud ad aliud*

1. Premisa

El problema de la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente —de extraordinaria importancia en el plano práctico— presenta un extenso y pronunciado debate que continúa sin interrupciones hasta nuestros días. Las investigaciones de generaciones de juristas han producido elaboraciones teóricas refinadas y útiles que han logrado, no obstante, iluminar sólo parcialmente la «zona gris» existente entre el dolo y la culpa.

La prueba evidente de un balance que no puede considerarse satisfactorio es la reciente apertura, también en la literatura italiana, hacia una perspectiva de reforma tendente a unificar los marcos prescriptivos y los «hechos» atinentes a la forma del dolo eventual y de la culpa con representación sobre el ejemplo de la *recklessness* angloamericana¹. La formulación de esta innovadora propuesta no emana de una

¹ *Vid.*, por todos, ANGIONI, «Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale», en AA.VV., *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, (drg. Canestrari), Torino, 1998, p. 194. Sobre el tema, *cfr.*, recientemente, las claras observacio-

puntual demostración del rendimiento que puede prestar este concepto, como «tercera especie» de responsabilidad culpable. Antes bien, surge de la consciente incomodidad que el intérprete padece al condonar el incumplimiento de su deber de indicar a la jurisprudencia, con claridad, aquellos criterios aptos para una elección que siempre será dramática.

En nuestra opinión, esa incertidumbre de los penalistas frente a la tarea de individualizar el área de pertinencia del *dolus eventualis* y la culpa consciente parece destinada a incrementarse. Esto sucede por dos razones. Por un lado, debido a la proliferación de la fenomenología del riesgo conectada a comportamientos «desviados» – «desafíos automovilísticos»; apuestas sobre conductas de conducción en grave violación del reglamento de circulación; actividades lúdico-deportivas violentas y no reconocidas por los órganos competentes; empleo de sustancias químicas y medicinales, sin adecuados controles, en el ámbito de la producción industrial y de la experimentación sanitaria; contagio de enfermedades de transmisión sexual (en particular el virus de HIV), que vienen realizadas en el ámbito de contextos de «riesgo de base consentidos», incluso algunas veces disciplinados por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, la expansión de la desaprobación criminal de determinadas conductas en el ámbito de la legislación complementaria en materia económica, por medio de una auténtica «irrupción» de la figura del *dolus eventualis*, con referencia sobre todo al Derecho penal societario y a las quiebras, caracterizadas por un progresivo e insidioso alisamiento de la distinción dogmática entre dolo y culpa².

2. *La crisis de las concepciones tradicionales sobre la diferencia estructural dolo eventual-culpa consciente*

La presencia de esta nueva y compleja problemática, el rol «incisivo» del dolo eventual en el Derecho penal económico y la frecuente aparición de tipologías de peligros anticipados, de incierta clasificación, producen consecuencias de notable relieve.

nes de PERRON, «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», en Haruo NISHIHARA, FS, Baden Baden, 1998, pp. 146 y ss.; FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Nueva York, Oxford, 1998, pp. 111 y ss.

² Vid. CRESPI, «La giustizia penale nei confronti dei membri dei giudici collegiali», en RIDPP, 1999, pp. 1147 y ss. (en el volumen, *Il governo delle banche in Italia*, (RIOLO / MASCIANDARO dirg.), Milano, 1999; PEDRAZZI, «Il tramonto del dolo», en RIDPP, 2000, pp. 1265 y ss.

Actualmente, se haya prácticamente declarado lo obsoleto de algunos criterios clásicos que distinguen entre el *dolus eventualis* y la culpa con representación, que tanto doctrina como jurisprudencia consideran poco idóneos para captar y resolver las cuestiones urgentes de la actual casuística. Como era razonablemente previsible, entre las numerosas causas que han determinado las actuales declinaciones jurisprudenciales es necesario contar en el fondo la pérdida de capacidad heurística, y, en consecuencia, de orientación interpretativa, de aquellas opiniones tradicionales que continúan siendo desarrolladas en los manuales de Derecho penal por exclusivas exigencias de integridad.

La validez de esta afirmación parece evidente luego del examen de las posiciones de la doctrina y la jurisprudencia con referencia a la punibilidad del contagio del virus del HIV mediante relaciones sexuales. Y ello, porque tal problemática representa un ámbito privilegiado para verificar la consistencia de las diversas concepciones sustanciales del *dolus eventualis* a la luz de las expresas divergencias de puntos de vista político-criminales. En resumen, las soluciones propuestas con relación a la relevancia penal de las relaciones sexuales (no violentas), realizadas sin protección por parte de un sujeto seropositivo conocedor de su enfermedad (sin informar de la misma al *partner* sano), confirman de modo inequívoco que la originaria teoría cognitiva y volitiva del dolo pertenece, hoy más que nunca, a la historia del Derecho penal.

Con relación a los contenidos originales de las elaboraciones intelectuales de la teoría de la probabilidad y de la posibilidad (*Wahrscheinlichkeitstheorie; Möglichkeitstheorie*), se puede afirmar que han sido definitivamente abandonadas tanto por los defensores de la intervención represiva en las relaciones de transmisión del virus HIV, como por los sostenedores del paradigma preventivo. Del mismo modo que las «antiguas» imposiciones cognitivas, la teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitar (*vom tatmächtigen Vermeidewillen*) ha dejado de sostenerse como criterio autónomo tendente a delimitar *dolus eventualis* y culpa con previsión del hecho³.

En verdad, a pesar de que la consecuente aplicación de la tesis de Armin KAUFFMANN debe conducir a la exclusión del dolo de infección en caso de un *coitus interruptus* de parte del sujeto seropositivo —situación que pudo ser verificada en particular en el caso concre-

³ Vid. CANESTRARI, *Dolo eventuale e culpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, pp. 41 y ss.

to examinado por el LG Nürnberg-Führt⁴—. nunca ha sido sostenido el argumento que haga inconciliable la utilización de esa contramedida y la afirmación de un *dolus eventualis* de lesión (o de homicidio). Una similar «manifestación de la voluntad de impedimento» se ha tenido solamente como prueba de una eventual confianza en la no realización del hecho, o bien como indicio de la falta de aprobación del contagio.

Por ello, en lo que se refiere a las concepciones volitivas, en este punto corresponde prescindir tanto de las tesis «menores» —teoría de la indiferencia o del sentimiento— como del enfoque mixto, caracterizado por moverse en la perspectiva de una combinación de diversos criterios heredados de puntos de vista históricamente contrapuestos⁵. Es necesario, en cambio, dedicar algunas observaciones a la más célebre formulación representada por la teoría de la «aprobación» o del consentimiento del hecho⁶.

3. *El concepto de la «aceptación con aprobación en sentido*

⁴ Vid. LG Nürnberg-Führt, 16 de noviembre de 1987, en NJW, 1988, pp. 2322 y ss., también LG Hechingen, 17 de noviembre de 1987, en AIFO, 1988, pp. 220 y ss.

⁵ Cfr., por todos, PRITTWITZ, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS», en JA, 1988, I, pp. 427 y ss.; II, pp. 487 y ss., donde se ilustra su «teoría de los indicios orientada al proceso penal». Para un agudo examen crítico de la «clásica» teoría volitiva, ver las observaciones de GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 131 y ss.

⁶ La *Billigungs-* o *Einwilligungstheorie* también conocida como «teoría hipotética del consenso» porque utiliza, la primera fórmula de FRANK, la del criterio de prueba para verificar la subsistencia del *dolus eventualis*. Tal postura ha sido sostenida, en la doctrina italiana, entre otros, por PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 476; EL MISMO, «Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore su legge extrapenale)», en AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, (STILE dirg.), Napoli, 1991, p. 118; EL MISMO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 7 ed., Milano, 2000, p. 279 y nota 21; CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1990, p. 380; EUSEBI, «In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa», en RIDPP, 1987, p. 1074, nota 28; EL MISMO, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, pp. 176 y ss., ampliamente motivado; EL MISMO, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, 2000, p. 1089 con precisiones; EL MISMO, «Il dolo nel diritto penale», en St. iur., 2000, p. 1077. En la opinión de LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, I, Madrid, 1996, pp. 419 y ss., la teoría del consentimiento o de la aceptación (aprobación) constituye en España la teoría dominante (el autor recuerda los trabajos de CORDOBA RODA, JIMÉNEZ DE ASUA, CUELLO CALÓN, QUINTANO RIPOLLÉS, DEL ROSAL y MUÑOZ CONDE). Sobre el tema, recientemente, DÍAZ PITA, *Dolo eventual*, Valencia, 1994, *passim*.

*jurídico del hecho» como fórmula utilizada
por la jurisprudencia: el BGH y el contagio sexual
del virus del HIV*

Como es por todos conocido, la teoría del consentimiento ha recibido en la posguerra una interpretación mucho más restrictiva que ha demostrado cómo el término «aprobación», reconstruido en términos normativos, puede ser también compatible con un rechazo emocional del hecho. Todavía, en la moderna versión de la teoría del consentimiento resulta sobre todo comprensible lo que no debe entenderse por «aprobación en sentido jurídico del hecho», mientras que el contenido «en positivo» del concepto —la «aceptación con aprobación del hecho» (*billigende Inkaufnehmen des Erfolgseintritts*)— viene definido de un modo muy oscuro.

Una observación de esas características no debe sorprender, en realidad la escasa consistencia dogmática de la *Billigungstheorie*—reconocida por sus mismos sostenedores— permite a la jurisprudencia continuar utilizando de modo convencional formulas «estereotipadas» y maniobrables. El ejemplo más significativo del uso arbitrario de la noción de *dolus eventualis* como «aprobación en sentido jurídico del hecho» viene indudablemente dada por la primera toma de posición del BGH respecto a la relación sexual sin protección por parte de un sujeto infectado con el virus de HIV⁷. Aunque el *Landgerichtshof* se preocupe de subrayar expresamente que no está consentido renunciar a la comprobación del elemento volitivo —criterio decisivo para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente—, es precisamente la descripción de la autonomía conceptual de ese requisito la que no resulta bajo ningún punto de vista convincente.

En síntesis, el *Bundesgerichtshof* se apoya sobre los indicios de los que debería surgir la prueba de la «aceptación con aprobación» del hecho por parte del sujeto seropositivo así: la información autorizada e íntegra que suministrara el médico sobre la existencia de un riesgo de contagio, aun en el caso de una sola relación sexual sin protección; su presentación y declaración ante la policía, donde reconoce que su comportamiento no merece perdón. Si bien este último indicio parece inutilizable sobre el plano semántico, ya que no puede considerarse síntoma de la actitud psicológica del AIDS-carrier al momento de

⁷ BGH 4 de noviembre de 1988 — IStR 262/88, publicada en numerosas revistas: por ejemplo NJW, 1989, pp. 781 y ss.; NStZ, 1989, pp. 114 y ss.; traducida al italiano por CANESTRARI, en FI, 1991, IV, pp. 149 y ss.

realizar la conducta sexual peligrosa, el valor atribuido a la recomendación del sanitario señala, contrariamente a la premisa, que el elemento volitivo del *dolus eventualis* se reduce a una paráfrasis del elemento cognitivo, en tanto que viene deducida automáticamente del dato del conocimiento del peligro de contagio⁸. La circunstancia fáctica de mayor importancia en el plano de la voluntad —el HIV positivo había utilizado protección antes de la eyaculación— habría en todo caso podido incidir en la dirección opuesta, es decir, en la falta de configuración del «consenso» o aprobación ante la eventualidad de la transmisión del virus.

Con lo dicho, debería resultar evidente al lector crítico que esta dirección jurisprudencial se sirve de una verificación «ritual» sobre la subsistencia del elemento volitivo, utilizando formulas «vacías» y en consecuencia manipulables. Por lo demás, eso lleva al BGH a apelar a la *Billigungstheorie* para sostener la solución que considera más «equilibrada», dando por supuesto, con respecto al contagio del virus HIV, el dolo eventual de lesión personal peligrosa (en grado de tentativa); negando, al mismo tiempo, la (tentativa) de homicidio⁹. Como resulta evidente, sólo la referencia a las ambiguas tesis de la teoría del consentimiento —las cuales prescinden de una investigación profunda sobre la entidad del riesgo que debe constituir el objeto del dolo even-

⁸ De esta opinión, aunque con matizaciones individuales, FRISCH, «Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?», en BGHSt 36, p. 1, JuSch, 1990, pp. 367 y ss.; HERZBERG, «AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts», en JZ, 1989, pp. 475 y ss.; CANESTRARI, «La rilevanza penale del rapporto sessuale non protetto dell'infeto-Hiv nell'ordiantamento del Bundesgerichtshof», en FI, 1991, IV, p. 18 del extracto.

⁹ Sobre este tema, *cfr.*, entre otros, BRUNS, «Nochmals: AIDS und Strafrecht», en NJW, 1987, p. 2282; HERZBERG, «Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen AIDS?», *cit.*, pp. 1461 y ss.; RENGIER, «AIDS und Strafrecht», en Jura, 1989, p. 229; CASTALDO, «AIDS e diritto penale: tra dommatica e politica criminale», en St. Urbinate, 1988-89/1989/90, pp. 38 y ss. del extracto, CANESTRARI, «La rilevanza...», *cit.*, p. 16 del extracto; SCHERF, *AIDS und Strafrecht*, Baden-Baden, 1992, específicamente pp. 46 y ss. y 130 y ss.; AA.VV., *AIDS und Strafrecht*, (A. J. SZWARC drg.), Berlín, 1996, (en particular las contribuciones de SCHÜNEMANN, pp. 15 y ss. y 18 y ss.; HERZBERG, pp. 62 y ss.; LUZÓN-PENA, pp. 93 y ss.). La doctrina que no se opone a la configuración del dolo eventual de homicidio es absolutamente minoritaria: *cfr.*, por todos, BOTKE, «Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung», en SCHÜNEMAN/PFEIFFER, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, pp. 202 y ss., nota 13; más problemáticamente, GEPPERT, «Strafbares Verhalten durch-mögliche-AIDS-Übertragung?», en Jura, 1987, p. 672, el que termina por efectuar una indebida conversión de la *Ernstnahmetheorie* en una variante de la teoría de la posibilidad, (del mismo autor puede verse, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», en Jura, 1986, pp 612 y ss.).

tual— pueden sostener una conclusión similar, debido a la muy escasa posibilidad de transmitir la infección por medio de relaciones sexuales ocasionales, mientras es elevado el peligro de un resultado letal en caso de que el *partner* haya sido contagiado¹⁰.

Tales consideraciones deben ser suficientes para afirmar que la fórmula de la «aceptación con aprobación en sentido jurídico» no posee consistencia ya que su vitalidad es atribuida sobre todo a sutiles y peligrosas confusiones lingüísticas, que permiten a la jurisprudencia perseguir determinados objetivos (más o menos apreciables) de política criminal.

4. *La nueva tipología del riesgo y la posición de la jurisprudencia*

La reciente aparición de la fenomenología del riesgo —y los ulteriores factores de desorientación consistentes en la proyección de la figura del dolo eventual en algunos campos de la legislación penal complementaria— han determinado una segunda consecuencia que acompaña a la maduración definitiva de la crisis de las posturas tradicionales sobre el límite entre dolo y culpa.

En efecto, se asiste a una profunda modificación de las relaciones entre doctrina y jurisprudencia, que eran caracterizadas por la ausencia de reales diferencias de fondo, en virtud de una «repartición de deberes» basada sobre presupuestos apropiados aunque poco apreciables. En verdad, el análisis conjunto de la dupla conceptual «dolo eventual y culpa consciente» corresponde puntualmente a la respectiva «combinación», en sede aplicativa, de las dos clases de actividades «(ya) penalmente ilícita/ *ab origine* permitidas». Esta sen-

¹⁰ Aun así, el *Bundesgerichtshof* define «vaga» la confianza del seropositivo en la no verificación del contagio —también si él había adoptado medidas de precaución (*coitus interruptus*)— y no, en cambio, respecto al hecho de la muerte, porque considera fundada la esperanza del descubrimiento de un remedio eficaz contra el AIDS. Para una crítica puntual a tales argumentaciones, *vid.* PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», en ZStW (Bd. 103), 1991, pp. 8 y ss., RENGIER, «AIDS...», *cit.*, p. 229; ROXIN, *Strafrecht. AT. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3 ed., Múnich, 1997, (NT: existe traducción al castellano de la 2 ed. alemana, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. Luzón Peña/ Díaz y García Conlledo/ de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997,), p. 400, donde se propone también la creación de un tipo de peligro *ad hoc* para prevenir la difusión del fenómeno del AIDS.

cilla subdivisión constituía el principal indicador —por lo demás nunca explicitado— en grado de orientar la toma de postura jurisprudencial. Así, en el caso de que la realización del hecho típico era concretamente prevista (si no previsible) por el reo que actuaba en un territorio criminoso, se optaba en modo casi automático por la configuración del dolo eventual. Mientras que se consideraba casi siempre culpa con previsión del resultado las conductas en base de riesgo permitido¹¹.

El acuerdo tácito entre doctrina y jurisprudencia, más o menos loable, garantizaba efectos tranquilizantes¹² con relación a una casuística donde los principales protagonistas eran los ladrones —que no vacilaban en disparar con el fin de abrirse una vía de fuga— y los conductores temerarios de automóviles, donde una praxis en parte inspirada en el perverso principio del *versare in re illicita* no suscitaba demasiadas preocupaciones. Aun así los motivos de preocupación parecían evidentes pues, en ausencia de adecuadas argumentaciones, aparecía legítima la sospecha de que los órganos judiciales extraían la interioridad del dolo eventual de la esfera de las motivaciones por medio de ambiguas intuiciones moralistas, o bien a través del recurso a paradigmas simplificantes de «tipo de autor»¹³.

Ahora bien, la aparición de tipologías de riesgo de dudosa ubicación conlleva la ruptura de ese equilibrio y conduce a una evidente confusión de las actitudes que se venían delineando en sede científica y en el plano aplicativo.

La jurisprudencia reacciona, a nuestra sugerencia, con estrategias diferenciadas según las eventuales exigencias probatorias. En tal decisión se renuncia a volver a determinadas elaboraciones de derecho sus-

¹¹ Vid. CANESTRARI, «Dolo eventuali...», cit., pp. 122 y ss.; también con indicación de la doctrina extranjera; EUSEBI, «Appunti sul confine...», cit., p. 1087; VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, pp. 133 y ss.; el mismo, «Dolo eventuale e colpa consciente», en *St. iur.*, 2001, pp. 74 y ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, pp. 34 y ss. Para análogas consideraciones en referencia a la jurisprudencia española, vid. CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo y la imprudencia», en ADPCP, 1985, pp. 961 y ss.; la misma, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 277 y ss.; ZUGALDIA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», en ADPCP, 1986, pp. 407 y ss.; QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRAT CANUT, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Pamplona, 1999, pp. 343 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», en ADPCP, 1996, pp. 795 y ss.

¹² Vid. el cuadro descrito por PAGLIARO, «Discrasie...», cit., p. 115.

¹³ Así CANESTRARI, *op. ult. cit.*, 3, pp. 122 y ss.

tancial —quizás por considerarlas no suficientemente acreditadas (como por ejemplo, la teoría de la voluntad activa de evitar)—, terminando por utilizar únicamente los criterios enucleados por ella (basta pensar, siempre con referencia a la *Vermeidungstheorie*, en el indicador constitutivo de la conducta dirigida a impedir el resultado lesivo). Con mayor frecuencia, sin embargo, se opta por un reenvío genérico a aquellas formulaciones doctrinales que parecían garantizar un amplio margen de manipulación, necesario para satisfacer las distintas exigencias de la Política criminal¹⁴.

En esta perspectiva, se valora la posición que centra la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente en términos acentuadamente «subjetivistas», privilegiando los criterios fundamentados en el momento de *Gesinnung* (actitud de indiferencia o de desprecio hacia el bien jurídico protegido) o bien la formulación conceptual más vacía y manipulable, de nuestra «frase mágica»¹⁵ de la «aceptación del riesgo», o en los países de habla alemana la explicación expresiva de la aprobación «interior» o «íntima» resignada a la posible verificación del hecho en el ámbito de la teoría del consenso.

La doctrina, por su parte, no tardó en rendir cuenta de que estas (desenvueltas) aplicaciones jurisprudenciales ofrecen una evidente demostración de la vaguedad del enfoque dogmático predominante y vuelve a ocuparse, con renovado vigor, en un contexto social que presenta nuevas y urgentes problemáticas, de la línea de demarcación entre dolo eventual y culpa consciente. Tal exigencia viene advertida con distinta sensibilidad, pero las contribuciones más significativas de la doctrina contemporánea parecen compartir la valoración sobre la falta de progreso de las teorías volitivas en la dirección de una concretización y funcionalización de los requisitos del *dolus eventualis*¹⁶. Se tiende, en consecuencia, a subrayar la importancia de una investigación relativa a perfiles normativos de tal figura, indudablemente descuidando la orientación dominante respecto a los contenidos de tipo psicológico.

5. *La tendencia actual en la literatura alemana e italiana*

¹⁴ *Cfr.*, para un panorama de la situación italiana, VENEZIANI, «Dolo eventuale...», cit., pp. 75 y ss.

¹⁵ La expresión es de GALLO, «Ratio e struttura nel dolo eventuale», en *Crit. Dir.*, 1999, p. 411.

¹⁶ *Vid.*, *infra*, en parágrafo siguiente.

El difuso reconocimiento de la contribución que el dolo y la culpa suministran para la individualización del tipo de delitos dolosos¹⁷ y culposos seguramente ha propiciado la aparición de los actuales criterios tendentes a explorar los presupuestos «fácticos» de la forma «indirecta» del dolo con el objetivo de trazar, sobre una más sólida base normativa, la línea divisoria entre *dolus eventualis* y culpa consciente.

En este ámbito, que desde nuestro punto de vista puede resultar fecundo, se comienzan a delinear algunas orientaciones. Sin embargo, se puede observar que tanto la doctrina italiana como la trasalpina parecen moverse en dos direcciones distintas.

a) El *neuer Kurs* de la doctrina de lengua alemana se caracteriza por el frecuente recurso al concepto del riesgo en calidad de elemento fundamental de la estructura del *dolus eventualis*. Ello, conduce a atribuir a la valoración sobre la «naturaleza» del peligro, producto de la conducta del reo, una función decisiva para determinar la extensión de la «región» del dolo eventual y de la culpa consciente. Las numerosas aprobaciones recibidas por este enfoque —el cual prevé, por lo demás, significativas diferenciaciones internas¹⁸— no derivan solamente de la consolidación de los nuevos horizontes sistemáticos, sino de la conformación del tipo concreto actualmente más difuso. En efecto, se ha constatado que la tipología de casos capaz de «decretar» la crisis de los criterios clásicos de distinción entre *bedingter Vorsatz* y *bewußte Farhlässigkeit* pone, en realidad, en evidencia la cuestión concerniente a la «calidad» del riesgo conexo a la conducta del sujeto activo.

Sin embargo, el correcto propósito de valorar el contenido de las diversas fenomenologías de peligro para definir con mayor precisión si una conducta típica queda abarcada por el dolo eventual y la consi-

¹⁷ Cfr., para una correcta valoración de la doble dimensión del dolo, recientemente, JESCHECK/ WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 243 y ss. y 430; en la doctrina italiana, por todos, MARINUCCI, *Il reato come «azione»*. *Critica di un dogma*, Milano, 1971, pp. 153 y ss.; el mismo, «Non c'è dolo senza colpa» Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?, en RIDPP, 1991, pp. 32 y ss.; FIANDACA/ MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3 ed., Bologna, 1995, p. 183; problemáticamente, DONINI, *Illicito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milán, 1991, pp. 547 y ss.; el mismo, *Teoria del reato*, Padova, 1996, pp. 292 y ss. En la doctrina española, cfr., entre otros, CEREZO MIR, «Zur Doppelstellung des Vorsatzes aus der Sicht der spanischen Strafrechtswissenschafts», en ZStW, 1981, pp. 1016 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 400 y ss.

¹⁸ Sobre el punto, cfr., el análisis puntual de SCHÜNEMANN, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, Hindi FS, Berlín, Nueva York, 1999, pp. 366 y ss.

guiente distinción entre tal instituto y la culpa consciente, no parece encontrar expresiones convincentes en la elaboración de las diversas variantes del criterio del riesgo.

Sobre todo, en algunas formulaciones inducidas de la idea —no compartida— de que el momento volitivo del *dolus eventualis* sea irrelevante o bien no demostrable¹⁹; no debe sorprender, por tanto, que la versión más refinada de la *Risikotheorie* —aquella del peligro «no esgrimido» de HERZBERG²⁰— intente colocar el problema de la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente exclusivamente en el ámbito objetivo del tipo. Y en verdad, en el fondo la particular fisonomía de tal peligro c.d. «no esgrimido» (*unabgeschirmt*) —es decir confiado, durante o después de la acción del reo, totalmente o en medida relevante al caso— sería suficiente para determinar la elección a favor de la suposición del dolo eventual²¹.

Por tal motivo, se debe subrayar que cualquier reconstrucción de la responsabilidad dolosa indirecta carente de auténticas referencias de carácter volitivo parece difícilmente «practicable» (a pesar de que sustancialmente una adecuada defensa del reo dependerá de su confianza en la no realización del hecho en virtud de precauciones propias o de la víctima) y fuera de sintonía con el ordenamiento italiano, que edifica la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente sobre elementos de naturaleza psicológica. En segundo lugar, el apreciable esfuerzo realizado por la doctrina²² de conferir al objeto del *dolus eventualis* una más incisiva calificación normativa —por medio del concepto del «dolo de peligro» (*Vorsatzgefahr*)— no se traduce en una correcta labor de individualización de las peculiaridades estructurales de la responsabilidad dolosa indirecta que permitan apreciar plenamente la compleja articulación. No debe sorprender entonces,

¹⁹ Cfr., con matizaciones, la completa reconstrucción de JAKOBS, *Strafrecht. AT. Die Grundlagen un die Zurechnung*, 2 ed., Berlín, Nueva York, 1991, pp. 8 a 21 y ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, Berlín, Bonn, Múnich, 1983, pp. 255 y ss., 264 y ss., 482 y ss.; PHILIPPS, «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», en ZStW, 1973, pp. 35 y ss. Sobre esta cuestión, en castellano, FEJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», en CPC, 1998, pp. 308 y ss.

²⁰ Cfr., HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Ein problem des objektiven Tatbestandes», en Jus, 1986, pp. 249 y ss.; el mismo, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewussten fahrlässigen Verhalten», JZ, 1988, Teil I, pp. 573 y ss.; Teil II, 635 y ss.

²¹ Vid. HERZBERG, «Die Abgrenzung...», cit., pp. 255 y ss.; el mismo, «Die Wollen...», cit., Teil II, pp. 639 y ss.

²² Cfr. PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», en ZStW, Bd. 103, 1991, pp. 1 y ss.; la misma, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, pp. 32 y ss.

que el éxito de la famosa alegoría teórica de PUPPE sea negar cualquier diferenciación entre las diversas formas de realización dolosa, en la perspectiva de edificar un concepto unitario de dolo sobre el presupuesto de una «voluntad» o de una «intencionalidad» totalmente objetivizada.

Por lo demás, la idea de afirmar imputación dolosa cuando la conducta representa la «adopción de una estrategia idónea para la producción de un hecho que pueda encuadrarse en lo previsto en el tipo» (*Strategiekriterium*), sobre la base del juicio de un observador «racional» que opera según sensatos criterios de comportamiento y de elección²³, no puede conducir a encuadrar la relación entre «riesgos dolosos» y «riesgos culposos» en el ámbito del esquema «da aliud ad aliud». A la inversa, un enfoque similar termina por copiar trayectos teóricos que forman el concepto de «dolo de peligro» exclusivamente con el auxilio de abstracciones pertinentes a la esfera culposa, donde el proceso de construcción de la norma de cuidado —y de comprobación de su transgresión— no puede reenviarse al parámetro del «hombre racional», constituyendo el *homo eiusdem professiones et conditionis* una verdadera y real «personificación del punto de vista del ordenamiento jurídico»²⁴.

b) De igual modo, la doctrina italiana advierte más recientemente la exigencia de atribuir una mayor consistencia al «apoyo normativo» de la forma eventual del dolo poniendo en perspectiva una selección de riesgos que pueden sostener la imputación dolosa indirecta.

Los itinerarios escogidos por nuestra doctrina son esencialmente dos y pueden ser acumulados a través del loable intento de oponerse a aquella concepción voluntarística del dolo que no reconoce la existencia de un umbral inferior de relevancia de un riesgo realizado por quien quiere el hecho, por cuanto la reprobación subjetiva del reo doloso debe considerarse suficiente para compensar la carencia objetiva.

En una primera dirección el correctivo social aplicable (también) a las realizaciones dolosas sería constituido por la categoría general de la *objektive Zurechnung* (imputación objetiva), que edifica un concepto de «peligro penalmente relevante» como filtro objetivo común a conductas dolosas o culposas. La autonomía dogmática de la noción de imputación objetiva se justifica en realidad en cuanto ella introduce,

²³ Cfr. PUPPE, *Vorsatz und...*, p. 74.

²⁴ Sobre este último aspecto, cfr. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 228, donde retoma la apuntada afirmación de Armin KAUFMANN.

en la tipicidad dolosa y culposa, la idea de la superación de un idéntico nivel de riesgo permitido²⁵ o bien el elemento de la representación, actual o potencial, de la conducta concreta con su peligrosidad respecto al hecho histórico.

El problema de la reconstrucción del objeto del dolo o de la culpa adquiere relevancia, por lo tanto, solamente *a posteriori* de un juicio preliminar relativo a la naturaleza del riesgo representado o representable. A saber, dado el caso de que el peligro producido por el comportamiento del sujeto fuese permitido o socialmente tolerado, o bien fuese clasificable como un riesgo general de la existencia o de la vida ordinaria se debería formular una implícita e indirecta valoración de atipicidad. En esta perspectiva, no obstante es posible afirmar que el dolo terminaría por «incluir» relativamente la culpa al plano objetivo del riesgo. El auténtico requisito unificante de la ejecución dolosa y la culposa no sería la trasgresión de una norma de cuidado, sino la concreta peligrosidad de la conducta. Obviamente, se llega a la misma conclusión con respecto a la forma eventual del dolo, puesto que en tal hipótesis el sujeto responde porque ha aceptado el riesgo del hecho, se debe siempre exigir una peligrosidad estadística de la acción realizada «que no puede de cualquier modo ser inferior a aquella suficiente para una incriminación a título de culpa (salvo, se entiende, las otras diversas condiciones necesarias para un juicio consumado de imputación del hecho por culpa)»²⁶.

En el próximo párrafo verificaremos que este enfoque —a pesar de haber contribuido a subrayar la importancia de la tipificación del disvalor de acción en cada tipología delictiva— resulta centrado sobre aspectos no aceptables, pues resultan incapaces de describir correctamente la esencia de la tipicidad tanto de los ilícitos dolosos como de los ilícitos culposos. Por el momento, es suficiente observar que esa visión homogénea de lo objetivo en el tipo de realización culpable compromete una recta obra de distinción de la figura del dolo eventual y de la culpa consciente, las cuales no pueden «compartir» un segmento tan significativo de la dimensión material y a la vez representativa

²⁵ Vid., por todos, ROXIN, *Strafrecht...*, par. 11, núm. 39 y ss., pp. 310 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, cit., pp. 286 y ss.; con mayor precisión, recientemente, FRISCH, «La imputación objetiva: estado de la cuestión», en ROXIN / JAKOBS / SCHÜNNEMANN / FRISCH / KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, (SILVA SÁNCHEZ dirg.), Madrid, 2000, pp. 34 y ss.; críticamente, HIRSCH, «Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento», (Cornacchia trad.), RIDPP, 1999, pp. 752 y ss.

²⁶ Vid. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 350; análogamente, el mismo, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 328.

del comportamiento humano para ser distinguidos únicamente sobre el plano volitivo.

A objeciones en parte similares se expone la otra veta que sostiene la existencia de un mínimo denominador común de todas las formas de responsabilidad culposa. Esta plataforma objetiva no sería más identificable en la superación de un nivel «general» de riesgo permitido (frente a una idéntica conformación de la situación histórica), sino que debería «en primer lugar» detectar la trasgresión de la diligencia objetivamente necesaria (*objektiv erforderliche Sorgfalt*)²⁷. En realidad, en la doctrina italiana, tal pensamiento encuentra en las siguientes palabras su formulación más expresa y autorizada: «un hecho antijurídico puede ser cometido con dolo siempre que —en ausencia de dolo— estén presentes, respecto al mismo hecho, los extremos de la culpa»²⁸.

En verdad, los principales comentarios críticos que han sido adelantados con respecto a la expresión «no hay dolo sin culpa» resultan muy poco convincentes, porque se mueven esencialmente en la reivindicación de la centralidad de la actitud de la voluntad en el ámbito de una concepción subjetivista y moralizante del dolo («fuero interno»), difícilmente compatible con un modelo liberal de Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos. En la objeción que pretendemos realizarle a la tesis que centra en la medida impersonal de la culpa el presupuesto de la responsabilidad dolosa nos fundamos en argumentos completamente diversos. La razón por la cual consideramos insatisfactoria esta moderna visión de la «caza (a la manera) de la culpa en el dolo» no reside en la convicción de que la noción de riesgo se vacía en su función operativa en resguardo de la tipología del dolo²⁹, sino en la demostración de diferentes configuraciones en el elemento objetivo de la forma dolosa del requisito del peligro, cuya medida no puede ser siempre asegurada mediante la mensuración del *corpus* de cuidados, sean éstos más o menos codificados.

En el trascurso de los puntos sucesivos intentaremos ilustrar el tra-

²⁷ En esta dirección, ENGISCH, «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswirtdrigkeit im Strafrecht», en *Hundert Jahre Deutsches Rechtleben. Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, Bd. I, Karlsruhe, 1960, pp. 417; el mismo, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, pp. 53 y ss.; más recientemente, por todos, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlín, 1981, p. 156.

²⁸ Vid. MARINUCCI, «Non c'è dolo...», cit., p. 355.

²⁹ Así, sustancialmente, PAGLIARO, «Imputazione obiettiva dell'evento», en RIDPP, 1992, p. 800, según el cual previsibilidad y voluntad están en las conductas culposas y dolosas como requisitos alternativos entre ellos.

yecto dogmático que motiva tal conclusión —el nivel (presunto «inferior») del riesgo penalmente relevante no puede ser extraído *tout court* de la *objektive Seite* del ilícito culposo. Desde ahora, parece evidente que tal enfoque no puede contribuir a «separar» la específica identidad estructural del *dolus eventualis* y de la culpa consciente. En efecto, quienes sostienen —con apreciable claridad— que la imputación por dolo eventual exige la violación de la así llamada medida objetiva de la culpa³⁰, terminan inevitablemente por «conceder» sólo al momento volitivo la investigación de rasgos distintivos de la forma «menor» del dolo y de la culpa con previsión del resultado.

6. *La diversa fisonomía del requisito del riesgo en la responsabilidad culposa y en la responsabilidad dolosa*

Las objeciones hasta ahora desarrolladas imponen ilustrar con claridad la relación existente entre la dimensión (exterior) del riesgo y las diversas formas de realización culposa. La presencia de una «perceptible» situación de peligro (de producción del resultado) constituye el primer nivel —el único, por así decirlo, observable desde el punto de vista objetivo— de la estructura del dolo y de la culpa. Sin embargo, la característica de dicho «componente normativo» varía según la clase de ilícito de que se trate. Además, en el interior del delito doloso, la figura límite —el *dolus eventualis*— se caracteriza también en virtud de la fisonomía del requisito del riesgo, el cual se posiciona de un modo completamente peculiar.

a) Previamente, se debe tomar en consideración la faceta normativa del tipo culposo. Como es conocido en el proceso de reconstrucción de la tipicidad del ilícito culposo, la valoración de la peligrosidad de la conducta es confiada esencialmente al elemento de la previsibilidad —o, *melius*, reconocimiento— objetivo de la verificación del hecho. Obviamente, tal juicio no puede asumir más que una naturaleza hipotética, en cuanto que en el ámbito de la así llamada medida objetiva («impersonal») de la culpa se releva el «deber de reconocer», que por su naturaleza es refractario a una lógica de completa subjetivización perteneciente al plano de la culpabilidad. No obstante, tal distinción debe conferir una identidad «autónoma» y «sustancial» al hecho culposo. Si, de una parte, la comprobación no deberá nunca reenviar

³⁰ En el ámbito de la doctrina italiana, *cfr.* POSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, pp. 90 y ss.

a una medida individual y congruente con el propio agente real; de otro lado no podrá ciertamente estar fundada en aquello que no sea posible de identificar «en general».

En consecuencia, es necesario «recortar» una esfera del «deber» en la más amplia circunferencia del «poder». Una operación de este tipo puede ser realizada solamente a través del criterio del *homo eiusdem professionis et condicionis*, que selecciona los contextos de riesgos relevantes sobre el plano del *Tatbestand* por medio del reenvío a una pluralidad de figuras modelo, idealmente provistas de conocimiento nomológico y ontológico, así como de una capacidad psicofísica, socialmente apreciable en el contexto «histórico» en el que la conducta ha sido realizada. Con una gran precisión el juicio sobre el reconocimiento del peligro (de lesión) deberá ser efectuado sobre la base de los conocimientos nomológicos de un miembro «escrupuloso y prudente» del círculo de relaciones, asumiendo no obstante como base «ontológica» para la aplicación de tal competencia las *Anlass*, el conjunto de elementos de la situación concreta conocidos por el sujeto activo.

Llegados a este punto, tal «enriquecimiento» eventual determinado por los conocimientos «superiores» no compromete la relación existente entre contenido del deber de cuidado y el destinatario del mandato, en el sentido de que los peculiares conocimientos del autor pueden solamente dilatar la base del juicio insertándose de algún modo en la plataforma del riesgo ya plasmada en la figura del agente modelo³¹. En otros términos, en la obra de individualización de la norma de cuidado, no se compromete en absoluto la importancia central que revisten los conocimientos empíricos comprendidos en la sabiduría del *homo eiusdem professionis et condicionis*.

Este último criterio conserva, en consecuencia, su rol de «seleccionador» en el interior del conjunto de los conocimientos nomológicos (y ontológicos) aplicables *ex ante*, dando relieve solamente a aquellos expresos y exigibles de la tipología social a la que pertenece el sujeto real. Eso determina un inevitable proceso de subjetivización (la mayoría de las veces) *in bonam partem* —porque el requisito de la previsibilidad no asume como punto de referencia un saber «universal», ni toma en consideración, por ejemplo, los conocimientos superiores (*Sonderkönnen*) en posesión del individuo³²— del perfil «objetivo-subjetivo» de la culpa, sobre todo con respeto a la exigencia de definir para los ciudadanos las

³¹ Cfr. CANESTRARI, *Dolo eventuale...*, cit., parr. 3-5 del cap. II.

³² En este sentido la postura mayoritaria, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 565, nota 15 y doctrina allí citada, pp. 578 y ss.; en la doctrina italiana, con clari-

situaciones claramente permitidas de «libertad de acción».

En definitiva, en la vertiente objetiva del tipo culposo la base del juicio está subordinada a una limitación que resultará extraña al zócalo normativo del ilícito doloso, en cuanto es brindada por la circunstancia del hecho reconocible *ex ante* según el criterio del observador externo como *homo eiusdem professionis et condicionis* del sujeto activo.

Tal base parcial *ex ante* obviamente no está destinada a modificarse en la hipótesis de culpa reconducible al art. 61 núm. 3 de Cp, no cabe duda de que el elemento de la previsión del hecho debe ser unido a la estructura típica del delito culposo. El signo cualificante de esa forma agravada de culpa —la efectiva representación del nexo causal con la prefiguración por parte del sujeto activo de factores impositivos o interruptivos de tal vínculo³³— no se sustituye, pero si se superpone a la valoración sobre la peligrosidad de la conducta en la base del deber de cuidado y exigida según el parámetro del sujeto modelo. En tal contexto, el reo decide violar el deber de cuidado, pero, al mismo tiempo, ni «aprecia» y, en cierta medida, ni «comparte» la función preventiva.

En efecto, quien actúa con culpa con previsión es consciente del significado teleológico del deber de prudencia transgredido en la situación concreta, percibe la actualidad «preventiva» enfrentando al hecho lesivo, pero no se adecua al estándar de diligencia del *homo eiusdem professionis et condicionis* en la convicción de estar en posición de «dominar» el desarrollo de aquel específico peligro que la norma de cuidado se propone neutralizar. Parece en consecuencia evidente que el juicio erróneo del reo sobre la posible verificación del resultado ofensivo radica de cualquier modo en el marco del riesgo contemplado desde el deber objetivo (subjetivo) de diligencia violado.

b) Desde nuestro punto de vista también en la estructura de la responsabilidad dolosa se debe integrar un «peldaño objetivo» conectado, pero lógicamente anterior, a la imputación subjetiva del hecho doloso. Puesto que siempre se debe exigir la verificación de la vertiente interna —de la representación y de la voluntad del sujeto activo—. La cuestión de la imputación de un determinado hecho por dolo no puede ser resuelta sobre el plano meramente psicológico, sino que también deberá tener en cuenta la idoneidad objetiva de la conducta llevada a cabo para causar el resultado.

dad, FORTI, *Colpa...*, cit., pp. 270 y ss.; ROMANO, *Commentario...*, 2 ed., cit., sub. Art. 43/75, p. 428. Sobre el punto, *vid.* también, par. 3.3. lectura c.

³³ *Cfr.* G. A. DE FRANCHESCO, «Dolo eventual y culpa consciente», en RIDPP, 1988, pp. 144 y ss.

Como ha afirmado Giorgio MARINUCCI en un iluminado trabajo, una lectura exclusivamente subjetivista del dolo puede conducir a la imputación del hecho fortuito y a atribuir responsabilidad penal incluso a un *dolus malus* sostenido por un comportamiento que se detiene en la fase de la tentativa inidónea³⁴, en claro contraste con los art. 41 Cpv., 45, 49 Cpv, 56 Cp, que imponen una selección de riesgos también en el ámbito de la realización dolosa, en defensa de un Derecho penal del hecho orientado a la protección de bienes jurídicos.

De todos modos, este basamento normativo del dolo, sobre el cual se inserta la decisión del reo, no está identificado con la medida impersonal de la culpa, en cuanto no prevé aquel filtro surgido de las referencias a una pluralidad de figuras modelo. En efecto, en todas las formas del dolo la base del juicio de la peligrosidad de la conducta no es modelada sobre las circunstancias de hecho identificables en virtud de «competencias» o de «modelos de conocimientos» elaborados con el reenvío a índices de cognoscibilidad surgidos de las «tipologías sociales» de vez en cuando tomadas en consideración. En la estructura del ilícito doloso, en cambio, la base del pronóstico no puede ser otra que la reproducción de aquella utilizada en el juicio de idoneidad de los actos concernientes a la tentativa o en algunas versiones de la fórmula de la adecuación. También en estos contextos se propone, para determinar la peligrosidad de la conducta, una base (*ex ante*) parcial del pronóstico³⁵, pero la medida del juicio es más extenso³⁶ —mejor dicho, más exigente— de aquel aplicable en el ámbito del delito culposo.

³⁴ Cfr. MARINUCCI, «Non c'è dolo...», cit., p. 31, donde se subraya la incongruencia de un punto de vista similar.

³⁵ Es recibido como el enfoque dominante en la doctrina italiana y valora idóneos los actos que, según el juicio de un hombre prudente puesto en el lugar y momento de la realización del hecho —con la eventual integración de su conocimiento con los conocimientos especiales de individuo concreto (¿pero por qué no también sus especiales capacidades psicofísicas?)— se encontraba objetivamente en condición de realizar el delito (*vid.*, por todos, SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milán, 1959, pp. 127 y ss., *passim*; MANTOVANI, *Diritto penale...*, cit., p. 444; PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 518; ROMANO, *Commentario*, cit., 2 ed., art. 56/13, p. 555. Esta comprobación de la peligrosidad concreta de la acción, con base en un pronóstico objetivo póstumo, caracteriza también la versión tradicional de la adecuación causal y viene repropuesto, por lo demás notables oscilaciones, de los teóricos de la *objektive Zurechnung* (para un relevamiento de tal analogía *cfr.*, en la doctrina italiana, DOLCINI, «L'imputazione dell'evento aggravante», en RIDPP, 1979, pp. 779 y ss.; DONINI, *Illecito...*, cit., pp. 294 y ss.; el mismo, *Teoria...*, cit., p. 175; FORTI, *Colpa...*, cit., pp. 359 y ss. y 374 y ss.).

³⁶ Tal conclusión conserva también su validez porque adhiere a la diversa reconstrucción del juicio de idoneidad del que el art. 56 del Cp, *ex ante* pero sobre una base ontológica total, comprensiva de todos los datos objetivamente presentes al momen-

Más en detalle, aunque no sea esta la sede para resolver de manera definitiva el problema de la medida del conocimiento del observador objetivo³⁷, consideramos que se puede llegar a una conclusión importante para los fines que aquí pretendemos. En efecto, se debería convenir sobre este tema que la valoración del riesgo o la idoneidad objetiva de la conducta dolosa debe ser efectuada desde un modelo hipotético —no un «perito universal», sino un hombre sujeto de algún modo a parámetros severos y obligatorios³⁸, cual «observador experto» en posesión de los eventuales conocimientos y capacidades especiales del sujeto concreto— que no puede mostrarse como la inconsciente «transposición» del paradigma cognoscitivo del *homo eiusdem professionis et conditionis*³⁹.

to de la realización del hecho, aunque se conozcan sólo a posteriori (así, argumentando directamente del concepto de idoneidad *ex ante* art. 56 del Cp, ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, 2 ed., Milán, 1994, pp. 302 y ss.; análogamente, MARINUCCI, «Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali», en RIDPP, 1983, pp. 1224 y ss., nota 124-bis).

³⁷ Sobre el tema, *cfr.* las profundas observaciones de ANGIONI, *Il pericolo...*, cit., pp. 146 y ss., dedicado principalmente a la comprobación de peligro como elemento expreso del tipo penal.

³⁸ La prontitud de comprobación fundada sobre las conquistas de las ciencias experimentales disponibles al momento del hecho resulta impracticable en el plano procesal (*vid.*, por ejemplo, HIRSCH, sub par. 34, en LK, II, 10 ed., 1985, Rdn, pp. 27 y ss.).

³⁹ La transferencia de la «base» y de la medida del juicio de peligro que caracteriza la estructura de la culpa no surge solamente (mediante «pasajes» lógicos frecuentemente explicitados) en el límite del ilícito doloso. Piensese, por ejemplo, en la tesis que llamamos —con o sin disfraces— el paradigma cognoscitivo del sujeto modelo como medio selectivo para la comprobación de la identidad objetiva del peligro concreto como elemento del tipo penal (para una crítica a tales «contaminaciones» *vid.*, por todos, ANGIONI, *Il pericolo...*, cit., pp. 55 y ss. y 146 y ss.); una vez más: como punto de vista del cual determinar el peligro bajo la apariencia de los presupuestos de una causa de justificación (en este sentido, SCHAFFSTEIN, *Der Masstab für das Gefährurteil beim rechtfertigenden Notstand*, en Bruns FS, Berlín, 1978, pp. 102 y ss.; G. V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Nápoles, 1978, pp. 177 y ss.). Sobre el tema, *cfr.* las compartidas objeciones de MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, DDP, vol. II, Torino, 1988, p. 137 y nota 37, el cual considera asimismo oportuno el llamado a una figura dotada del máximo conocimiento ontológico y nomológico imaginable, aparte de eso depositaria de la finitud congénita de la posibilidad humana, *vid.*, entre otros, HIRSCH, *op. ult. cit.*, par. 34, Rdn. 29, que asume como la medida de valoración la del «observador experto»; JAKOBS, *Strafrecht...*, cit., 2 ed., p. 415, donde habla de «especialista competente»; DE VERO, *Le scriminanti putative — Profili problematici e fondamento della disciplina*, p. 805, según el cual se puede utilizar indiferentemente las últimas dos formulaciones.

La razón de esta indebida utilización de los conocimientos en poder del observador ubicado en el ámbito del sujeto más allá del sector originario del ilícito culposo se puede explicar, verosímilmente, con el hecho de que justamente en la categoría

Ante todo, el juicio sobre la peligrosidad de la conducta dolosa no puede depender —lo cual sería auténticamente «insoportable»— del estado «casual» de los conocimientos que se pueden esperar (y «pretender») del «ámbito» al que pertenece el agente. En segundo lugar, mientras el instrumento heurístico del reenvío a un modelo cognoscitivo (aquel del *homo eiusdem*) puede considerarse el auténtico «eje» en torno al cual rueda la obra de edificación de la tipicidad culposa, en el ámbito objetivo del ilícito doloso —visto adecuadamente a buen resguardo— no se asiste a ninguna abstracción «*in bonam partem*» del conjunto de las circunstancias apreciadas por el reo. En verdad, si en la culpa «objetivo-subjetiva» el enriquecimiento de los eventuales conocimientos especiales del autor —lo que implica en general la consecuencia de ampliar el ámbito de la responsabilidad penal— puede admitirse solamente a condición que la relevancia del concreto patrimonio cognoscitivo del sujeto sea motivado («autorizado») por su pertenencia a un determinado grupo de referencia, en el juicio sobre el peligro de una conducta dolosa deben tomarse en consideración todas las circunstancias generalmente reconocibles de un experto observador objetivo o bien apreciadas por el reo. Es decir que, en la reconstrucción del «apoyo» normativo del dolo, se debe partir siempre de los personales conocimientos, ontológicos y nomológicos, del agente, los cuales revisten un rol fundamental e independiente en cuanto no son vinculados a una previa valoración por parte de un (prudente) espectador neutral.

Por tanto, no pueden existir identificaciones entre la forma de riesgo connatural de la conducta culposa y el peligro propio del dolo, porque en esta última tipología delictiva pueden adquirir significado circunstancias proscritas del cuadro ambiental utilizable para el juicio sobre la culpa. Mientras en el ámbito objetivo del delito culposo el comportamiento del sujeto viene valorado asumiendo como parámetro la conducta que hubiese tenido el agente modelo, en la determinación de la estructura del ilícito doloso el observador ideal debe no sólo descender a la situación externa espacial y temporal de quien actúa, sino asimismo adquirir plenamente sus concretos conocimientos ontológico y nomológicos⁴⁰.

de la culpa es históricamente donde «ha surgido y prosperado el instrumento heurístico de referencia a un modelo del conocimiento», (así, puntualmente, AGIONI, *Il pericolo...*, cit., p. 57).

⁴⁰ Así, CANESTRARI, *Dolo eventuale...*, pp. 90 y ss. y 105 y ss.

7. (Continuación) Ejemplo docente

a) Para un primer y somero análisis, el conocido caso del colega (rival) o el sobrino (codicioso), etc.— Tizio provoca un altercado o interviene para hacer más ardiente una discusión en la que participa Caio, con el objetivo de ocasionar su muerte por un paro cardiocirculatorio; no podrá ser considerado responsable penalmente en caso de que su deseo se haga realidad⁴¹. Sin embargo, si suponemos que Tizio tiene conocimientos, con motivo de una conversación telefónica, del peculiar problema físico de la víctima, Caio tiene un aneurisma de la aorta, la conclusión puede no coincidir con la anterior. Del mismo modo que la conducta intencional de Tizio que finge tropezar para chocar violentamente con Caio, o bien participa del altercado empujando con fuerza a la víctima ya en estado de excitación, asume relevancia penal en el caso de que provoque el resultado querido, es decir, el deceso de Caio.

Por el contrario, consideramos que el comportamiento incauto o irreflexivo de Tizio con respecto al conocido o al tío Caio, realizado en el mismo marco «ambiental» apoyado sobre idéntica plataforma objetiva de riesgo, puede difícilmente configurar una hipótesis culposa. En efecto, no existe ninguna violación de las reglas de diligencia atribuibles a Tizio, en cuanto él no se encuentra en la «condición» de haber determinado relaciones con el sujeto pasivo que motivaran el deber de representarse el dramático desarrollo de la situación de riesgo anteriormente descrita. Y en verdad, no parecen integrarse los extremos del delito de homicidio culposo aun cuando la muerte haya estado ocasionada por un violento conflicto originado por el comportamiento de Tizio, que durante la animada discusión (por razones de preferencia en el tráfico o de cólera deportiva) no pone atención al terreno resbaladizo y termina por determinar —con un empujón o, más simplemente, tropezando— la caída letal de Caio. A nuestro juicio, aunque Tizio al tiempo de la conducta posea conocimientos especiales «esenciales» relativos a la condición física de la víctima, no surge a su respecto ninguna obligación de abstenerse de participar en el altercado,

⁴¹ El caso que intentamos utilizar como objeto de discusión ha sido elaborado por DONINI, *Illecito...*, pp. 312 y ss.; el mismo, *Teoria...*, p. 328, nota 74, con el intento de construir los beneficios de una autónoma valoración procesal común de dolo y culpa sobre la representación *ex ante* del peligro y la realización del resultado lesivo. Como veremos inmediatamente, el examen de esta hipótesis demuestra en verdad lo contrario, en caso de que no se omita, en la perspectiva de fondo del juicio, de diferenciar los componentes nomológicos, así como los conocimientos exigibles y aquellos efectivamente poseídos por el sujeto.

o bien de controlar el normal ímpetu para no comprometer el equilibrio propio o el del sujeto pasivo. Obviamente, se debe llegar a conclusiones nuevamente diversas en el caso en que Tizio se haya enterado de la condición física de Caio en su carácter de médico. En este caso, se genera en relación a Tizio el deber de no aumentar o neutralizar el riesgo de hundimiento cardiocirculatorio del paciente envuelto en la ardiente discusión. Como parece evidente, dicha afirmación conserva validez aunque tales conocimientos especiales no hayan estado efectivamente activos, en cuanto se debe, de todos modos, exigir que el sanitario «recurra a la memoria» o «actualice» la precaria situación física de su asistido en el momento en que se verifica la discusión.

b) La conducta del joven médico jefe de ortopedia, el cual juega al fútbol en los días festivos con un conjunto de amigos y provoca por distracción la fractura de la pierna de un adversario, será juzgada (exclusivamente) según los criterios de tipo normativo extraíbles de los «futbolistas de los domingos», con la consecuencia de que difícilmente se integrará el ámbito objetivo de la culpa.

Lo dicho encuentra confirmación prescindiendo de la circunstancia de que se hubiera producido una activación efectiva de los conocimientos especiales por parte del sujeto (en esta situación «no más sanitario», sino «deportista ocasional e inexperto»). En efecto, en caso de que el sujeto «se olvide» de su competencia al efectuar una torpe intervención de juego, no puede ciertamente considerarse subsistente alguna obligación de «recurrir a la memoria», a sus especiales conocimientos profesionales (los cuales a lo más pueden asumir significado en un momento inmediatamente posterior, relativo a la cura del infortunado). Así también, en el caso en que el ortopédico actualice los conocimientos nomológicos que posee, no consideramos que pueda exigirse en el contexto descrito —siempre que se trate de una conducta no destinada a causar la lesión— un deber de asistir o neutralizar el riesgo⁴², salvo «prohibir» a los médicos la práctica de deportes que con-

⁴² En la dirección opuesta las reflexiones de DONINI, *Teoría...*, p. 328, nota 74, determinado por lo demás a algunas situaciones donde toman relevancia los conocimientos especiales no causales o profesionales, sino relativos a circunstancias meramente históricas (de hecho). Según el autor citado el examen de tal hipótesis —definida excepcional— no contradice la tesis con base a la cual «el nivel de peligrosidad *ex ante* de la conducta dolosa no puede resultar inferior a aquel correspondiente a una análoga realización culposa del mismo resultado (siempre y cuando pueda funcionar una tal comparación)». DONINI, *Teoría...*, p. 255.

Tales conclusiones no son en verdad compartibles: en primer lugar, para verificar los fundamentos de la tesis aquí criticada no se debe ignorar la existencia de casos

templen contactos físicos sin un adecuado entrenamiento y una idónea preparación técnica⁴³.

A la inversa, al evaluar el actuar doloso del ortopédico, el cual causa voluntariamente la fractura de la pierna de su enemigo personal y jugador del equipo contrario, no podrá prescindirse de sus conocimientos como especialista, de tal modo que parece más fácil suponer la subsistencia de la superación dolosa del riesgo permitido.

c) La configuración de conductas peligrosas con el fin de una eventual atribución por dolo, pero no por culpa, del resultado lesivo deben recibir una ulterior verificación del hecho de que, en la individualización del ámbito del riesgo penalmente relevante, las capacidades especiales (*Sonderfähigkeiten*) del sujeto real puede no venir en consideración solamente en caso de ausencia de intencionalidad y voluntad de realizar el tipo criminal.

Y en verdad, en sede de tipicidad culposa, la doctrina predominante considera correcto tener en cuenta solamente las percepciones eventuales o conocimientos causales poseídos por el sujeto (*Sonderwissen*)⁴⁴, pero no su superior capacidad psicofísica⁴⁵.

Por otro lado es necesario subrayar la inidoneidad de la amenaza de una sanción penal para imponer a los socios de elevar la propia capacidad fuera del nivel de los círculos de relación de pertenencia⁴⁶:

análogos a aquellos en discusión, donde vienen a consideración los conocimientos especiales nomológicos (así como la mejor capacidad psico-física) en posesión del individuo reo (doloso o culposo), suponiendo que esos conocimientos (y cualidades) contribuyan a definir el ámbito del riesgo normativamente relevante a fin de la imputación por dolo como por culpa. Por lo demás, también en la hipótesis de conocimientos especiales ontológicos se ha demostrado —en el caso A examinado anteriormente— sostenible una diferencia entre el riesgo significativo para la tipicidad de la conducta dolosa y aquel característico de la tipicidad culposa.

⁴³ He aquí, entonces, que no resulta tampoco compartible la reciente toma de posición de la doctrina, donde pretende reafirmarse el principio de que no hay dolo sin culpa (consciente), asumiendo como presupuesto base el riesgo desarrollado de modo consciente, EUSEBI, *Il dolo nel diritto penale...*, p. 1073; el mismo, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato...*, pp. 1071 y ss.

⁴⁴ Se recuerda el caso presentado por HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der ZStW», parte II, ZStW, Bd. 94, 1982, p. 274 (recuperado por FORTI, *Colpa...*, p. 271, nota 279), relativo al sanitario que durante una estancia de estudio en una universidad extranjera o por su propia investigación obtiene el conocimiento de los graves efectos colaterales de un fármaco, ignorados por sus colegas; en caso de que él suministre tal medicina violará la diligencia objetiva, «ya que para un tercero prudente en su situación el evento era previsible».

⁴⁵ *Vid.* la doctrina citada *supra* en la nota 33.

⁴⁶ A lo más, podrá dirigirse desplazarse al sujeto una reprobación moral por no haber estructurado íntegramente su dote excepcional.

tal pregunta puede por lo demás conducir a acrecentar la seguridad del tercero en el uso de tales habilidades extraordinarias y eso aumentar la exposición a peligro de los bienes jurídicos⁴⁷.

Ahora bien, debe parecer completamente evidente que tal conclusión está destinada a modificarse en el caso de que sea necesario evaluar una conducta dolosa. Como recientemente recuerda autorizada doctrina, el corredor automovilístico no está obligado a emplear siempre y de cualquier modo toda su habilidad, en tanto que no esté en carrera; sin embargo, si en caso de emergencia, intencional o voluntariamente no usase su pericia para evitar el incidente letal se podrá integrar la figura de un homicidio voluntario⁴⁸.

En definitiva, es necesario tener en cuenta—en armonía con la idea de una construcción de los tipos delictivos separados desde el origen—la pluralidad de las dimensiones objetivas. La estructura del ilícito doloso se diferencia de la del ilícito culposo también en virtud de una diferente valoración normativa de las esferas de riesgo imputables al sujeto. Únicamente a partir de tales presupuestos se tendrá acceso a una visión más articulada del criterio distintivo entre *dolus eventualis*⁴⁹ y culpa consciente, contrariamente a diversas orientaciones, objeto de nuestras objeciones críticas, que consideran necesario individualizar un substrato común a cada forma de realización culpable.

8. *La forma de responsabilidad dolosa directa (Absicht; direkter Vorsatz) y la conducta peligrosa*

A esta altura debe considerarse definitivamente claro que el trayecto necesario para determinar la estructura de la peligrosidad concreta de la conducta como posible objeto del dolo o de la culpa no puede decirse uniforme, en tanto la base del juicio orientado a determinar el

⁴⁷ Así, con razón, FORTI, *Colpa...*, p. 276; ROMANO, *Commentario...*, 2 ed., sub art. 43/76, p. 428.

⁴⁸ Casi textualmente, ROMANO, *Commentario...*, 2 ed., sub art. 43/76, p. 428. Dicho eso, mucho más sorprendente el hecho de que el contenido de la mejor capacidad física no ha sido todavía tratada en el análisis del elemento objetivo de la estructura del delito tentado. En efecto, parece fácil comprender porque el juicio de idoneidad concreta de los actos debe ser integrado por los conocimientos especiales de sujeto y no por su eventual capacidad física.

⁴⁹ Como tendremos oportunidad de mostrar en las páginas siguientes, los niveles de riesgo sostiene la imputación dolosa indirecta no son homogéneos tampoco como los característicos de la otra forma de dolo.

umbral de riesgo penalmente significativo se modifica según que el comportamiento sea o no doloso. En verdad, en los casos en que la conducta aparezca como lesiva al bien jurídico, se deberá adoptar un criterio que permita apreciar una situación de riesgo relevante en todas las situaciones en que el reo tenga conocimiento de aspectos que hagan peligroso el hecho —o bien tuvieran capacidad de producir peligrosidad— cuando de otro modo esa conducta sería considerada como absolutamente inocua.

Señalado esto, se debe enuclear también en el delito doloso un hecho objetivo constituido de todo aquello que es representable según el punto de vista *ex ante*: en el tipo causalmente orientado, la conducta en su idoneidad o adecuación causal y el evento como su consecuencia (art. 43, 49 cpv., 56 Cp)⁵⁰. En síntesis, sólo el riesgo de la producción de un resultado lesivo reconocible *ex ante* puede integrarse en el objeto del dolo entendido como representación y voluntad. No obstante que esta última afirmación sea compartida por la doctrina más precisa⁵¹, ella no puede resultar satisfactoria y desde luego puede dar origen a insidiosos equívocos dogmáticos si no se tiene cuidado de especificar los criterios que deben orientar tal valoración sobre la concreta peligrosidad de la conducta dolosa.

Nuestro pensamiento es de aquí en adelante conocido, la base y medida, así como, obviamente, el momento, de tal juicio es análogo a

⁵⁰ Puntualmente, DONINI, *Illicito...*, cit., específicamente pp. 481 y ss.; EL MISMO, *Teoria...*, cit., pp. 256 y ss., donde se subraya la exigencia de extraer de la norma citada argumentos decisivos a favor de la construcción hermenéutica de un concepto de disvalor de la acción acorde con parámetros objetivos de peligrosidad.

⁵¹ MARINUCCI, «Non c'è dolo...», cit., pp. 26 y ss.; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 3. ed., cit., pp. 305 y 313; en la reciente producción bibliográfica, no obstante moverse en presupuestos a veces no coincidentes, *vid.* DONINI, *Illicito...*, cit., pp. 312 y ss. y 481 y ss.; PROSDOCIMI, *Dolus...*, cit., pp. 85 y ss.; EUSEBI, *Il dolo...*, cit. pp. 87 y ss.; MILITELLO, *Rischio...*, cit., pp. 246 y ss. En la doctrina alemana, la opinión que reconoce la necesidad *ex ante* de riesgos también en el ámbito de la realización dolosa es absolutamente mayoritaria, si bien el ordenamiento jurídico penal prevé la punibilidad de la tentativa inidónea (*cf.*, entre otros, con etapas interpretativas por lo demás bien diferenciadas, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, cit., pp. 84, 119 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung...*, cit., p. 156; ROXIN, «Finalität und objektive Zurechnung», en *Armin Kaufmann-GS*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pp. 245 y ss.; últimamente, FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung. Ein Beitrag zur Harmonisierung des zeitlichen Haftungsrahmens bei vorsätzlichen und fahrlässigen Erfolgsdelikten*, Baden Baden, 2000, p. 96, donde afirma, de igual modo, que la punibilidad para un delito culposo de resultado puede ser ligada a una conducta sólo cuando ésta, en el caso en que el autor hubiese actuado con el correspondiente dolo para la producción del resultado, contiene las condiciones necesarias para el inicio de la tentativa.

aquellos que permiten comprobar la idoneidad concreta de los actos en la estructura del delito tentado. Por ello, con la conciencia alcanzada en orden al rol autónomo que revista las características individuales del sujeto doloso —es decir, su situación intelectual y sus reales capacidades físicas—, se puede formular la siguiente conclusión en el sector de los tipos causalmente orientados. También en la tipología de los delitos dolosos consumados se debe suponer —y comprobar, cuanto menos en las hipótesis problemáticas— la adecuación del riesgo producido respecto a la verificación del resultado. Ahora, para que un determinado comportamiento sea juzgado idóneo para sostener una imputación por dolo, es necesario que el peligro (de producción del resultado) connatural a la conducta sea objetivamente reconocible por un «observador experto» (dotado, a saber, del conocimiento ontológico y nomológico generalmente accesibles) en el tiempo y lugar en que se encuentra el sujeto activo en posesión de sus (eventuales) conocimientos —ontológicos y nomológicos— especiales, así como de sus (eventuales) capacidades psicofísicas especiales relevantes para la comprensión de la dinámica del hecho.

Solamente a partir de tales valoraciones se puede identificar aquellos elementos estructurales de la peligrosidad que constituyen, sobre el plano objetivo, el auténtico denominador común a las, y únicamente a las, diversas formas del dolo. Lo dicho no agota, sin embargo, las cuestiones conexas a la relevancia que se debe atribuir a la entidad del riesgo valorable *ex ante* en el ámbito del delito doloso. Mientras en referencia a la tipología de la responsabilidad dolosa directa parecen suficientes algunas puntualizaciones —que no podemos desarrollar aquí por cuestión de espacio⁵²—, las actitudes del requisito del peligro como objeto del dolo eventual exigen fundamentales consideraciones añadidas.

II. La identidad diferenciada del dolo eventual

1. *La estructura objetiva y subjetiva del dolus eventualis*

Si en la figura del dolo directo (de segundo grado) la naturaleza y el grado de la representación referido a la realización del hecho, en términos de «certeza» o de «alta probabilidad», desenvuelve la función de crear un vínculo suficientemente «concluyente» —sobre el plano psi-

⁵² Vid. Canestrari, *Dolo eventual...*, cit., pp. 184 y ss.

cológico— con el hecho no realizado intencionalmente; en el ámbito del dolo eventual tal mandato viene tradicionalmente ligado a la fórmula de la «aceptación del riesgo» o a otra del todo equivalente, como el actuar «al costo de», o bien «considerando el hecho como «precio a pagar».

No cabe duda, sin embargo, de que las prestaciones de tales criterios se manifiestan decepcionantes, ya sea bajo el perfil de una clarificación definitiva en orden a la existencia del elemento volitivo del *dolus eventualis*, ya sobre el aspecto relativo a la individualización de una convincente línea de demarcación con el fenómeno de la culpa con representación. Si bien entre los dos aspectos existe una obvia conexión, la búsqueda de una solución a estos problemas no aporta beneficios de un examen conjunto. El enfoque, absolutamente mayoritario en la doctrina, que pretende demarcar el criterio distintivo entre dolo eventual y culpa consciente sólo sobre la base de una demostración previa de criterios personales «volitivos» en la responsabilidad dolosa «indirecta», ha, en efecto, contribuido a ocultar la compleja articulación de los límites entre ilícito doloso e ilícito culposo.

Un análisis diferenciado de estos temas permite, en cambio, abordar la cuestión del «límite» entre *dolus eventualis* y culpa consciente también sobre el plano objetivo del «riesgo» sin confiar los resultados de la investigación sólo en la exégesis o en la paráfrasis del concepto de «aceptación». Esta última noción constituye seguramente un requisito esencial para afirmar la integración del dolo eventual, pero a ellas no viene asignado el rol de indicador exclusivo para distinguir las mencionadas formas de realización culposa. La consideración de que el dolo no se reduce a un mero acontecimiento interior, sino que debe apoyarse el aspecto subjetivo en un ámbito «externo» y «material», que no puede no poder considerarse homogéneo —como se ha demostrado ampliamente— con el perfil objetivo del delito culposo, nos permite ahora investigar el contenido de la conducta peligrosa como objeto del *dolus eventualis*.

Es éste el momento de reconocer al *dolus eventualis* una fisonomía estructural más compleja, que se articula en diversos peldaños que conservan su autonomía: el peligro situacional para el bien jurídico y los elementos cognitivo y volitivo.

2. *El peligro típico del dolus eventualis: el riesgo doloso*

Consideramos ahora necesario proceder a la distinción entre el *dolus eventualis* y la culpa con representación valorando «en primer tér-

mino» las características externas y sociales del comportamiento del sujeto. Obviamente, para que esta operación resulte convincente se debe describir con absoluta claridad la identidad específica de la forma indirecta del dolo compuesta del elemento volitivo —aunque sea atenuado— y de una conducta particularmente cualificada sobre el plano del riesgo. En consecuencia, la reconstrucción que intentamos efectuar debe moverse —para evitar ser atraída por la órbita de las concepciones que sostienen una enojosa objetivización de la teoría del dolo⁵³— dentro de un presupuesto fundamental. La esencia del *dolus eventualis* no podrá ser más investigada en la dimensión objetiva del peligro sin referencia a la representación y a la voluntad del sujeto, de modo que la valoración del suceso exterior —indispensable para diferenciar eficazmente la responsabilidad dolosa indirecta de la culposa— debe ser orientada en modo tal que se integre también a nivel procesal con la investigación concerniente a la participación interior del sujeto en relación a los datos observables.

Eso implica que un juicio sobre la naturaleza social de un determinado riesgo —a fin de verificar si el mismo puede configurar el ámbito normativo del dolo eventual— debe asumir como base todas las circunstancias (y solamente aquellas) apreciadas por el sujeto activo al tiempo de realización de la conducta. Tal comprobación concreta debe, entonces saber fundarse sobre los conocimientos ontológicos y nomológicos que el sujeto actualiza en el momento en que actúa. Solamente si se concibe al *dolus eventualis*, desde el primer peldaño de su estructura, en función del «saber» en posesión del sujeto activo, se podrá conferir a la forma indirecta del dolo una auténtica dimensión humanística que no exalte el contenido prejurídico. Argumentando de otro modo, no será posible investigar aquella decisión personal por la «eventual lesión del bien jurídico» —basada sobre una efectiva conciencia de los riesgos etiológicos contra una dirección no socialmente previsible⁵⁴— oponible a las recurrentes adulaciones de quienes intentan presumir el dolo eventual de la mera inobservancia de reglas abstractas.

Llegado a este punto, teniendo en cuenta dichas consideraciones, será necesario ilustrar el procedimiento mental que permite verificar si un riesgo específico creado por una determinada conducta posee tal cualidad para integrar eventualmente los extremos de una responsabilidad dolosa indirecta, o bien configurar una culpa con representación, donde el hecho sea previsto como delito culposo.

⁵³ *Vid.*, retro, par. 5 a).

⁵⁴ Sobre este elemento *vid.*, por todos, DONINI, *Ilicito...*, cit., pp. 342 y ss.

Ahora bien, se trata de recorrer la única vía que permite asegurar una valoración similar de la naturaleza «social» de un bien individualizado comportamiento peligroso ordenado a engarzar indicios normativos, los cuales no revelan sólo en abstracto el juicio diverso concernientes a la licitud de particulares clases de actividad. Es necesario, por tanto, sobre la base de los conocimientos efectivamente poseídos por el sujeto y de las circunstancias por él conocidas en la fase de la ejecución de la conducta, efectivizar frente a una situación concreta, el balance entre las dos fundamentales dimensiones en juego: por un lado, el interés social de la acción efectuada (en comparación con la utilidad de la actividad de la que ella es expresión); por otro lado, el tipo y la dimensión del riesgo de lesión.

Para comprender mejor la eficacia de este criterio desde la perspectiva de un caso concreto, se debe de todos modos tener presente que en el ámbito de esa polaridad contrapuesta es necesario referirse a factores ulteriores. Así, el valor o la habitualidad social de la conducta peligrosa realizada por el sujeto activo debe ser analizada en conexión con la finalidad o el fin de la misma⁵⁵, mientras la fisonomía del riesgo viene reconstruida tanto en función de la gravedad de la lesión al bien jurídico, como del rango de éste. Además, es evidente que tiene asignado un rol central el (elemento constitutivo del) grado de probabilidad de verificación de la lesión y así mismo —aunque sólo en parte—, al grado de probabilidad de alcanzar el fin propio de la actividad. Finalmente, puede tomarse en consideración la disponibilidad eventual de medias de seguridad y la exigibilidad de medidas de prudencia en la perspectiva de la dinámica específica de los hechos⁵⁶.

⁵⁵ Acerca de ello puede considerarse significativo como este último elemento es tomado en consideración en la misma definición de las *Recklessness*, formulada en la sección 2.02 (2) (c) del *Model Penal Code*: el riesgo «negligente» del sujeto para suscitar esta forma de culpabilidad debe ser, en efecto, «de tal índole y grado que, considerando la naturaleza y la intención de la conducta del sujeto y las circunstancias por él tenidas en cuenta, implique una grosera desviación del tipo de comportamiento que una persona respetuosa de la ley habría mantenido en la situación concreta del sujeto» (*vid. The American Law Institut, Model Penal Code and Commentaries, Official Draft and Revised Comments*, I, Philadelphia, 1985 part. 1, p. 226). Como es evidente, el problema concerniente a la controvertida colocación de tal figura podrá ser analizado solamente a continuación, después de que esté del todo clara la relación entre el dolo eventual y la culpa consciente.

⁵⁶ Para un examen de este último *Hilfskoodinaten* en el ámbito del balance que contribuye a delinear (sólo) la estructura del hecho culposo, *cfr.* SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», en *JA*, 1975, pp. 516; 575 y ss.

Ahora bien, puesto que tal balance debe ser informado desde las variables de la situación concreta —y no se agota, por tanto, sobre el plano meramente objetivo, debemos tener en cuenta los conocimientos y la capacidad psicofísica en posesión del sujeto activo al tiempo de la realización de la conducta—, es necesario tener plena conciencia del hecho de que los criterios catalogados no pueden seguramente ofrecer una solución siempre precisa de los muchos problemas dogmáticos y prácticos ligados a la delimitación entre la imputación dolosa indirecta y la culposa. Desde nuestro punto de vista, los criterios heurísticos más útiles para ponderar los varios puntos de vista en conflicto en la valoración de un determinado comportamiento peligroso deben ser constituidos justamente a partir de la referencia a la figura modelo. En verdad, la circunstancia misma de que sea posible reconstruir una tipología de agentes —más o menos circunscrita o diferenciada— por la cual mensurar la conducta del sujeto concreto representa un indicio, aunque no definitivo, de la culpabilidad de tal riesgo producido y después materializado en el resultado lesivo.

Más claramente, a fin de perfeccionar los términos de tal conexión, consideramos sea, por el contrario, una indicación eficaz para afirmar la naturaleza dolosa de un determinado peligro —sobre el cual se puede fundar una responsabilidad por *dolus eventualis* en caso de que el reo se represente la dirección etiológica contra el resultado ofensivo y acepte su verificación— la circunstancia de que no sea individualizable una figura tipo en grado de («reconocer como propio», o mejor, de) tomar seriamente en consideración la asunción de un riesgo similar⁵⁷. En otros términos, allí donde no sea posible aplicar una *Massfigur* al caso, en cuanto la entidad del peligro (en la actual potencialidad lesiva) es tal, que la perspectiva de correr dicho riesgo puede ser percibida y valorada por el sujeto —siempre considerando sus conocimientos y las circunstancias por él conocidas— solamente «*spogliandosi delle vesti*» (*rectius*: «negando la investidura») del *homo eiusdem professionis et conditionis*, se puede y se debe analizar la cuestión relativa a la subsistencia de una «decisión» del sujeto concreto a favor de una (eventual) violación del bien jurídico.

Por lo demás, únicamente con el auxilio de estas observaciones fundamentales puede obtener un significado más plausible la fórmula, desde hace tiempo consolidada en la doctrina y en la jurisprudencia, que exige, para la configuración de la culpa con representación, además de la representación de la posibilidad de la realización del hecho, la confianza «motivada» de que en concreto el resultado no sobrevendrá. No

⁵⁷ Vid. CANESTRARI, *Dolo eventuale...*, cit., especialmente, pp. 143 y ss.

se comprende, en efecto, de que parámetros se puede deducir la presencia de una confianza del sujeto activo —más bien que una mera esperanza; vale decir, de un convencimiento (erróneo pero) justificado con un mínimo fundamento de racionalidad—, en la hipótesis en que su actuar no sea tampoco confrontable con aquel perteneciente a alguna tipología social.

Se formula, a continuación, un ejemplo de manual haciendo referencia al clásico sector de la actividad médico quirúrgica, reenviando al párrafo siguiente el examen de los casos complejos puestos en evidencia en la realidad procesal.

El cirujano, director de una clínica privada donde sólo se pueden realizar alguna clase de anestias, en caso de que tenga conocimiento del hecho de que un paciente allí hospitalizado es alérgico a tales sustancias y que puede ser con facilidad transferido a una estructura hospitalaria más equipada, valorará invariablemente la situación concreta en que se encuentra «escalofriante», pero claramente sin alternativas (la eventualidad de afrontar el riesgo de un resultado lesivo no podrá ser obviamente tomada en consideración).

Debe resultar claro entonces que en el momento en que el sujeto decide actuar —a saber, efectuar la operación por motivos de lucro o con el fin de no desacreditar su instituto sanitario—, ese peligro que él intenta efectivamente correr no puede ser reconocido como propio de algún miembro de su círculo de pertenencia. Se trata, entonces, de un «riesgo doloso», en tanto en el ámbito de la tipología social de referencia su asunción no puede tampoco ser tomada en consideración. En consecuencia, para excluir la subsistencia de una responsabilidad dolosa indirecta con respecto al resultado letal verificado, no será seguramente suficiente sostener, por ejemplo, que el médico había confiado en la posible salvación del paciente por una eventual intervención del anestesista reanimador del equipo de su clínica.

3. *El ámbito subjetivo del dolo eventual*

En definitiva, si se quiere condensar en una fórmula el contenido del peligro que hace de «pedestal normativo» de la categoría del dolo eventual, es correcto utilizar la siguiente definición: debe tratarse de un riesgo «no permitido»⁵⁸, cuya suposición no puede tampoco ser

⁵⁸ Es necesario evidenciar también tal requisito, porque en el ámbito de la controvertida categoría del *erlaubtes Risiko* es inherente del peligro constituido objeti-

tomada seriamente en consideración de la figura modelo de un sujeto concreto.

Esta «objetivización» de los límites inferiores de la figura del *dolus eventualis* está de acuerdo con encuadrar el problema de la distinción entre la forma indirecta del dolo y la culpa con representación también en una dimensión estructural y normativa sin agotar la investigación sobre un plano meramente objetivo. La individualización de un presupuesto sólido —condición necesaria, pero no suficiente— para la aplicación del dolo eventual valora, en efecto, la autonomía y el significado de los niveles ulteriores en que se articula tal figura: el cognitivo, donde se debe comprobar una representación efectiva por parte del sujeto activo del concreto resultado lesivo, basada sobre el conocimiento actual de la situación de hecho de la cual deriva el riesgo de su verificación; y el volitivo, donde la presencia «incisiva» de algunos indicadores —se piensa, por ejemplo, en el comportamiento realizado para evitar el resultado lesivo o en la particular cercanía emotiva entre reo y víctima— puede conducir a negar la existencia de un reproche doloso, en cuanto no se reconoce una «decisión (personal) contra la posible violación de un bien jurídico»⁵⁹.

La elaboración de dicho criterio «mixto» —en el cual la representación y la voluntad de sujeto activo radican en una peculiar confirmación del riesgo— nos lleva al acuerdo de trazar una línea divisoria entre la responsabilidad dolosa «indirecta» y la culposa, evitando copiar los esquemas de aquel insidioso «proceso de objetivización» de la categoría del dolo eventual que caracteriza al *neuer Kurs* de la doctrina alemana. Como veremos en breve, (en otras palabras), sea en el ámbito de una la esfera delictuosa, sea en el contexto de actividades (*ab origine*) permitidas, no se necesita, en efecto, recurrir a una arti-

vamente previsible sobre la base del conjunto de conocimientos nomológicos y ontológicos aplicables *ex ante*, pero no representa del punto de vista del *homo eiusdem conditionis ac professionis*, o bien, aunque reconocible, no tal para influir sobre su modalidad de conducta (así, puntualmente, FORTI, *Colpa...*, cit., p. 250 con amplia referencia a la doctrina de lengua alemana).

⁵⁹ Así, entonces, la solución propuesta por la *Comisión Ministerial* para la reforma del Código penal instituida el 1 de octubre de 1998, con base en el art. 30, co. 1, lett. b) del «*Progetto Grosso*», en la que responsabilidad dolosa indirecta se configura en el contorno de que «... actúa representándose la realización del hecho como... altamente probable, aceptando el riesgo» — no resulta convincente. En verdad, la introducción del elemento de la alta probabilidad —criterio «cuantitativo» de difícil determinación— no puede «compensar» la falta de definición del requisito estructural del peligro, ni la caracterización volitiva muy «descolorida» de la fórmula de la «aceptación del riesgo».

ficiosa «multiplicación» de las tipologías del *dolus eventualis* para motivar las diversas articulaciones de los límites entre dolo y culpa en un territorio criminoso —caracterizado por la acentuada reducción (pero no de la desaparición) del reproche culposo—, o bien, penalmente lícito.

En esta perspectiva, que no desatiende la observación de las apreciaciones «sociales» de la específica situación de riesgo innata a la conducta del reo y objeto de su concreta representación, resultará muchísimo más fácil indicar los «límites» de la configuración del dolo eventual en los sectores tradicionalmente enmarcados en el concepto de *erlaubtes Risiko* (tráfico motorizado, actividades de producción, laboratorios, sanitarias, deportivas, etc.). Al mismo tiempo, servirá para comprender el significado de aquella «motivada» confianza (en la no verificación del resultado) —dotada de todos modos de un mínimo de fundamento racional, aunque arrojada— que certifica las principales hipótesis de culpa con previsión⁶⁰.

La individualización de «constelaciones» de riesgo normativamente relevantes para la tipicidad de la conducta dolosa indirecta suministrará, finalmente, una contribución decisiva para configurar soluciones suficientes a las cuestiones generadas con la aparición de nuevas y «ambiguas» fenomenologías de peligro⁶¹, desde los «desafíos automovilísticos» a las relaciones sexuales practicadas sin protección por un sujeto seropositivo.

4. *El límite entre dolo eventual y culpa en un ámbito ab origine penalmente ilícito*

La identificación de la «base» normativa del *dolus eventualis* frente a una conducta concreta del sujeto activo presupone en consecuencia una completa obra de balance, que se funda sobre la operatividad de múltiples coordinaciones. Vale la pena repetirse, tal articulado juicio conduce a clasificar un determinado peligro no permitido como «doloso», en el momento que un prudente observador externo (el órgano judicial) —puesto en la misma situación concreta en que se encuentra el autor y en posesión de sus conocimientos, así como de sus capacidades psicofísicas— no habría nunca podido «tomar seriamente en

⁶⁰ Vid. *infra*, par. 5; Cfr. MANTOVANI, en AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, pp. 241 y ss.

⁶¹ Vid. *infra*, parr. 5 y 6.

consideración asumir» aquel específico riesgo en la condición del *homo eiusdem professionis et condicionis* del sujeto, aunque sea en una perspectiva fuera de los límites dibujados por la tipología social de referencia⁶².

Por lo demás, la figura modelo no es otra que la expresión más auténtica del «punto de vista del derecho»⁶³ en un contexto (*ab origine*) no criminoso, donde se indica también el comportamiento que los sujetos deben tener en vista de la exigencia de evitar la realización del agravio. En tanto subsistirá la tipicidad culposa, cuando el agente tipo habría (podido) debido reconocer el hecho lesivo y tal reconocimiento habría (podido) debido inducirlo a actuar de modo distinto al que actuó. Ahora bien, el control relativo a la imposibilidad, por parte del sujeto imaginado como «personificación del ordenamiento jurídico en la situación concreta», incluso de prevenir la representación del hecho lesivo —mientras que viene renegando de su pertenencia al propio (o a cualquier otro más o menos parecido) «grupo social»— debe constituir el comienzo de aquella operación intelectual que conduce a reconocer una decisión de quien actúa a favor (y) de la posible violación del bien jurídico protegido.

Dicho eso, es necesario realizar una doble precisión. Por un lado, no es superfluo recordar que la individualización de la naturaleza dolosa del riesgo configura un presupuesto necesario para «sostener» la «determinación» del reo doloso solamente con respecto a la figura del *dolus eventualis*. En efecto, la presencia de una expresión «cualificada» del peligro no parece indispensable para considerar integrada aquella forma del dolo (intencional, directo) en que es posible detectar o «reconstruir» una volición «plena» en vista de la consecuencia lesiva⁶⁴. Por otra parte, se debe subrayar que aunque en los casos en que el dolo eventual se inserta sobre una conducta ya de por sí penal-

⁶² Esta visión de la estructura dogmática de las categorías «límites» ha permitido asimismo afrontar con provecho algunas problemáticas, siempre poco analizadas desde el punto de vista de los estudiosos que se proponían enunciar criterios distintivos entre el dolo eventual y la culpa consciente. En una mera reseña (para un análisis más profundo, *cfr.* nuestro trabajo *Dolo eventuale...*, cit., cap. III, párr. 3, 4, 5, 6 y 7): la distinción entre dolo eventual y culpa (con previsión o con representación) en relación a los elementos esenciales del hecho típico distintos del resultado (*Dolo eventuale...*, cit., pp. 202 y ss.); el *discrimen* entre dolo y culpa en el ámbito de las diversas tipologías de los denominados delitos de «pura actividad» (*Dolo eventuale...*, cit., pp. 210 y ss.) y en las distintas categorías de los delitos de peligro (*Dolo eventuale...*, cit., pp. 225 y ss.).

⁶³ *Vid. retro*, nt. 24.

⁶⁴ Se reenvía a las refecciones realizadas en el párr. 8.

mente ilícita, la afirmación de la cualidad dolosa del riesgo —aunque obviamente lo sea con muchísima frecuencia— no puede considerarse automática.

En esta última hipótesis, donde la estructura del dolo eventual es caracterizada por una conducta realizada en un ámbito *ab origine* criminoso, el análisis del primer peldaño que conduce sistemáticamente a la imputación subjetiva —la peligrosidad objetiva para el bien jurídico tutelado por la norma— parece exigir una investigación de menor complejidad. Sin embargo, a nivel objetivo del peligro «situacional», adquieren de cualquier modo significado los múltiples datos observables, la valoración de los cuales —no obstante que sustraída a aquella obra de balance con el interés social reconducible *lato sensu* al comportamiento realizado— conserva un rol fundamental. Y ello por un doble orden de motivos, con el fin de mostrar la existencia de una dimensión del riesgo con respecto del interés protegido; y porque sobre tal contexto exterior deberá de cualquier modo modelarse el subsiguiente plano cognitivo de la representación (interior) de quien actúa.

El catálogo de los «indicadores» relevantes para el *dolus eventualis* en el pasaje preliminar de la descripción de la constelación del riesgo —como por otra parte en momentos sucesivos— se presenta inevitablemente «abierto», en cuanto dependiente de las posibles conformaciones de las hipótesis concretas. El listado no puede, por lo tanto, ser más que ejemplificativo⁶⁵. Se intentarán tomar en consideración, de una en una, las diversas posibilidades de usar directamente un arma de fuego; la parte del cuerpo contra la que se dirige una agresión y el medio utilizado para dañar el organismo del sujeto pasivo⁶⁶; el lapso de tiempo en cual perdura la acción de herir⁶⁷; la potencia de la explo-

⁶⁵ Sobre el tema, con referencia también a las otras formas del dolo, *vid.* HASSEMER, «Caratteristiche del dolo», (trad. Canestrari), IP, 1991, p. 501.

⁶⁶ Sobre ello, *vid.*, entre otros pronunciamientos, Cass. sez. I, 16 de mayo de 1985, en CP, 1986, p. 1777; Cass. sez. I, 26 de abril de 1990, en CP, 1991, pp. 1376 y ss., relativa al discutido «caso Ramelli» (repetidos y violentos golpes a la cabeza de la víctima con una llave inglesa) comentada por CESARE (pp. 1388 y ss.); más recientemente, Cass. sez. I, 29 de enero de 1996, en FI, Rep. 1996, voz Delitos en general, n. 35, donde se afirma que el disparo de un tiro de fusil en dirección de una pierna de la víctima no es idónea para justificar de por sí la efectiva previsión del resultado de muerte, ni la voluntad homicida del imputado.

⁶⁷ *Cfr.* Cass. sez. I, 15 de abril de 1992, en CP, 1993, pp. 1435 y ss., según la cual el homicidio es calificado de voluntario e imputado como dolo eventual en el supuesto de hecho en que el culpable, en el curso de un robo acompañado de violencia carnal, comienza en concurso con otro, a presionar durante un tiempo sobre la cara de la víctima con una almohada, impidiéndole de esa forma que pueda respirar y oca-

sión y su distancia al objeto amenazado; la existencia y la accesibilidad de una protección o de una vía de salida para una salvación. Obviamente, algunos de estos indicadores —se piensa en las características de un arma de fuego en la hipótesis de quien tiene la intención de exhibir sus habilidades de tiro en un contexto peligroso y no autorizado⁶⁸— también asumen un rol cuando la figura del dolo eventual se establece en un ámbito «aún no» penalmente ilícito, pero la valoración de su «importancia» exigirá un proceso más articulado.

En este lugar, es posible detenerse con mayor entendimiento sobre las indicaciones manejadas por la casuística jurisprudencial, en tanto que ahora debe resultar evidente, a la luz de nuestra reconstrucción, los motivos de la postura dominante.

Y a decir verdad, no subsiste ninguna duda sobre el hecho de que el ámbito aplicativo del *dolus eventualis* se presenta decididamente más amplio cuando el autor tiene un fin ilícito —representándose la posibilidad de un resultado distinto o posterior—, mientras parece mucho más fácil la afirmación de la culpa del art. 61, núm. 3, c.p. en la hipótesis en que la previsión de la consecuencia lesiva se inserta en la exclusión de una conducta dirigida a un fin penalmente irrelevante. De todos modos, en este punto de nuestro discurso, estamos ya en posesión de los instrumentos conceptuales que permiten no «allanar» la completa cuestión de la delimitación entre la responsabilidad dolosa «indirecta» y la culpa «consciente» sobre las simplificaciones ofrecidas por una tal *trend* jurisprudencial.

En efecto, si bien es verdad que con frecuencia el *dolus eventualis* tiene carácter «accesorio» —en cuanto el actuar del reo aparece intencionalmente dirigido a la realización de otro hecho penalmente relevante— debe ser criticada la conclusión de «configurar» tal figura en virtud de semejante premisa.

Por un lado, también quien actúa en un ámbito ilícito puede —no obstante se represente efectivamente la verificación de resultados ulte-

sionándole la muerte, producida por asfixia, además de por otras causas concurrentes; Cass. sez. I, 16 de septiembre de 1986, en CP, 1987, pp. 2130 y ss., que considera la acción de estrangulamiento idónea para configurar el delito de homicidio doloso, en caso de que de ella derive el resultado letal.

⁶⁸ Se piensa en el celebre «caso Lacman» («Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch», en ZStW, Bd. 31, 1911, p. 159; el mismo, «Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes», en GA, 1911, p. 119): un joven apuesta 20 marcos a que es capaz de disparar a una esfera de vidrio que sostiene entre sus manos una joven que se encuentra detrás del banco de una feria.

riosos lesivos— correr de todos modos un riesgo «reconocible» por un observador externo en el lugar de un eventual agente modelo (alcanzable de la estrecha categoría de persona que se encuentra en la situación del autor) y, por tanto, ser considerado un autor de un delito «culposo».

Se piensa, en el caso del padre que adopta medios educativos violentos, mientras que su comportamiento peligroso (y culposo en vista de resultados más graves) sea una vez más valorable con los parámetros constituidos por el círculo de pertenencia del padre «rústico» e ignorante; o en el caso (más difuso) del médico que practica abortos sin la observancia de las modalidades indicadas en la ley de 22 de mayo de 1978, núm. 194⁶⁹. En estos peculiares contextos ilícitos, solamente una amenazadora infiltración de la antigua lógica del *versari in re illicita*, a través de la idea del *dolus generalis*, puede inducir a considerar siempre intencionadas, en presencia de una concreta previsión de su realización por parte del sujeto activo, las lesiones personales o la muerte.

Del lado opuesto, no puede ser en absoluto compartida la tendencia a restringir el ámbito de aplicación de la figura del dolo eventual, considerando presupuesto necesario para su configuración el carácter ilícito del fin intencionalmente perseguido.

5. *La delimitación entre dolo eventual y culpa consciente en el contexto de riesgos de base permitidos. El ejemplo del tráfico motorizado*

La circunstancia de que el propósito del sujeto no revista relevancia penal debe orientarse contra la observación de una culpa con previsión en el contexto de riesgos de base «permitidos», pero no puede asumir un valor decisivo para negar la existencia de una responsabilidad dolosa «indirecta». Se hace referencia, aunque de manera sintética, al sector de la circulación automovilística. Por regla general, las múltiples conformaciones del peligro (de realización del daño) podrán ser juzgadas —considerando la naturaleza y la finalidad de la conduc-

⁶⁹ Por lo demás, con relación a quien toma parte en una intervención no consentida de interrupción de un embarazo ex art. 19, 1, ley núm. 194 de 1978, se puede aplicar la misma *Vertrauensgrundsatz*, dado el caso de que la actividad sea organizada según el método de la división del trabajo, en tal sentido, MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 81.

ta desarrollada por sujeto, así como las circunstancias por él apreciadas y la capacidad que posee— «reconocible» según el criterio del observador externo en el lugar del *homo eiusdem professionis et condiciones* del sujeto. Se piensa, por ejemplo, en la mayor parte de los casos de inobservancia de la obligación de detenerse ante un semáforo en rojo, o bien del deber de comprobar que la visibilidad sea buena para realizar una maniobra de adelantamiento sin peligro de otro vehículo o de un obstáculo, etc.⁷⁰.

Sin embargo, en algunos casos el «balance» entre el grado de probabilidad de verificación de la lesión y el interés causa de la conducta—efectuado siempre sobre la base de las características individuales del sujeto real— llevará a considerar «doloso» el tipo de riesgo que el reo decide asumir en la situación concreta. En primer lugar, pueden tomarse en consideración comportamientos peligrosos total o parcialmente separados de la actividad ejercitada; así, el espectro aplicativo del dolo eventual tiende a dilatarse en los «desafíos automovilísticos al destino»⁷¹, en ciertos casos de violación de la prohibición de competencias de velocidad (art. 141 del nuevo código de circulación, el cual sanciona tal infracción en sede administrativa) y, sobre todo, frente al fenómeno de la «conducción suicida», expresión que alude a las distintas tipologías de conductas⁷², cuyo denominador común está representado por la circulación sobre la autopista o vía no urbana en el carril contrario al debido⁷³ (los «conductores *kamikaze* o suicidas son nor-

⁷⁰ Para un análisis de la jurisprudencia, *vid.* BELLAGAMBA/ CARITI, *Il codice della strada*, 2.^a ed., Milano, 1998, pp. 251 y ss.; GIARRUSSO/ TITO, *La circolazione stradale. Illeciti penali*, 2 ed., Milano, 1994, pp. 271 y ss.; sobre la aplicabilidad de la culpa ex art. 61 núm. 3 Cp en esta materia, *cf.* PAGLIARO, «La previsione dell'evento nei delitti colposi», en Riv. Giur. Circ. Trasp., 1963, pp. 347 y ss.; ALIBRANDI, «L'aggravante della colpa cosciente nei reati stradali», en Arch. Giur. Circ. Sin. Strad., 1990, pp. 370 y ss.

⁷¹ Se alude a una realidad presente en algunas zonas de Italia, donde los jóvenes en la búsqueda de embriagantes sensaciones practican, a la salida de las discotecas, una suerte de «*roulette russa*» con los automóviles. La «prueba de coraje» consiste esencialmente en atravesar a alta velocidad y sin ninguna clase de precaución un cruce «peligroso», contando con el hecho de que una ruta estatal normalmente muy frecuentada se encuentra desierta a primera hora de la mañana.

⁷² Sobre la frecuencia de tales comportamientos en los países de lengua alemana, *vid.* DVORAK, «Geisterfahrer Falschfahren am Schnellstrassen— Ahndung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit», en DAR, 1979, pp. 32 y ss.; GOLLA / MEIDL, «Strafrecht. Eine verfahrenre Situation», en JuSch, 1984, pp. 873 y ss.

⁷³ Se hace referencia principalmente a la hipótesis de quien «apuesta» sobre su propia habilidad de apañárselas para «esquivar», por un cierto número de kilómetros, los coches que vengán en dirección contraria. O bien, en el caso de que se verifique el resultado lesivo—sobre la no admisibilidad del *dolus eventualis* en la tentativa nos hemos expresado ya en *Dolo eventuale...*, cit., pp 295 y ss.— no parece su-

malmente considerados responsables del ilícito contravencional establecido en el art. 176, co. 1, letra a, 19, del código de circulación).

Además, también pueden resultar no «reconocibles» —por un «prudente» observador externo en el lugar del sujeto modelo— determinados riesgos por considerarlos «inherentes» a cierto género de actividad. Así, parece observable la configuración del *dolus eventualis* en los casos de inversión de la marcha y de cruce del arcén central de la carretera, a la altura de los pasos, en caso de que la niebla reduzca la visibilidad a pocos metros; de una maniobra de adelantamiento realizada en proximidad de un reductor de velocidad por un conductor con conocimiento, por ejemplo, del hecho de que a poca distancia de la «cuneta» existía la salida de una escuela⁷⁴, etc. Obviamente, para que se pueda afirmar la subsistencia del dolo eventual —vale la pena recordarlo— no es suficiente verificar la existencia de un riesgo «doloso», sino que es necesario analizar asimismo los dos «peldaños sucesivos» que con-

ficiente imputar un reproche por culpa, aunque sea «agravada» ex art. 61 núm. 3 Cp. La afirmación de una responsabilidad a título de dolo eventual no debe fundarse, no obstante, sobre criterios éticos (como «el desprecio» por el bien jurídico) o atender exclusivamente a la esfera de la motivación; al contrario, debe presuponer la reconstrucción de la modalidad «expresiva» de la conducta dolosa indirecta, «típica» solamente si no «reconocible» del sujeto modelo «bajo» la concreta situación de peligro. Tal cosa, es difícil de reconocer —sobre la base de nuestra teoría— un ámbito aplicativo, aunque «marginal», de la figura de la culpa con previsión: en efecto, a pesar de la presencia de dotes de conducción excepcionales del sujeto activo no puede modificarse el juicio sobre la «naturaleza» del riesgo asumido, teniendo en cuenta que el presumible desconcierto de los otros conductores priva de una justificación «racional» cualquier convencimiento de evitar la consecuencia lesiva. En verdad, una vez verificada la capacidad de conocimiento y de voluntad del sujeto concreto, no resulta fácil asumir una situación psicológica de remoción o de infra valoración del peligro conectado a esa «carrera de la muerte». Sobre el tema, *cfr.* SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida», cit., pp. 1 y ss., el cual, moviéndose bajo distintos presupuestos, considera difícilmente defendible la subsistencia de una «culpa consciente». A análoga conclusión se llega, a nuestro entender, con relación a otras actividades «lúdico-transgresivas» —*rectius* «lúdico-criminales»— como «reto a la *roulette russa*» (el caso característico WILLIAMS, *The mental Element in Crime*, Jerusalem, 1965, p. 94 y en su oportunidad nuevamente propuesto por VENEZIANI, *Motivi...*, cit., pp. 144 y ss.: cada uno de los contendientes hace girar velozmente el tambor de un revolver, que contiene una sola bala, lo detiene y apunta el arma contra la cabeza de otro, presionando el gatillo y terminando con la muerte de uno de los «jugadores»).

⁷⁴ No reviste ninguna importancia (*vid.* CANESTRARI, *Dolo eventuale...*, cit., pp. 122 y ss.; pp. 143 y ss.), con relación a la responsabilidad por dolo eventual, el hecho de que la inversión de marcha constituya un delito contravencional (una vez más el art. 176, párr. 1, de la ley antes citada), mientras que el último caso formulado prevea solamente una sanción administrativa (art. 148, párr. 10 y 16 del Código de la carretera).

ducen sistemáticamente a la imputación dolosa «indirecta»: la representación (interna) del riesgo por parte del sujeto activo y su «decisión» por la realización de tal peligro (su aceptación del evento)⁷⁵.

6. *La diferencia de identidad del dolus eventualis y la nueva fenomenología del riesgo*

La individualización de constelaciones de riesgo normativamente relevantes para la tipicidad de la conducta dolosa indirecta, dejando aparte la consecuente valoración de la «capacidad selectiva» de los ulteriores niveles en que se articula la figura del *dolus eventualis*, proporcionan una contribución de fundamental importancia para observar soluciones «racionales» para la delicada cuestión de la aparición de nuevas fenomenologías de peligro.

Y en verdad, en ausencia de una verificación profunda sobre la «entidad» del riesgo que debe sostener la imputación dolosa «indirecta», se termina por asumir posiciones muchísimo menos convincentes en orden a las actitudes psíquicas de difícil clasificación. Se piensa, por ejemplo, en el sujeto seropositivo, que con conocimiento de su estado practica una relación sexual sin protección y sin informar a su *partner* sano, los padres testigos de Jehová que voluntariamente omiten someter a su hija enferma a la transfusión de sangre que necesita; el que practica la actividad «lúdico-criminal» del «lanzamiento de piedras desde el paso sobre la carretera».

a) En relación con el contagio del virus del HIV, es suficiente recordar las fuertes reservas críticas —expresadas por mí⁷⁶— respecto al paradigma punitivo acogido por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria en Alemania, en donde se considera subsistente el *dolus eventualis* de (tentativa) lesiones personales (peligrosas) con respecto al AIDS-carrier que tiene contactos sexuales ocasionales.

En efecto, solamente la referencia a formulas «vacías» y «manio-brables» permiten definir «vaga» la confianza del seropositivo en la no verificación del contagio y, al mismo tiempo, «seria» o «fundada» la

⁷⁵ Esta reconstrucción sobre diversos «planos» de la responsabilidad dolosa indirecta debería neutralizar —o por lo menos «reducir»— los riesgos de deducir el ámbito «interior» del dolo eventual por la tipología de autor; vale decir que: el automovilista no es nunca tipo de autor «doloso» en la voluntaria inobservancia de las normas del código de la carretera, salvo que pertenezca a «bandas juveniles» que usan el propio coche para «desafíos con la suerte», etc.

⁷⁶ CANESTRARI, «La rilevanza penale del rapporto sessuale...», cit., pp. 149 y ss.

convicción de que no se producirá el resultado-muerte: ello es desmentido, pues la conclusión resulta contraria al actual cuadro delineado por la ciencia médica, que pone claramente en evidencia ya el escaso porcentaje de riesgo de infección en una relación sexual, ya la alta probabilidad de resultado mortal una vez verificado el contagio. Como resulta evidente, el tema que se debe poner en discusión no concierne a la (correcta) negación del dolo eventual de homicidio (tentado), o bien la suposición («automática») de una responsabilidad dolosa «indirecta» en vista de la trasmisión del virus HIV al organismo del sujeto pasivo.

Ahora bien, si se siguen los procedimientos de nuestra reconstrucción de la estructura del *dolus eventualis*, el problema de la relevancia penal de la conducta sexual peligrosa del AIDS-carrier puede encontrar respuestas más satisfactorias. En pocas palabras, puesto que las hipótesis en que se configura el dolo intencional —por ejemplo, Tizio decide contagiar a su *partner* por sadismo, por odio contra la humanidad, o bien por delirio paranoico, por deseo de venganza (*Desperadomentalität*)— son extremadamente raras, se trata de establecer los límites «inferiores» de la responsabilidad dolosa en los casos más difusos, donde el portador del virus no revela su condición para satisfacer sus propios instintos sexuales, por temor a interrumpir el vínculo o por motivos económicos (en el ámbito de la prostitución). Como muchas veces se ha subrayado, la línea demarcatoria entre la imputación dolosa indirecta y la imputación culposa (consciente) debe ser trazada luego de un análisis particularizado de la situación concreta, teniendo en consideración todos los datos relevantes en los distintos ámbitos que integran la categoría del dolo eventual; por tanto, en la actividad sexual sin protección practicada por un sujeto portador del virus del HIV, adquieren significado numerosos indicadores. La frecuencia, así como la clase de relación (vaginal, oral o anal, aumentando sensiblemente la peligrosidad en caso de que se produzcan micro lesiones), la eventual adopción de precauciones alternativas a la utilización del condón que puedan disminuir el riesgo de contagio.

Dicho esto, se puede afirmar que cuando las relaciones sexuales sin protección resultan aisladas o en cualquier caso casuales —y no comportan un mínimo contacto de sangre— sería más oportuno orientarse contra la exclusión del dolo eventual⁷⁷. A la inversa, en caso de que

⁷⁷ Así, CANESTRARI, *Dolo eventuale...*, cit., p. 169, nota 263; ROMANO, *Commentario...*, 2 ed., cit. sub art. 43/30, p. 413 y s.; con distinta opinión, LUZÓN PEÑA, «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», en MIR PUIG (dir.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, p. 20, según el cual

el número de relaciones no sea pequeño —o la práctica sexual se realice de tal forma que aumente considerablemente el nivel de peligrosidad— y el portador del virus (consciente de su estado) no adopte alguna medida de precaución (suponiendo el desconocimiento del *partner*), se debe valorar la subsistencia de una responsabilidad dolosa «indirecta»⁷⁸, procediendo a la comprobación de la representación por parte del sujeto HIV positivo del contagio como consecuencia de su propia conducta y de su aceptación del resultado lesivo.

Al respecto son paradigmáticos dos casos existentes en la práctica forense alemana e italiana.

El caso verificado en Alemania coincide con la primera sentencia AIDS del *Bundesgerichtshof*, según la cual se integra el *dolus eventualis* de (tentativa) de lesiones personales (peligrosas) en el caso de un homosexual que, teniendo conocimiento de su estado de portador del virus HIV, practica dos relaciones sexuales anales parcialmente protegido sin informar de su estado al *partner* (en ambas ocasiones el portador del virus HIV utilizó el preservativo únicamente en la parte final del contacto sexual)⁷⁹. Desde nuestro punto de vista, con base en las reflexiones realizadas en el transcurso de este trabajo, no parece legítimo configurar una responsabilidad dolosa indirecta. Y en verdad, tal entidad de riesgo —de provocar la infección para satisfacer el propio deseo sexual— resulta no permitido, pero su asunción puede una vez más ser tomada en consideración desde la perspectiva de un observador prudente como *homo eiusdem professionis et condicionis* del sujeto concreto (y en posesión de los conocimientos de este último al momento de realización de la conducta); en consecuencia, la confianza del sujeto activo en orden a la falta de verificación del contagio no puede ser considerada «infundada», es decir despojada de una mínima justificación racional. Además, la circunstancia de que el portador del virus HIV había recurrido al condón antes de la transmisión del

«...el sujeto no puede racionalmente confiar en la no producción del resultado... practicando el sexo sin preservativo...».

⁷⁸ Siempre que se llegue a demostrar la efectiva transmisión de la infección por parte del sujeto seropositivo: y en verdad, como se ha subrayado (nota 72), quien escribe comparte la opinión (hoy dominante) que considera no realizable en el ordenamiento italiano la tentativa con *dolus eventualis*.

⁷⁹ BGH, 4 de noviembre de 1988 – 1 StR 262-88, cit.; para los numerosos comentarios a tal pronunciamiento, que confirma la decisión del LG Nürnberg-Führt (16 de noviembre de 1987, cit.), *vid.* las referencias indicadas en CANESTRARI, «La rilevanza penale del rapporto sessuale...», cit., pp. 149 y ss. Sobre el tema, más recientemente, KNAUER, «AIDS und Hiv-Immer noch eine Herausforderung für di Strafrechtsdogmatik», en GA, 1998, pp. 428 y ss.

semen representa un «indicador» de cierto relieve para negar la presencia de una decisión personal a favor de la posible violación del bien jurídico.

El segundo caso a tomar en consideración concierne al comportamiento de un sujeto seropositivo que, en el marco de una relación exclusiva de noviazgo y posteriormente de matrimonio, practica durante un decenio repetidas y continuas relaciones sexuales sin protección con su *partner* ignorante de la enfermedad de su compañero, poseyendo aquél pleno conocimiento de su estado de salud y de las modalidades de transmisión del virus. La víctima contagiada por su marido finalmente fallece.

Frente a esta conducta sexual peligrosa del portador del virus del HIV, la postura antes desarrollada debe ser modificada. En tal sentido, consideramos correcto inclinarnos por la configuración del dolo eventual con respeto al resultado del contagio. En efecto, un riesgo semejante de provocar la infección debe ser calificado de doloso, en vista de que no habría podido ser nunca «reconocido como propio» por un observador externo en la posición de *homo eiusdem professionis et condiciones* del sujeto real (y, al corriente de los conocimientos por él poseídos). Por tanto, como la asunción de semejante entidad de riesgo no puede ser seriamente tomada en cuenta en el ámbito de la tipología social de referencia, la «confianza» —*rectius*: la esperanza— del marido poseedor del virus de la no verificación del contagio debe ser considerada como «privada de fundamento racional»⁸⁰. Pues, la ausen-

⁸⁰ En adhesión a nuestra reconstrucción teórica del dolo eventual, *vid.* sentencia del Trib. Cremona, 14 de octubre de 1999, en FI, 2000, pp. 347 y ss. comentada por NICOSIA, «Contagio sessuale da virus AIDS tra marito e moglie e omicidio doloso», *ibid.* La sentencia en examen afirma la existencia de una responsabilidad dolosa indirecta no solamente con relación a la transmisión del virus Hiv, sino también con relación al resultado letal concretamente producido (*cf.* Corte d'Assise de Livorno, sentencia núm. 2, de 3 de julio de 2000, inédita; en la doctrina, MAGLIONA, «Contagio...», pp. 1529 y s.). Sobre la dificultad de reconocer la forma eventual del dolo en vista de la consecuencia mortal —a la luz del indefinido lapso de tiempo que transcurre entre el contagio, manifestación de la enfermedad y el desafortunado resultado— *cf.*, en general, los comentarios de CANESTRARI, *Dolo eventuale...*, cit., p. 171, nota 267; CORNACCHIA, «Il dilitti contro l'incolumità individuale», en AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2 ed., Bologna, 2000, p. 327.

La Corte d'Assise d'Appello di Brescia, de 16 de septiembre de 2000, en FI, 2001, pp. 286 y ss., en parcial reforma del pronunciamiento de primera instancia (Trib. Cremona cit.), ha derivado el hecho en homicidio culposo agravado por la previsión del resultado. Sobre el tema, *cf.* los comentarios críticos, no siempre coincidentes, de NICOSIA, «Contagio di AIDS tra marito e moglie...», *ivi*, pp. 285 y ss.; FORTE, «Morte come conseguenza...», *ivi*, pp. 290 y ss. En particular, la sentencia de la cámara de

cia de cualquier comportamiento destinado a restringir el riesgo de infección confirma la existencia de una plena aceptación del resultado de contagio por parte del cónyuge portador del virus.

b) Ahora, a título ejemplificativo, se toma como punto de referencia un caso clásico en el debate italiano. Se trata de los padres testigos de Jehová que, por motivos de los dictados de observancia de postulados propios de su convicción religiosa, omiten voluntariamente someter a transfusión sanguínea a su hija enferma de «*betalassemia maior*», teniendo pleno conocimiento de que la transfusión constituye el remedio más directo para intentar reequilibrar los niveles de hemoglobina en la sangre. La infortunada niña afecta por la peste de Cooley muere por «insuficiencia cardiaca aguda por anemia», luego de una búsqueda en vano de tratamientos alternativos por parte de sus padres. Obviamente, semejante hipótesis envuelve múltiples cuestiones que no pueden ser analizadas en este trabajo⁸¹, donde es necesario limitarse a tomar posición sobre la cuestión atinente a la imputación subjetiva

apelaciones considera que no se cumplen los dos grados del aspecto «interno» del dolo eventual, en cuanto no ha sido integrada «la prueba que demuestre una suficiente representación», después del contagio del virus HIV, «del alto riesgo de transmisión y —una vez trasmitido— del proceso mortal de la enfermedad, ni de una disponibilidad interior, asimilable a un actitud psicológica voluntarística, de aceptar el resultado negativo».

Finalmente, es necesario señalar que contra tal decisión se ha presentado recurso de casación, el cual defiende una calificación jurídica de hechos posteriores respecto de aquellos suministrados por el juez de primera instancia, afirmando la subsistencia del dolo directo del sujeto seropositivo con relación al resultado letal. Con tal propósito, es oportuno observar que la actitud psíquica del sujeto que contagia con el virus del HIV no parece reconducible al dolo directo de segundo grado, porque sobre la base de las actuales experiencias de la ciencia médica y biológica, no parece posible afirmar que el AIDS-carrier había considerado segura o altamente probable la muerte del sujeto pasivo. En el periódico «Il corriere della sera» del 16 de junio de 2001 se da la noticia del hecho de que la *Corte di Cassazione* ha confirmado el pronunciamiento de la sentencia de la *Corte d'Assise d'Appello de Brescia*.

⁸¹ Se piensa, sobre todo, en los interrogantes concernientes a la eventual individualización, al lado de los padres, de otros garantes de la vida de la pequeña víctima; la relevancia de atribuir al principio constitucional que tutela la libertad de religión (*cf.*, por todos, FIANDACA, «Nota a Corte d'Assise di Cagliari 10 marzo 1982», en FI, 1983, II, pp. 27 y ss.; EUSEBI, *Il dolo...*, cit., pp. 208 y ss.); la misma subsistencia del nexo de condicionamiento, en cuanto no era posible establecer el proceso de la enfermedad en caso de que la terapia de transfusión de sangre fuera normalmente realizada (*vid.*, entre otros, GRASSO, *Il reato...*, pp. 401 y ss.). En general, sobre la necesidad de preparar *ex ante*, con tiempo, intervenciones judiciales con la finalidad de tutelar a los menores expuestos al resultado de conductas actuales omisivas y anti-jurídicas «por convicción», *cf.*, las claras observaciones de EUSEBI, «Appunti sulle confine...», cit., p. 1096.

del resultado letal. Bien visto, las dudas en orden a la calificación del comportamiento de los padres como constitutivo de un homicidio doloso o de un mero homicidio culposo⁸² reflejan la dificultad de detectar un claro criterio distintivo entre las dos formas de responsabilidad. En verdad, los apreciables esfuerzos por librar la conducta —y otros equivalentes con base en la «ausencia» de una decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico tutelado— de la caracterización de una omisión dolosa «indirecta» no parecen del todo convincentes.

Por un lado, se podría buscar la exclusión del elemento subjetivo doloso subrayando que los imputados no «querían» la consecuencia lesiva y «esperaban» su no realización. Sucintamente, sin necesidad de repetir lo ya subrayado, debe decirse que el exclusivo recurso a criterios similares —de naturaleza predominantemente «sentimental» o «emocional»— produce el único efecto de revelar su evanescencia, como demuestran las mismas argumentaciones de las dos primeras sentencias condenatorias. Por otra parte, suscita perplejidad en tanto que el razonamiento orientado a negar la subsistencia del requisito intelectual del dolo, sobre el presupuesto de que la creencia religiosa —identificando en la fe y en la oración la mejor vía para implorar la no realización del resultado no deseado— podría conducir a un error sobre la idoneidad del instrumento de salvamento⁸³. En efecto, en esta perspectiva, se debería de cualquier modo indicar el trayecto teórico que permite valorar si la «duda», sobre la eficacia de la terapia de hemotransfusión, es tal para configurar una responsabilidad por *dolus eventualis* o bien por culpa con representación.

En consecuencia, es necesario repetir para una visión más articulada de la responsabilidad dolosa indirecta, donde se reconstruye el momento de decisión del reo —«doloso», pero con falta de «inten-

⁸² Vid. *Corte d'Assise de Cagliari* de 10 de marzo de 1982, en FI, cit.; *Corte d'Assise d'Appello de Cagliari* de 13 de diciembre de 1982, en GM, 1983, II, pp. 961 y ss., Cass., sez. I, de 13 de diciembre de 1983, en GC, 1986, II, sez. I, pp. 3 y ss., con nota de MODUGNO/D'ALESSIO, «Una questione di costituzionalità elusa: mancato bilanciamento dei valori costituzionale dei diritti e nei doveri dei genitori nei confronti della prole», ivi, pp. 13 y ss.; *Corte d'Assise d'Appello de Roma* de 30 de junio de 1986, en Dir. Fam. E Pers., 1986, pp. 1048 y ss., con nota de ARDIZZONE, «Ai confini tra dolo eventuale e colpa un problematico discernimento a proposito di una fattispecie omissiva impropria», en Dir. Fam. e Pers., 1987, pp. 635 y ss., según el cual tal sentencia habría debido aplicar la circunstancia agravante del art. 61 núm. 3 del Cp.

(Nota del traductor: el art. 61 del Cp italiano regula las agravantes comunes y en concreto el punto 3 prevé un agravante para los delitos culposos cuando pudo preverse el resultado «3) *l'averne, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento*»).

⁸³ Sobre el tema *cfr.*, con distinto énfasis, FIANDACA, Nota, p. 30; GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 400.

ción»— moviendo para un juicio sobre la naturaleza del peligro, centrado sobre la posibilidad de localizar una figura modelo que permita evaluar o ponderar el comportamiento concreto del autor. Ahora bien, puesto que la asunción del riesgo (no permitido) ínsito en la conducta omisiva de los padres puede ser «tenida en consideración» —(al menos) «puesta a examen»— por el *homo eiusdem professionis et conditionis* del sujeto concreto, parece correcto teorizar solamente la integración de una responsabilidad culposa. En particular, se debería considerar subsistente la figura de la culpa con representación, a la luz del hecho de que los cónyuges testigos de Jehová se representaron concretamente la consecuencia letal como resultado de la falta de cumplimiento de la acción debida.

En definitiva, el criterio «mixto» aquí defendido también demuestra su validez en la categoría de los delitos de omisión impropia, en cuanto contribuye a trazar con claridad la línea divisoria entre dolo y culpa. A saber, justamente en un contexto normativo marcado por la ausencia de un «hacer» de origen ilícito la investigación propuesta parece indispensable para conferir a la forma eventual del dolo una estructura «autónoma» respecto a la culpa con representación. Y en verdad, solamente si se pone como fundamento de los elementos constitutivos del *dolus eventualis* una valoración sobre el «modo de colocarse» del garante con respecto al ordenamiento o a los bienes jurídicos en juego, puede ser satisfecha la exigencia de delimitar de modo riguroso el ámbito de la responsabilidad dolosa «indirecta».

c) Se analiza, finalmente, el caso de quien practica la «actividad lúdico-criminal» de lanzar piedras a los vehículos en circulación.

En primer lugar, será necesario efectuar algunas distinciones porque los casos que pueden tomarse en consideración son múltiples: el sujeto lanza las piedras desde el puente que cruza la carretera con la exclusiva finalidad de detener o interrumpir la circulación vial; para mostrar a su grupo de amigos su habilidad para esquivar los turismos; con el macabro objetivo de golpear los vehículos en movimiento⁸⁴.

Por motivos de espacio, nos limitaremos a analizar sólo el último de los casos presentados, que aparece con demasiada frecuencia en nuestro país. Si el lanzador golpea el objeto de mira y produce heridas

⁸⁴ Desde el punto de vista psicológico, *cfr.* las observaciones de PIETROPOLLI CHARMET, «Il «gruppo» di adolescenti che lancia pietre», en *Dir. Pen. e Proc.*, 1997, pp. 907 y ss.

o la muerte del conductor de un vehículo —vale la pena recalcar la toma de posición en orden a la incompatibilidad entre dolo eventual y delito tentado— se debe rendir cuenta del elemento subjetivo que sostiene la conducta criminal concreta.

Desde nuestro punto de vista, por regla no se darán los extremos necesarios para poder alegar el dolo directo. En verdad, difícilmente se podrá afirmar que el reo previó como seguro, o por lo menos como altamente probable, golpear —con una roca dejada caer desde el puente— un vehículo en circulación por la autopista de modo tal de provocar resultados lesivos con respecto a los ocupantes del automóvil. En consecuencia, no puede compartirse la dirección jurisprudencial que adhiere a la perspectiva de «dilatarse» los límites «inferiores» de la responsabilidad dolosa directa, aunque con el fin de retener subsistente el ámbito subjetivo del delito tentado (no configurable con el dolo eventual) después de que ha lanzado piedras en dirección de los conductores de los vehículos no alcanzados por el impacto⁸⁵.

A la inversa, consideramos que en la mayoría de los casos en que el lanzamiento de las piedras ocasione consecuencias lesivas con respecto a los ocupantes de los turismos se integra la figura del *dolus eventualis*⁸⁶, siempre dentro de nuestra reconstrucción que confía la verificación de la imputación dolosa «indirecta» a un criterio mixto.

Sobre todo, la actitud psíquica del sujeto activo debe arraigarse en una conducta dolosa caracterizada por una dimensión de riesgo que «traspasa» el peligro culposo. Ahora bien, la asunción del riesgo conexo al lanzamiento de piedras contra vehículos en circulación por la autopista transitada —o en casos distintos, por ejemplo, por el peligro (en todo caso no insignificante) unido a una tenaz «guerra de baldes de agua» en una playa abarrotada de gente— no parece que pueda ser tomado seriamente en consideración tampoco por un joven carente de criterio (que se considera capaz de entender y de querer).

Es por ello que entre en consideración, en consecuencia, la constatación de la esfera cognitiva y volitiva del lanzador (imputable), pues

⁸⁵ Vid. Cass. sent. I, 3 de julio de 1996, GdP, 1996, núm. 41, pp. 75 y ss., con comentario de MAINA, «La riqualificazione dell'elemento soggettivo smonta la tesi del «dissennato divertimento»», pp. 78 y ss.

⁸⁶ Sobre el tema, desde un punto de vista distinto, EUSEBI, «Appunti sull'confine...», pp. 1097 y ss.

la valoración aparece más compleja en caso de que se produzca la muerte de la víctima. En efecto, en algunas situaciones se puede teorizar la presencia de las actitudes psíquicas de eliminación o de *infra* valoración del riesgo de muerte. Ello debería conducir a negar la existencia de una efectiva representación y de una plena aceptación del resultado letal, con la consecuencia de considerar aplicable la responsabilidad desviada o preterintencional⁸⁷.

Bibliografía

- AA.VV., *AIDS und Strafrecht* (A. J. SZWARC drg.), Berlín, 1996.
- ALIBRANDI, «L'aggravante della colpa cosciente nei reati stradali», en *Arch. Giur. Circ. Sin. Strad.*, 1990, pp. 370 y ss.
- ANGIONI, «Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale», en AA.VV., *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)* (dirg. Canestrari), Torino, 1998, p. 194.
- *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, 2.^a ed., Milano, 1994.
- ARDIZZONE, «Ai confini tra dolo eventuale e colpa un problematico discernimento a proposito di una fattispecie omissiva impropria», en *Dir. Fam. e Pers.*, 1987, pp. 635 y ss.
- BELLAGAMBA / CARITI, *Il codice della strada*, 2.^a ed., Milano, 1998.
- BOTKE, «Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung», en SCHÜNEMAN/ PFEIFFER, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, pp. 202 y ss.
- BRUNS, «Nochmals: AIDS und Strafrecht», en *NJW*, 1987, p. 2282.
- CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999.
- CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.
- «La rilevanza penale del rapporto sessuale non protetto dell'infeto-Hiv nell'ordiantamento del Bundesgerichtshof», en *FI*, 1991.
- CASTALDO, «AIDS e diritto penale: tra dommatica e politica criminale», en *St. Urbinati*, 1988-89/1989/90, pp. 38 y ss.

⁸⁷ Para una reflexión sobre la tipicidad «de base» que puede ser referida al fenómeno aquí considerado, *vid.* MORGANTE, «In tema di attentato alla sicurezza dei trasporti», en *RIDPP*, 1998, pp. 570 y ss.

- CEREZO MIR, «Zur Doppelstellung des Vorsatzes aus der Sicht der spanischen Strafrechtswissenschafts», en ZStW, 1981, pp. 1016 y ss.
- CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1990.
- CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 277 y ss.
- «En el límite entre el dolo y la imprudencia», en ADPCP, 1985, pp. 961 y ss.
- CORNACCHIA, «I delitti contro l'incolumità individuale», en AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2.^a ed., Bologna, 2000, p. 327.
- CRESPI, «La giustizia penale nei confronti dei membri dei giudici collegiali», en RIDPP, 1999, pp. 1147 y ss. (en el volumen, *Il governo delle banche in Italia* (RIOLO/MASCIANDARO drg.), Milano, 1999).
- G. A. DE FRANCHESCO, «Dolo eventual y culpa consciente», RIDPP, 1988, pp. 144 y ss.
- G. V. DE FRANCHESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli.
- DÍAZ PITA, *Dolo eventual*, Valencia, 1994.
- DOLCINI, «L'imputazione dell'evento aggravante», en RIDPP, 1979 pp. 779 y ss.
- DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- *Ilicito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- DVORAK, «Geisterfahrer Falschfahren am Schnellstrassen- Ahndung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit», en DAR, 1979, pp. 32 y ss.
- ENGISCH, «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht», en *Hundert Jahre Deutsches Rechtleben. Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, Bd. I, Karlsruhe, 1960, pp. 417.
- *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931.
- EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, 2000.
- «Il dolo nel diritto penale», en St. iur., 2000, p. 1077.
- *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993.
- «In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa», RIDPP, 1987, p. 1074.
- FEJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», en CPC, 1998, pp. 308 y ss.
- FELLENBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung. Ein Beitrag zur Harmonisierung des zeitlichen Haftungsrahmens bei vorsätzlichen und fahrlässigen Erfolgsdelikten*, Baden-Baden, 2000.
- FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3.^a ed., Bologna, 1995.
- FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Nueva York, Oxford, 1998.

FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.

FRISCH, «La imputación objetiva: estado de la cuestión», en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito* (SILVA SÁNCHEZ dirg.), Madrid, 2000, pp. 34 y ss.

— «Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?», en BGHSt 36, p. 1, JuSch, 1990, pp. 367 y ss.

— *Vorsatz und Risiko*, Köln, Berlín, Bonn, München, 1983.

GALLO, «Ratio e struttura nel dolo eventuale», en Crit. Dir., 1999, p. 411.

GOLLA/ MEIDL, «Strafrecht. Eine verfahrenre Situation», en JuSch, 1984, pp. 873 y ss.

GEPPERT, «Strafbares Verhalten durch mögliche AIDS-Übertragung?», en Jura, 1987, p. 672.

— «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», en Jura, 1986, pp. 612 y ss.

GIARRUSSO/ TITO, *La circolazione stradale. Illeciti penali*, 2.^a ed., Milano, 1994.

GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976.

GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.

HERZBERG, «AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts», en JZ, 1989, pp. 475 y ss.

— «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewussten fahrlässigen Verhalten», JZ, 1988, Teil I, pp. 573 y ss.; Teil II, 635 y ss.

— «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Ein problem des objektiven Tatbestandes», en Jus, 1986, pp. 249 y ss.

— «Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen AIDS?», cit., pp. 1461 y ss.

HIRSCH, «Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento» (Cornacchia trad.), RIDPP, 1999, pp. 752 y ss.

— «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der ZStW», parte II, ZStW, Bd. 94, 1982, p. 274.

JAKOBS, *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnung*, 2 ed., Berlin, New York, 1991.

KNAUER, «AIDS und Hiv-Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik», GA, 1998, pp. 428 y ss.

LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, I, Madrid, 1996.

— «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», en MIR PUIG (dirg.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993.

- MAINA, «La riqualificazione dell'elemento soggettivo smonta la tesi del «disennato divertimento»», pp. 78 y ss.
- MANTOVANI, *Diritto penale...*,
— *Il principio de affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- MARINUCCI, «Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?», en RIDPP, 1991, pp. 32 y ss.
— *Cause di giustificazione*, DDP, vol. II, Torino, 1988.
— «Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali», en RIDPP, 1983, pp. 1224 y ss.
— *Il reato come «azione». Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- MODUGNO/D'ALESSIO, «Una questione di costituzionalità elusa: mancato bilanciamento dei valori costituzionale dei diritti e nei doveri dei genitori nei confronti della prole», ivi, pp. 13 y ss.
- MORGANTE, «In tema di attentato alla sicurezza dei trasporti», en RIDPP, 1998, pp. 570 y ss.
- NICOSIA, «Contagio sessuale da virus AIDS tra marito e moglie e omicidio doloso».
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 7 ed., Milano, 2000.
— «Imputazione obiettiva dell'evento», en RIDPP, 1992.
— «Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore su legge extrapenale)», en AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza* (STILE drg.), Napoli, 1991, p. 118.
— «La previsione dell'evento nei delitti colposi», en Riv. Giur. Circ. Trasp., 1963, pp. 347 y ss.
— *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
- PEDRAZZI, «Il tramonto del dolo», en RIDPP, 2000, pp. 1265 y ss.
- PERRON, «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», en Haruo Nishihara FS, Baden-Baden, 1998, pp. 146 y ss.
- PHILIPPS, «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», en ZStW, 1973, pp. 35 y ss.
- PIETROPOLLI CHARMET, «Il "gruppo" di adolescenti che lancia pietre», en Dir. Pen. e Proc., 1997, pp. 907 y ss.
- POSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PRITTWITZ, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS», en JA, 1988, I, pp. 427 y ss.; II, pp. 487 y ss.
- PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992.

- «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», en ZStW, Bd. 103, 1991, pp. 1 y ss.
- QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Pamplona, 1999.
- RAGUÉS I VALLÈS, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», en ADPCP, 1996, pp. 795 y ss.
- RENGIER, «AIDS und Strafrecht», en Jura, 1989, p. 229.
- ROMANO, *Commentario...*, 2 ed., sub art. 43/76, p. 428.
- ROXIN, «Finalität und objektive Zurechnung», en Armin KAUFMANN, *GS, Köln-Berlin-Bonn-München*, 1989, pp. 245.
- *Strafrecht. AT. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3 ed., München, 1997 (NT: existe traducción al castellano de la 2.^a ed. alemana, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997).
- SCHAFFSTEIN, *Der Masstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand*, en Bruns FS, Berlín, 1978.
- SCHERF, *AIDS und Strafrecht*, Baden-Baden, 1992.
- SCHÜNEMANN, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, Hindi FS, Berlín, New York, 1999.
- «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», en JA, 1975, p. 516.
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la «conducción suicida», pp. 1 y ss.
- SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959.
- SUMMERER, «Contagio sessuale da virus Hiv e responsabilità penale penale dell'AIDS-carrier», en RDPP.
- VENEZIANI, «Dolo eventuale e colpa consciente», en St. iur., 2001, pp. 74 y ss.
- *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000.
- WILLIAMS, *The mental Element in Crime*, Jerusalem, 1965.
- WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr un Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlín, 1981.
- ZUGALDIA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», en ADPCP, 1986, pp. 407 y ss.