

DIFERENCIA ENTRE DOLO EVENTUAL

Y

CULPA CON REPRESENTACION

EN ACCIDENTES VIALES

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Autor: Gonzalo Daniel Tobares.

Id del Sistema: 000-13-3777.

Tutor: Dr. Ricardo Antonio Richiello.

Tema: “Diferencia entre dolo eventual y culpa con representación en accidentes viales.”

INDICE

1. Introducción.....	3
1.1. Objeto de la tesina	4
2. Conceptos.....	4
2.1. Dolo	4
2.1.1. Aspectos	5
2.1.2. Tipos de dolo	5
2.1.2.1. Dolo directo	5
2.1.2.2. Dolo indirecto o necesario.....	6
2.1.2.3. Dolo eventual	6
2.2. Culpa	9
2.2.1 Fórmula legal de la culpa	11
2.2.2 Aspecto subjetivos del delito culposo	11
2.2.3 Elementos cognoscitivo y volitivo de la culpa.....	12
2.3. Culpa con representación	12
3. Criterios de distinción. Teorías.....	13
3.1. Teoría del consentimiento	14
3.2. Teoría de la indiferencia	14
3.3. Teoría de la probabilidad.....	15
4. Legislación y cambios legislativos.....	16
5. Jurisprudencia sobre el tema.....	28
6. Conclusión.....	35
7. Citas y bibliografía	37

1. Introducción

Ingresando al tema, en primer lugar, debe destacarse que el problema que se suscita al intentar distinguir la estrecha relación entre el dolo eventual y la culpa con representación o consciente, sobre todo en los accidentes viales, es de vieja data.

A pesar de que en el plano puramente teórico la diferenciación entre conductas dolosas y culposas puede parecer nítida, en la realidad aparecen numerosos casos en los que determinar si el autor realizó el hecho con conocimiento y voluntad no resulta ya tan sencillo.

El dolo está compuesto por: elemento intelectual o cognoscitivo, consiste en el conocimiento de elementos objetivos del delito, es decir, el individuo representa un acto a sabiendas de su ilicitud y, **el elemento volitivo o intencional** se refiere a la voluntad deliberada o intención de practicar el acto ilícito.

Entonces, el dolo exige que, junto con la previsión o representación del resultado (elemento cognitivo), el sujeto apruebe interiormente el mismo, es decir, que esté de acuerdo con él o lo acepte. Este reconocimiento del elemento volitivo es el que sustenta las teorías de la voluntad. Se debe distinguir en el dolo la doble dimensión de conocimiento y voluntad. Sólo el que sabe lo que ocurre puede querer que ocurra, es decir, aplicar su voluntad a conseguir el resultado que tenga en la cabeza. El sujeto debe ser consciente de que concurren todos/os elementos del tipo objetivo.

La existencia en la práctica de esa zona gris situada alrededor de la frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, constituye uno de los verdaderos problemas de la dogmática penal, provocando una ardua discusión, vigente actualmente, en torno al contenido que debe darse a los elementos cognitivo y volitivo del dolo.

A pesar de los aportes hechos por la dogmática para establecer criterios de distinción, el problema sigue generando conflictos, fundamentalmente al momento de analizar la prueba, esto, por las claras dificultades que dicha apreciación presenta. Ardua y compleja resulta ser la tarea del juzgador quien puesto a introducirse en el caso concreto traído a su conocimiento debe decidir por la elección de ese elemento subjetivo, tan sutil jurídicamente como el dolo eventual, y que para el juez requerirá un examen de las representaciones y de los motivos que actuaron sobre la psique del sujeto.

Si bien resulta mínima, la delimitación entre dolo eventual y culpa con representación, no es tan exigua la significativa diferencia punitiva de ambas figuras, marcando en uno y otro caso una relevancia significativa para el sujeto responsable, dado que la elección del magistrado por una u otra determinará su destino de manera crucial, ya que estará en juego nada menos que su libertad.

Aunque no resulta novedosa la temática que esta tesina propone investigar, es innegable su importancia por ser un asunto que afecta, preocupa y ocupa tanto a la sociedad como a la comunidad jurídica.

Es por ello que, en este trabajo, en primer lugar, se conceptualizará al dolo eventual y a la culpa con representación, señalando las características de ambas figuras y exponiendo los elementos necesarios de cada una, para luego explicar las distintas teorías que vienen a dar un panorama sobre las diferencias sustanciales entre una y otra figura. Se abordarán también los cambios legislativos que hubo en torno a la temática, impulsados por la preocupación social que la rodea. Estos cambios reflejados en el código penal, fueron tendientes a elevar la pena.

Todo esto, con un enfoque mayormente dado en los accidentes de tránsito.

1.1. Objeto de la tesina

El objeto de la tesina será entonces, el desarrollo de los distintos conceptos, como así también el análisis de las distintas teorías que diferencian el dolo eventual y la culpa con representación, marcando sus criterios de distinción, sus fortalezas y debilidades y expresando un punto de vista al respecto.

Otro punto será el análisis de fallos referidos a este tema, especialmente sobre accidentes automovilísticos que es donde con más frecuencia se debate entre uno u otro encuadre.

Para llevar a cabo dicho objeto y el desarrollo de la tesina, se ha decidido utilizar el tipo de estudio descriptivo, ya que el mismo tiene la finalidad de analizar, formular y describir los conceptos, como también las características particulares de la problemática. Asimismo, se aplicará la estrategia cualitativa y se utilizarán fuentes tales como bibliografía, léase el Código Penal (del cual se realizará un análisis profundo del articulado que nos compete), autores reconocidos y especialistas en el tema. Todo esto, acompañado de los principales lineamientos jurisprudenciales.

Por último, se terminará el trabajo con una conclusión al respecto.

2. Conceptos

2.1. Dolo

El dolo se define a través del conocimiento y de la voluntad de realización del tipo objetivo. Se introducen entonces, un elemento intelectual, de conocimiento, y un elemento motivacional, la voluntad.

Se puede definir como la voluntad consciente del autor que se encuentra encaminada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito tipificado, tal como dice Hellmuth Mayer en su obra "Manual de Parte General del Derecho Penal", se trata de un saber y de un querer.

Entonces, podemos afirmar que el dolo es la producción del resultado previsto en el tipo objetivo que surge con el conocimiento de las circunstancias fácticas y del elemento volitivo de realizar la acción con representación del resultado lesivo que se pretende alcanzar.

2.1.1. Aspectos

Como adelantamos, estos son el aspecto cognoscitivo y volitivo. Por lógica, podemos decir que el primero siempre se debe anteponer al segundo, puesto que sin conocimiento no hay finalidad. No obstante, puede haber conocimiento sin finalidad.

Aspecto cognoscitivo

Para que el dolo se configure como tal se requiere un determinado conocimiento, el que debe ser efectivo, no alcanza con que sea potencial. Se precisa un conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir se requiere que se advierta que su realización es conforme a todos los elementos de éste tipo objetivo.

Aspecto Volitivo

Para el accionar doloso no resulta suficiente con el conocimiento del hecho típico, es necesario también el querer realizar la conducta que contenga los elementos del tipo objetivo. Así, actúa con dolo quien ha decidido, conforme el querer y el saber, atentar contra un bien jurídico protegido en el tipo correspondiente.

2.1.2 Tipos de dolo

El dolo se puede dividir en tres clases: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual.

2.1.2.1 Dolo directo

El dolo directo de primer grado, también llamado dolo de intención o dolo de propósito, se caracteriza por presentar el elemento voluntad de modo más intenso, de forma que el resultado típico o la acción típica es el objetivo perseguido por el sujeto: quiere realizar la conducta típica y la realiza. El autor ajusta su comportamiento al fin propuesto y actúa movido por el interés de su consecución. (1). Por ejemplo: Juan desea matar a su esposa Rosa, a quien recientemente ha descubierto engañándolo con Pedro, para ello la espera a la salida del trabajo y, a toda velocidad, la atropella con su automóvil cuando cruzaba una avenida por la senda peatonal, levantándola por los aires y causándole la muerte instantánea. [Juan se propuso como objetivo matar a Rosa, ajustando su conducta a la consecución de dicho objetivo, actuando con la intención de matarla y predominando, por tanto, el factor volitivo de su conducta, cometiendo el delito previsto por el art. 80 inc. 1ro. del CP].

2.1.2.2. Dolo indirecto o necesario

Siguiendo la línea de CREUS, es aquel en el cual el autor, dirigiendo su acción hacia una determinada violación típica del mandato, conoce que, al realizarla, necesariamente producirá otros hechos antijurídicamente típicos, en otras palabras, el autor, queriendo un resultado típico que procura determinados modos o medios, sabe que estos determinarían, necesariamente, la producción de otros resultados típicos, con lo cual también quiere estos últimos. Por ejemplo, quiere matar a Juan dinamitando su casa, sabiendo que con ello consuma la explosión castigada como delito contra la seguridad común por el art. 186 CP y también matará a sus vecinos. En el aspecto volitivo tiene la misma naturaleza que el anterior, solo que se trata de un querer por extensión apoyado en el conocimiento de la influencia del proceso causal en el mundo exterior.

2.1.2.3. Dolo eventual

Existen distintas definiciones de dolo eventual en la doctrina, así pues, *Hans-Heinrich y Thomas Weigend, Tratado de Derecho Penal. Op.Cit.pag.321/322*, consideran que se caracteriza porque el autor se representa el delito como resultado posible (eventual), de forma que, aunque no desea el resultado, conoce la posibilidad de que se produzca; lo que evidencia un menosprecio reprochable del bien jurídico protegido (por esta razón es equiparado en términos de culpabilidad a los otros tipos de dolo). De este modo, el dolo eventual está integrado por la voluntad de realización de la acción típica (elemento volitivo del injusto de la acción), por la seria consideración del peligro de que el resultado acaezca (elemento intelectual del injusto de la acción), así como, en último lugar, por la conformidad del autor con el advenimiento del resultado típico como ingrediente de la culpabilidad.

Por ejemplo; José desea lucir su automóvil 0Km. que acaba de comprar, por lo que decide pasear por la calle principal de la ciudad a gran velocidad, -sabiendo que a esa la hora todos los vecinos salen a pasear por esa arteria-; para que ellos, aprecien la calidad de su coche. José conoce el riesgo que conducir a gran velocidad en la ciudad representa para los peatones, lo cual le resulta indiferente, pero asume el riesgo de cualquier atropello que pueda causar a fin de lucir su coche. Y así, atropella a dos niños, causándoles la muerte instantánea. José actuó con dolo eventual dado que, a pesar de conocer el riesgo que su actuación generaba, asumió la producción del delito; mostrando un gran menosprecio con su actuación para el bien jurídico, debiendo responder en orden al delito de homicidio culposo agravado art. 84 bis del CP.)

En la terminología jurídica, dolo eventual, es reconocido por gran parte de la doctrina como incorrecto, ya que el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es "eventual", sino por el contrario incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo. Únicamente la producción del resultado, y no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas (2). En este sentido especial

atención merece la propuesta formulada por Roxin, quien rechaza las teorías tradicionales del conocimiento y voluntad, por ser contrarias al principio de protección de bienes jurídicos. Para este autor, el punto de partida para la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente radica en el diferente grado de culpabilidad, "la comprobación de si el sujeto, (siendo indiferentes sus emociones, sus actitudes internas y sus deseos) se ha decidido o no por la realización de un tipo penal. Una decisión de este tipo, a favor o en contra de aquellos bienes y valores protegidos por una amenaza penal siempre se da cuando el sujeto se plantea, ante la posibilidad de un resultado lesivo, abstenerse de actuar o seguir adelante. Si en esa situación, el sujeto renuncia a su plan, la norma jurídico penal habrá alcanzado su objetivo y el bien jurídico protegido por ella estará a salvo. Si, por el contrario, el sujeto decide seguir adelante con su plan y dado el hecho de que no podrá evitar el resultado lesivo, dicho sujeto se habrá decidido, a través de su acción, en contra del bien jurídico protegido. De lo expuesto, para Roxin, el dolo es la realización del plan y la imprudencia consciente, sólo la negligencia o ligereza. La decisión del sujeto por la posible lesión de bienes jurídicos es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente, en la que el sujeto no toma decisión alguna contra un bien jurídico, reprochándole su descuidada negligencia o ligereza y castigándole de forma atenuada por ello. Por esta razón, considera que el calificativo de "eventual o condicionado" que se atribuye al dolo es incorrecto, "pues el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es "eventual o condicionado"; sino, por el contrario, incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo, o sea "bajo cualquier eventualidad o condición". Siendo más correcto el término de "dolo sobre la base de hechos de cuya inseguridad se es consciente". Por tanto, para Roxin, "hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así -sea de buena o de mala gana- a la eventual realización de un delito, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo"; precisando, además, que no debe confundirse confianza con esperanza, en tanto la primera supone la sobrevaloración de la propia capacidad de dominar la situación, mientras que la segunda supone un mero anhelo.

El inconveniente del dolo eventual es que ha sido visto como algo intermedio entre el dolo directo y la imprudencia consciente. Eso lo coloca, para parte de la doctrina, como una categoría híbrida que hace que en la mayoría de los casos resulte sumamente problemática su inclusión, tanto dentro de los delitos dolosos como de los imprudentes (3).

La mayoría de la doctrina piensa que lo más adecuado es incluirlo dentro de las formas de imputación dolosas, con todas sus consecuencias: deben existir el conocimiento y la voluntad. A partir de esto, el problema no se va a centrar en la diferenciación entre el dolo

eventual y las demás formas de dolo, sino fundamentalmente en la separación entre aquel y la imprudencia consciente.

Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo y recae sobre los elementos del tipo sistemático objetivo (incluyendo los elementos normativos de recorte) y también sobre los imputativos (4).

Para estos autores habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Se trata de una solución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado.

En esta línea de pensamiento se encuentra Roxin, quien parte de la base de que la característica común de las tres clases de dolo es la “realización del plan” por parte del autor. Desde su punto de vista, un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Así quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente –aunque solo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo-, en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta decisión por la posible lesión de bienes jurídicos es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su mas severa punición (5).

Abundando en el tema en el mismo sentido, cuando hablamos de dolo eventual, estamos diciendo ni mas ni menos que hubo “dolo”, es decir que el imputado tuvo el propósito de que se produzca el resultado al que se representó, y luego lo aceptó, lo menospreció o lo asintió.

Entonces podemos afirmar que el dolo eventual requiere que la persona prevea que el comportamiento que va a desplegar “puede” causar un resultado típicamente antijurídico y, aunque su propósito no está firmemente direccionado a realizarlo con ese condimento, asiente que el mismo se produzca con tal encuadramiento imaginado. Así pues, resulta requisito indispensable que el autor considere la probabilidad del resultado típico y no detenga su acción.

Creus clarifica la cuestión analizada cuando enseña: *“...aunque todos están de acuerdo en que el dolo eventual sólo puede considerar a partir de la posibilidad de la realización de la acción como típica, prevista por el autor, ya que dicho elemento es común a la culpa con representación, se trata de determinar qué otro requisito se necesita para alcanzar el dolo eventual; para unos bastaría que la posibilidad se representase en el autor como probable, es decir, como posibilidad de normal ocurrencia; para otros se requerirá que el autor haya actuado con indiferencia ante la posibilidad de lesionar el bien jurídico; la tesis que ha terminado por imponerse es la de la aceptación o conformidad con la realización del tipo*

(producción de resultado), que distingue mejor que la primera los casos de dolo eventual de los de culpa consciente y obvia los difíciles problemas de pruebas de la segunda...

A esta altura de la exposición, podemos afirmar que la doctrina es uniforme en cuanto a que, en el dolo, la prelación lógica coincide con la prioridad cronológica: el aspecto intelectual del dolo siempre debe estar antepuesto al volitivo. Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción, pues éstos no pueden existir sin un previo conocimiento que permita tomar una resolución determinada. Dado que el dolo es el fin tipificado, la finalidad es lo que da sentido a la unidad de conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad, (Zaffaroni, en *“Derecho Penal”, ob.cit.,pág.497*).

Considera que habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Se trata de una solución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción de resultado (*“Derecho Penal”, Edit. Ediar, primera edición, págs. 495,500 y sus citas*).

Siguiendo este norte, la Jurisprudencia coincide con la doctrina, y sostiene *“...el dolo eventual requiere que el autor se represente la realización del tipo como posible o, que considere seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforme con ella. Por otra parte, la subjetividad del agente en el homicidio culposo se inserta en un marco distinto, por cuanto el tipo requiere que se trate de un resultado encuadrable dentro de los esquemas de la culpa en un sentido de previsibilidad, concepto éste que fija los límites subjetivos de la figura. En el homicidio culposo está ausente en el ánimo del autor cualquier voluntad, directa o eventual de dañar en alguna medida la persona ajena, sino en alguna de las formas de la culpa admitida por la ley...”* (CNCP, sala III, en causa *“Cejas, Alberto F. s/Recurso de casación”, reg. Nro. 736/04, del 30/11/04*).

2.2. Culpa

A los efectos del presente trabajo, y -si bien se profundizará más adelante-, en primer término, se distinguirá entre la imprudencia consciente y la inconsciente.

La imprudencia consciente, también llamada culpa con representación, se caracteriza porque, si bien el autor no quiere producir resultado desvalorado alguno, se representa el mismo como posible (conoce que su conducta puede generar un resultado; aunque actúa confiando en la no realización del mismo (a diferencia del dolo eventual en el que el sujeto aceptaba o asumía la producción del resultado). En otras palabras, el sujeto, ciertamente se da cuenta de la existencia del peligro concreto para el objeto protegido de la acción pero, sin embargo, a consecuencia de la sobrevaloración de sus condiciones, de sus propias fuerzas o, sencillamente, porque cree en su propia suerte, confía contrariamente a deber en que no se realizará el tipo legal.

Por ejemplo: El cirujano que «observa» que los instrumentos empleados para la operación no se encuentran debidamente esterilizados, pero procede a continuar con la intervención quirúrgica confiado en que la infección que se genere en el paciente no será grave más allá de las infecciones que normalmente se producen en toda operación quirúrgica.

La imprudencia inconsciente, también llamada imprudencia sin representación, se caracteriza porque el autor, sin querer realizar ilícito alguno, infringe el deber de cuidado y no se representa la posibilidad de producir un resultado desvalorado; a pesar de serle exigible dicha representación. En tal sentido, no sólo no quiere el resulta lesivo, sino que ni siquiera prevé su posibilidad: no advierte el peligro.

Por ejemplo: José viene conduciendo su vehículo en el sentido de circulación, y como no presta atención a las señales de tránsito, no observa que justo la calle, a esa altura, cambia a de mano y por ello continúa su recorrido, atropellando a un peatón, causando un accidente. Condujo en forma distraída por no mirar constantemente las señales de tránsito.

Realizada esta distinción, se puede mencionar que en la acción culposa también se observa en el autor la voluntad de adoptar una conducta contraria al mandato (de seguridad), pero sin referirla al tipo penal.

En otras palabras, se viola el mandato procedente del ordenamiento jurídico, pero sin querer hacerlo por medio de la forma de ataque prevista en el tipo. El mandato que se viola no es directamente aquel en que se apoya el tipo para reforzar la protección del bien jurídico, sino otro distinto, aunque relacionado con la seguridad de éste.

El deber de cuidado

Ese mandato es el que determina el deber de cuidado, obligando a adoptar conductas cuidadosas, o inversamente, prohibiendo conductas que pueden ser peligrosas para el bien jurídico.

Muchas veces la antijuridicidad de una conducta específica no está de tal modo circunstanciada en el ordenamiento jurídico, entonces habrá que buscarla empleando parámetros de “normalidad” social de las conductas que se observan dentro de la actividad que se trate.

El riesgo permitido

Hay una serie de actividades de la vida en sociedad cuyo desarrollo implica riesgos para los bienes jurídicos y que, sin embargo, son toleradas o hasta impulsadas por el derecho, porque son útiles o necesarias para dicha vida y su progreso (el tráfico automotor, la producción de explosivos, la instalación de industrias con desechos tóxicos, etc.)

Se dice que estas actividades constituyen un riesgo permitido que restringe la franja del deber de cuidado, en cuanto para que éste se vea violado, el autor tiene que exceder de dicho riesgo, es decir haber aumentado el riesgo para el bien jurídico más allá de lo que se admite o

permite. No hay infracción al deber de cuidado cuando se actuó dentro del riesgo permitido, la conducta en este caso no es típica y, por tanto, no se puede considerar comprendida en el tipo.

El principio de confianza

Según éste, todo interviniente en una actividad social puede confiar en que los otros que intervienen en ella van a actuar de acuerdo con el deber de cuidado y adoptar su conducta en consecuencia. Se dice que no viola el deber de cuidado “la conducta del que, en cualquier actividad compartida, mantiene la confianza de que el otro se comportará conforme al deber de cuidado mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario” (Zaffaroni).

2.2.1. Fórmula legal de la culpa

CREUS explica que la ley argentina establece un sistema de “número cerrado” para los delitos culposos, los designa haciendo mención de distintas “formas” según la estructura del mandato o su radicación: a la *imprudencia*, cuando el autor adopto la conducta peligrosa que el mandato prohibía; a la *negligencia* cuando no puso los cuidados que el mandato imponía; a la *inobservancia de reglamentos y deberes* cuando el mandato tiene su sede en aquellos o aparece como exigencia normada de una determinada actividad; a la *impericia* cuando dicha sede radica en la reglamentación procedimental de una profesión o un arte, que el autor ejerce profesionalmente (delito culposo especial, ya que solo un profesional puede ser autor).

2.2.2 Aspectos subjetivos del delito culposo

La conducta violatoria del deber de cuidado y que por esa razón es antijurídica, penetra en el tipo penal en consideración a su consecuencia, es decir, cuando ha producido el resultado previsto en el.

La acción antijurídica culposa tiene que reconocer un fundamento subjetivo para operar como presupuesta de pena. Este fundamento radica, en primer lugar, en la voluntariedad con que el autor asume la acción violadora del deber de cuidado y en segundo lugar, en el conocimiento o posibilidad del conocimiento del carácter peligroso de la conducta que se realiza respecto del bien jurídico protegido, o sea en previsibilidad del menoscabo que dicho bien puede sufrir a causa de la conducta adoptada, y es en este último recaudo del aspecto subjetivo de la culpa donde se establece la distinción con el dolo, puesto que no hay en ella una extensión de la voluntad a la realización del tipo penal.

Cabe aclarar que en la culpa inconsciente, en el autor no existe ninguna especie de previsión o representación del resultado que puede producirse como consecuencia de la acción. Pero ha de concurrir un elemento imprescindible: esa previsión o representación ha de ser posible dadas las circunstancias objetivas en que actuó el autor. Sin esa posibilidad concreta no hay culpa de ninguna clase. Este tipo de culpa se materializa cuando falta en el agente la representación de las posibles consecuencias de su conducta, y responde por tal

accionar, a consecuencia de obrar con insuficiente esfuerzo de su intelecto y de su voluntad, que no le permitió prever el resultado.

2.2.3. Elementos cognoscitivo y volitivo de la culpa

Siguiendo la línea de CREUS, de lo dicho se infiere que en la estructura de la culpa también aparecen los dos elementos que vimos en el dolo, aunque no tengan igual contenido.

El cognoscitivo también requiere el conocimiento de la antijuridicidad en los términos de que la conducta que se asume viola el deber de cuidado, por ende, ese conocimiento se determina a través de la previsibilidad del resultado típico: el autor tiene que haber conocido el carácter peligroso de su conducta respecto del bien jurídico. Ese conocimiento puede ser de carácter potencial, es decir, basta que el autor haya tenido la posibilidad de conocer esa peligrosidad.

El volitivo tiene una conformación mas parecida a la del dolo, porque también en la culpa se refiere a libre aceptación de la conducta que se conoce (o se la puede conocer) como violatoria del deber de cuidado, o sea previsiblemente vulneradora del bien jurídico, aunque evidentemente no puede dirigirse a la realización del tipo, porque en el delito culposo éste se refiere a una causalidad, previsible, pero no aceptada en sus consecuencias por el autor.

2.3. Culpa con representación

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

El autor ha previsto la posible concreción del resultado típico a consecuencia de su acción violadora del deber de cuidado, pero la encara confiando en la no producción de ese resultado, es decir pensando (y deseando) que el curso causal no se desarrollará hasta alcanzarlo, ya porque se propone interponer una actividad que lo evite, ya por considerar que las circunstancias en que la acción se lleva a cabo impedirán su concreción (p.ej., el que decide imprimir alta velocidad a su automóvil en una zona urbana de intenso tráfico, confiando en su habilidad para maniobrar, o el que, al hacerlo en una ruta en horas de la madrugada confía en que nadie se le cruzará en su camino), explica CREUS.

Resulta por demás interesante la postura de BUSTOS RAMÍREZ, quien ubica al dolo eventual dentro de los procesos que se quieren evitar que son propios de la culpa. Este autor entiende que en realidad sólo existen dos procesos, unos que afectan directamente el bien jurídico y quienes lo transitan obran con dolo y aquellos en que una determinada actividad implica un riesgo especial para los bienes jurídicos y por eso se exige un cierto cuidado, que son denominados de culpa. No hay una tercera posibilidad. Quien realiza una acción mediante

dolo eventual no actúa en dirección de lesionar un bien jurídico, sino que crea un alto riesgo contra el mismo, luego, si desaparece ese riesgo o probabilidad, no hay dolo eventual. Por tanto, el dolo eventual queda político-criminalmente dentro de los procesos que se quiere evitar y que son propios de la culpa.

Otras teorías refieren una postura distinta; la representación o posibilidad parte de dos premisas teóricas fundamentales; en primer lugar, la mera representación, por parte del autor, de la posibilidad de que su acción sea adecuada para producir el resultado típico debería ya hacer desistir al sujeto de seguir actuando; en segundo lugar, la confianza en que el resultado no se producirá encierra en sí misma la negación de esa posibilidad, y por tanto excluye el dolo. De ello se extrae la conclusión de que todas las formas de imprudencia imaginables se reducen a una sola, la imprudencia inconsciente; la denominada culpa con representación se incluye en el ámbito del dolo eventual; la creencia errónea de que el resultado no se producirá equivale a ausencia de representación y, por tanto, a imprudencia inconsciente.

Como se advierte, resulta indudable el conflicto teórico que resulta de la existencia en la práctica de esa zona gris situada alrededor de la frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, constituyendo aún hoy uno de los verdaderos problemas de la dogmática penal.

Mas aún, no solo para la dogmática penal, el problema mas grave lo tiene el interprete judicial que, parado en estos extremos, y a partir de la significativa diferencia punitiva de ambas figuras tiene que tomar una determinación que puede variar entre el mantenimiento de la libertad ambulatoria o la privación de la misma de la persona sometida a proceso, con todo lo que ello significa.

3. Criterios de distinción

Dada la problemática en la diferenciación de los supuestos en estudio, la doctrina abocó a la cuestión de tratar de elaborar un criterio diferenciador o de distinción. Luego de la lectura y análisis de cada una de las distintas teorías, concluyo que en la práctica todas arriban a conclusiones similares, por lo que enunciaré una breve síntesis de las teorías mas desarrolladas por la dogmática.

Explica MIGUEL ANGEL ARCE AGEO, “que tradicionalmente, como afirma Bacigalupo, las teorías que se han postulado con respecto a este problema se pueden sintetizar en las teoría de la voluntad y teoría de la representación.

- 1) Teoría de la voluntad: entendía que la esencia del dolo radicaba en la voluntad de la realización del hecho; el problema de esta teoría radicaba en poder determinar con precisión cuando el autor se había representado el resultado y si con esta representación había actuado o no voluntariamente, lo que equivale a sostener que había actuado dolosamente. La teoría de la voluntad, entonces, recurrió a numerosas y diversas exigencias, como las del asentimiento, el consentimiento, la

indiferencia, la ratificación del resultado, etc., ante las cuales existieron dificultades para probar dichas exigencias por medio de la jurisprudencia.

- 2) Teoría de la representación: considera que la esencia del dolo radica en la no motivación del autor por la representación de la realización del tipo. Ambas teorías terminaron coincidiendo en sus resultados prácticos, y por ello la discusión ha perdido gran parte de su entidad.” (7)

3.1. La teoría del consentimiento

Según esta doctrina, para la configuración del dolo eventual no alcanza con la mera representación de la posibilidad o probabilidad del resultado, sino que es preciso además su aprobación por parte del autor. De esta manera se atiende lógicamente a los dos aspectos del dolo, que el resultado haya sido previsto como posible y, en cierta forma querido.

Así es claro que esta postura requiere para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente, es decir, que haya estado de acuerdo con él. Para ROXIN, el inconveniente que trae aparejado esta teoría es que si el sujeto aprueba directamente el resultado, en la mayoría de las veces concurre ya una intención, por lo que al asemejar la intención con el dolo directo, no dejaría nada para el dolo eventual. Agrega el autor que el que alguien apruebe o lamente el resultado será pauta importante para la medición de la pena, pero no podrá influir en el carácter doloso del hecho. Esta teoría también es conocida como “teoría hipotética del consentimiento”, por utilizar como medio de prueba, la primera fórmula de FRANK, según la cual debe preguntarse cómo se hubiera comportado el autor en caso de haber contado con la seguridad de la realización del resultado. Si se llega a la conclusión de que el sujeto hubiera actuado también en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que afirmar la existencia de dolo, en caso contrario hay que negarlo. Dentro de esta corriente los defensores de la teoría positiva del consentimiento se sirven de la segunda fórmula de FRANK la que prevé que si el autor dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces su culpabilidad es dolosa (6). Para ROXIN esta última alternativa merece menos reparos que la anterior ya que permite entender plenamente en el sentido de que el sujeto actúa dolosamente aun cuando sólo por necesidad se resigna a la producción del resultado.

La diferencia entre el dolo eventual y la culpa o imprudencia consciente resulta más clara, en ambos casos el individuo actúa contando seriamente con la posible producción del resultado, pero, mientras en el dolo eventual lo aprueba, en la imprudencia consciente confía negligentemente que no se va a producir.

3.2. Teoría de la indiferencia

Esta teoría toma en consideración, principalmente, la actitud interna del sujeto frente a la previsible producción del resultado lesivo. Se interesa por la situación emocional del sujeto, y

afirma la existencia del dolo, sobre la base de la indiferencia ante la probable producción de un resultado penalmente relevante. La crítica que se le hace a esta postura radica en que va más allá del “querer”, que tiene una acepción más neutra respecto de la psique del autor ya que se puede querer un resultado, aun cuando éste nos desagrade, del mismo modo que, se puede no querer el resultado, pero sernos éste indiferente. En definitiva, la indiferencia respecto a la producción o no del resultado no nos dice nada sobre elemento volitivo del dolo, aunque bien como afirma ROXIN si hay que valorarle a esta doctrina que la indiferencia actúa como un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y actúa en consecuencia con dolo.

3.3. Teoría de la probabilidad

Esta teoría pone el acento en el elemento intelectual: el conocimiento. Lo decisivo para los partidarios de esta postura es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. En su comienzo, según la formulación inicial de esta teoría, habrá dolo eventual cuando el autor considera probable la producción del resultado y culpa consciente cuando sólo la cree posible.

La crítica que se le dirige a esta teoría es que se hace muy imprecisa en la práctica toda vez que si al propio juez ex post, le es imposible determinar cuándo algo es posible o probable, para el autor, ex ante, aún será más difícil conocer si un resultado se presenta como posible o como probable.

Se advierte del desarrollo y análisis de las distintas teorías aquí referidas, como dije anteriormente, las más desarrolladas por la dogmática, que se diferencian entre si en que algunas resaltan la importancia del elemento volitivo del dolo y otros se conforman con el elemento intelectual del dolo: su conocimiento. Ahora bien, las posiciones mayoritarias en este tema, actualmente, toman en forma parcial los criterios de las teorías referidas. Atienden tanto al elemento cognoscitivo como volitivo del dolo, efectuando un desarrollo que podría llamarse mixto en el análisis de las mismas, no se centran en una solo de los argumentos, sino que los combinan e interpretan en forma conjunta.

Como toda teoría, las citadas tienen sus críticas y reproches, cada una en forma individual y todas en conjunto, pero, analizándolas desde el punto de vista de su aplicación práctica, un reproche de importancia que se debe efectuar, y referido a la exigencia del elemento volitivo, radica en que en su prueba, se examina la voluntad del autor en relación con el resultado, sin que se examine la relación de éste con su conducta, que es donde se genera el peligro.

Por su parte quienes parten del conocimiento del sujeto sobre la probabilidad de producción del resultado para apreciar de forma inmediata la presencia del dolo, asignan un pronóstico puramente intelectual de probabilidad el cual muchas veces no resulta posible efectuar en atención de que pocos sujetos reflexionan sobre grados determinados de

probabilidad. Asimismo, se arriba a un querer “presunto” que debería resultar ajeno al ámbito penal.

4. Legislación y cambios legislativos.

Como comentábamos precedentemente, la delimitación ente dolo eventual y culpa con representación resulta mínima. Por otra parte, y contrario a esto, la diferencia punitiva es más que significativa.

Así pues, la escala punitiva prevista para el Homicidio Simple (art. 79 del C.P.), es de ocho a veinticinco años, mientras que para el Homicidio Culposo con automotores se estipula lo siguiente (Art. 84 bis del CP: “...Será reprimido con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte...”. Y, al modificar la normativa, para el Homicidio Culposo Agravado art. 84 bis agregó: “...La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales. “ (-texto según Ley 27.347-).

Atento a lo referido, no debe escapar a nuestro conocimiento, que debido al incremento de las muertes o lesiones por accidente de tránsito producidas en circunstancias que no eran imposibles de prever, sino, por el contrario, ocasionados por conductores de vehículos automotores que actuaron no sólo con negligencia, sino con temeridad y violando las normas de tránsito más elementales, provocó la reforma del art. 84 del C.P., mediante la sanción de la ley 25.189 de fecha 28/10/99, y posteriormente se agregó el mencionado art. 84 bis según 27.347 B.O. 06/01/2017; que se traduce en distintos aumentos de pena. Pues la intención del legislador al sancionar la reforma de los delitos culposos fue limitar la excarcelación de los acusados, por un lado, y por el otro marcar el camino hacia el cumplimiento efectivo de las condenas que los jueces impongan. Dado que la preocupación de todos los proyectos legislativos fue de elevar el marco penal del homicidio culposo y por añadidura, el de las lesiones del art. 94 del Código Penal.

En esta iniciativa legislativa ha desempeñado un papel impulsor importante el espacio que le ha dedicado la prensa estos últimos años al tratar los accidentes de tránsito, reflejando

la incertidumbre de la sociedad ante los resultados de un delito que se ha convertido en costumbre y la indignación causada por la impunidad de sus autores.

Nuestro país se encuentra incurso en un supuesto de emergencia vial por el gran número de muertes en accidentes de tránsito y por ello la materia excede el mero interés de las partes involucradas en un accidente de tránsito con resultado mortal.

La ONG de Argentina, Luchemos por la Vida, alertaba un tiempo atrás que en nuestro país la cifra de muertos en accidentes de tránsito en el año 2016 superaba los siete mil, poniendo el acento nuevamente en que el Congreso Nacional debía sancionar los delitos contra la seguridad vial. Distintos episodios de siniestralidad vial, a los que se sumó ciertas decisiones judiciales a favor de la libertad de conductores imputados de delitos cometidos en ocasión de la conducción de un automotor y los persistentes reclamos de Asociaciones Civiles en incorporar al Código penal los llamados delitos de tráfico, fueron, en gran medida, los factores que obraron de disparador de la Ley No 27.347 de reformas al Código penal recientemente sancionada.

Para muchos, la idea de “tolerancia cero”, es la llave de paso de una política criminal efectiva en materia de seguridad vial. Ya no importa tanto la presencia de aquellos factores en la incidencia de los siniestros viales, sino que se insiste sobre la idea de que el derecho penal es la solución para estos dramas cotidianos que representan las muertes y lesiones en accidentes de tránsito, idea que es alimentada por una suerte de complicidad legislativa en la adopción de una política de mano dura a través de la sanción de leyes punitivas severas para “combatir” con éxito la siniestralidad vial y acabar con los conductores rebeldes en el cumplimiento de la ley.

El derecho penal, con sus herramientas disponibles, no sólo debe prestar atención a los nuevos tiempos sino que debe adecuarse a la realidad social imperante y en la que debe ser aplicado, para poder enfrentar con éxito los nuevos riesgos, los que ya existen y los que vayan apareciendo en el futuro. Este moderno derecho penal –adecuado a los tiempos actuales y recurriendo a distintos modelos de intervención (adelantamiento de la intervención punitiva a momentos previos a la lesión, delitos de peligro abstracto, bienes jurídicos colectivos o supra individuales, etc.)-, no debe abandonar, eso sí, los criterios tradicionales de imputación y las garantías básicas del Estado constitucional de Derecho.

Los delitos tipificados conforme al esquema de la Ley 27.347 (artículos 84, 84 bis, 94 y 94 bis, del Código penal), contienen elementos que les son comunes y que integran los respectivos tipos de injusto, a saber: a) vehículo con motor, b) conducción del vehículo con motor, c) ámbito espacial de la conducción (vía pública) y d) el resultado muerte o lesión.

En este sentido, también cabe mencionar a la Ley Nacional de Tránsito 24449 y a la Ley Nº 2148 Código de Tránsito y Transporte de la CABA, sancionada 16/11/2006. Las disposiciones de ese Código y sus normas reglamentarias tienen como objetivo básico la utilización adecuada y segura de la vía pública por parte de los distintos usuarios que circulan por ella, en un marco de respeto mutuo, propendiendo a la preservación del medio ambiente, a

la eliminación de barreras arquitectónicas y urbanísticas que impidan el desplazamiento de las personas y a la educación para una correcta prevención vial (1.1.1). Además, la normativa citada contiene conceptos precisos sobre los distintos elementos del tránsito como por ejemplo: tipos y definición de los vehículos; zonas de seguridad y vías comunes; condiciones mínimas de seguridad y requisitos que deben tener los rodados, disposiciones generales sobre la circulación; distintas maniobras al circular y comportamiento en la vía pública; adelantamiento, sobrepaso, giros, normativa aplicable, obediencia a la señalización, obligaciones de los conductores, deberes de precaución, reglas de velocidad, utilización de las luces, preferencias de paso, estacionamiento y detención, transporte de pasajeros, sistema de evaluación permanente de conductores, etc. También se establece que las infracciones a la presente normativa serán sancionadas con las penalidades previstas en el Régimen de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, detallando las distintas sanciones.

En igual sentido la Ley Nacional de Tránsito 24.449 en el art. 5 brinda definiciones de: a) Automóvil, b) Autopista, c) y d) Autoridades de Aplicación jurisdiccional, e) Baliza, f) Banquina, g) Bicicleta, h) Calzada, i) Camino, j) Camión, k) Camioneta, l) Carretón, ll) Ciclomotor, m) Concesionario vial; n) Maquinaria especial, ñ) Motocicleta, o) Ómnibus, p) Parada, q) Paso a nivel, r) Peso, s) Semiautopista, t) Senda peatonal, u) Servicio de transporte, v) Vehículo detenido, w) Vehículo estacionado, x) Vehículo automotor, y) Vías multicarriles, z) Zona de camino, z') Zona de seguridad.

Vehículo con motor.

Uno de los elementos principales (y de necesaria concurrencia en el tipo objetivo) de las figuras incorporadas por la reforma de la Ley 27.347 es, ciertamente, el automotor, o bien como dice en forma expresa la norma, "vehículo con motor". De allí la importancia de su definición, no tanto por la necesaria interpretación gramatical de este elemento del tipo objetivo del injusto sino por exigencia del principio de taxatividad penal, el cual exige una redacción lo más clara posible del tipo penal, particularmente en el ámbito de la acción, la cual en este caso se relaciona estrechamente con el medio comisivo, el automotor.

Si bien un resultado lesivo se puede causar mediante el empleo de vehículos propulsados por otros medios de tracción (humana o animal: naturalmente también se puede matar conduciendo un carro tirado por caballos), el legislador ha puesto un límite acotando las posibilidades comisivas del tipo penal al empleo de un vehículo con motor, única justificación para la aplicación de la mayor penalidad.

La ley N° 2148 Código de Tránsito y Transporte de la CABA, en el apart. 4.1.2 dispone las Condiciones mínimas de seguridad de los vehículos, cualquiera sea su tipo o sistema de movilidad, debiendo cumplir las siguientes exigencias mínimas: a) Un sistema de frenos que permita, en forma segura y eficaz, reducir progresivamente la velocidad sin perder el control,

detener el vehículo y mantenerlo inmóvil, b) Un sistema de dirección eficaz, que permita el control del vehículo, c) Un sistema de suspensión que atenúe los efectos de las irregularidades de la superficie de circulación, y contribuya a su adherencia y estabilidad, d) Un sistema de rodamiento con cubiertas neumáticas o de elasticidad equivalente, con las inscripciones reglamentarias, e) Un sistema de iluminación externo que permita su visualización, sentido de marcha y la estimación de sus dimensiones a distancia, en momentos de baja luz natural, f) Un sistema retrovisor amplio, permanente y efectivo, g) Estar contruidos de tal forma que protejan a sus ocupantes y no posean elementos agresivos externos.

Conducción del vehículo con motor.

La acción de conducir hace referencia siempre a una acción que demanda movimiento, desplazamiento, circulación de un lado a otro de una cosa. Se conduce un automotor mediante el dominio de los mecanismos de dirección y el desplazamiento mínimo a impulsos de su motor 65, haciéndolo ir de un lugar a otro. Cualquier movimiento del automotor producido por la acción del conductor es suficiente para obrar de disparador del tipo agravado de que se trate, siempre que el movimiento, en principio, sea la consecuencia de la propulsión del motor, situación que implica el descarte de todo movimiento del vehículo por energía humana (empujar el automóvil) o animal (por arrastre), como así la mera puesta en marcha o encendido del motor sin que se haya puesto en movimiento.

La ley Nº 2148 Código de Tránsito y Transporte de la CABA, dispone en el Capítulo 5.2 De los conductores en general 5.2.1 Condiciones para conducir. “Los conductores deben verificar antes de ingresar a la vía pública que tanto él como su vehículo están en adecuadas condiciones de seguridad, bajo su responsabilidad. Su estado psicofísico debe ser tal que le permita controlar su vehículo y realizar las maniobras necesarias en la vía pública. Se deben extremar las precauciones cuando se circule cerca de niños, ancianos o personas con discapacidad. También deben mantener la mayor libertad en sus movimientos, el campo visual suficiente y una atención permanente que garantice su seguridad, la de los pasajeros transportados y la de los demás usuarios de la vía pública”. La ley nacional de tránsito 24.449 contiene similar normativa en TITULO V: EL VEHICULO CAPITULO I.

Ámbito espacial de la conducción (vía pública).

Conforme surge del literal de los textos penales implicados en la reforma de la Ley 27.347 y de la interpretación teleológica que se debe hacer de ellos, se puede afirmar, en principio, que la vía pública constituye un elemento integrador esencial de los nuevos tipos agravados. Todos estos delitos requieren, no sólo un conductor al volante de un automóvil con motor –según se ha visto en el parágrafo precedente-, sino que la conducción se realice, por lo

general, en la vía pública y no en espacios privados o lugares excluidos al tránsito automotor. Sin embargo, esta conclusión debe ser matizada.

Una más atenta mirada del texto legal, a los fines de determinar con la suficiente precisión si estos delitos únicamente pueden cometerse mientras la circulación del automóvil con motor se lleva a cabo en una vía de uso público o destinada al tránsito de vehículos, o si también es posible su comisión en lugares privados no destinados al tránsito de automóviles, nos debe recordar que la Ley 27.347 no sólo no hace ninguna referencia a la necesidad de que la conducción de un vehículo con motor se lleve a cabo en una vía pública, sino que no ha incorporado al Código penal los denominados delitos contra la seguridad vial en sentido estricto, sino circunstancias agravantes de delitos contra la vida y la integridad corporal vinculadas a los delitos de homicidio y lesiones culposas. En igual sentido se expresa la ley Nº 2148 Código de Tránsito y Transporte de la CABA, TÍTULO SEGUNDO DE LA VÍA PÚBLICA Capítulo 2.1.- Asimismo la Ley Nacional de Tránsito 24.449 ver TITULO IV LA VIA PUBLICA CAPITULO UNICO. Compagina este párrafo

Resultado: la muerte o lesión de una persona

Los delitos que estamos comentando son delitos de resultado material, producido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido y no de peligro –concreto o abstracto- para el bien jurídico protegido. Por lo tanto, lo que importa no es el riesgo creado por la acción del conductor –cuyo comportamiento pudo haber sido temerario-, sino el resultado producido.

El incremento de la pena para aquellas hipótesis previstas por la Ley 27.347 sólo podrían tener justificación frente al mayor riesgo de daño que dichos comportamientos producen por la probabilidad de menoscabo de los bienes jurídicos protegidos, la vida y la integridad corporal de las personas, de manera que el resultado producido es el elemento que determina el momento consumativo del delito.

Tratándose de delitos culposos, la mera conducción del vehículo con motor en alguna de las situaciones previstas en los artículos 84 bis o 94 bis del Código penal, sin resultados, no dará lugar a una tentativa del delito imprudente sino a una contravención administrativa violatoria a las reglas de la circulación vial. La imputación del resultado –se ha dicho en la doctrina- carece de justificación si no se ha producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

En este punto resulta conveniente realizar una mención, con respecto a si es posible la existencia de la tentativa cuando se actúa con Dolo Eventual. La jurisprudencia se encuentra dividida. Podemos diferenciar dos grupos de autores, por un lado, Fontán Balestra, Frias Caballero, Nuñez, Creus, consideran que No es posible la Tentativa porque la ley exige el fin de cometer un delito determinado, haciendo referencia al *dolo directo*, incluyendo al *dolo indirecto*, pero no al dolo eventual, ya que en éste su querer no puede contener, el fin de cometer un delito, sino la previsión de cometerlo: el autor no se dirige a la comisión con su

conducta, sino que sólo admite la perpetración del delito, como una contingencia de la actividad que despliega en procura de otro fin.

En otro grupo distinto se encuentran Zaffaroni, Welzel, Bacigalupo, quienes nos dicen que si es posible la tentativa con dolo eventual. Si un delito consumado admite esa modalidad subjetiva, el hecho tentado también lo podrá (si se puede lo más, se puede lo menos). También el art. 22 del C. Alemán admite esta figura.

Por lo antes expuesto, se desprende que la Tentativa **sólo puede darse en los delitos dolosos, nunca en los culposos**, porque el dolo de consumir el delito debe estar presente, aunque no pueda cometerse por causas ajenas al autor.

EL HOMICIDIO CULPOSO EN EL DERECHO ARGENTINO

El delito de homicidio culposo –como antes se dijo- se halla estructurado en el Código Penal argentino sobre la base de cuatro modalidades o clases de culpa: imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo (art.84).

La Ley 27.347 ha reformulado el artículo (que ya había sido modificado por la ley 25.189 de 1999), regresando el texto original en la figura básica, pero incrementando el mínimo de la escala penal –que era de seis meses- a un año de prisión, manteniendo en un segundo párrafo de la disposición un tipo agravado para cuando fueren más de una las víctimas fatales. Por lo demás –como ya anticipáramos anteriormente- agregó el artículo 84 bis para aquellas hipótesis que sólo tienen relación con la conducción de un vehículo con motor.

De manera que, en el régimen actual, la muerte culposa de una o más personas, en principio, se adecua a la regulación del artículo 84, pero si ese tal resultado es la consecuencia de la conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, es de aplicación el primer párrafo del nuevo artículo 84 bis. El tipo agravado sólo será de aplicación cuando concurren, conjuntamente, alguna de las circunstancias previstas en el mencionado primer párrafo del artículo 84 bis con alguna de las hipótesis reguladas en el segundo párrafo de la misma disposición penal. Debemos destacar que la concurrencia de una o más agravantes (por ej. producir la muerte de una o más personas, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, conduciendo un automotor excediendo la velocidad permitida legalmente), no multiplica la penalidad, sino que la pena debe ser graduada de acuerdo con la escala prevista en la propia normativa y las disposiciones generales de los artículos 40 y 41 del Código penal.

No existe un concepto general de culpa, ni es posible deducirlo de las disposiciones legales. Sin embargo, como señala Creus, la culpa no constituye un delito propio en sí mismo (que se castigue la culpa por la culpa misma, crimen culpae), sino que no cualquier delito atribuido en la ley a título de dolo, susceptible de recibir forma culposa, es punible por esta última si la misma no se encuentra expresamente prevista. En el estado actual de nuestro

Derecho, el homicidio culposo solo es punible por cuanto se halla expresamente prevista su punición en los artículos 84 y 84 bis, Cód. Penal.

La culpa -según el referido autor-, se presenta en nuestro sistema jurídico como una violación del deber de cuidado, el cual se estructura directamente sobre la previsibilidad del resultado típico; o sea que el deber de cuidado existe en el caso dado, en tanto y en cuanto el autor haya podido prever la posibilidad del resultado típico. En un mismo sentido, Núñez subraya que la conducta culposa, en cualquiera de las formas previstas por la ley, no es en sí misma imputable y punible. Para que lo sea, tiene que haber causado un resultado imputable a título de culpa, especie culpable que en su concepción integral se funda en la previsibilidad del daño.

El tipo objetivo está dado por el verbo causar (la muerte de otro), que representa la acción material punible. La estructura de la acción en este delito admite tanto la comisión como la omisión impropia (comisión por omisión), no así la simple omisión, que se caracteriza por la irrelevancia del resultado.

Entre la acción y el resultado debe mediar un nexo de causalidad, una relación entre la conducta realizada y el resultado producido, sin interferencia de factores extraños, como es propio de todo delito cuya acción provoca una modificación en el mundo exterior. En el delito imprudente, subraya Muñoz Conde, la acción imprudente solo se castiga si produce un resultado lesivo.

EL TEXTO LEGAL.

Art. 84 bis: Será reprimido con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte. La pena será de tres a seis años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intente socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el art. 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales (texto según Ley 27.347).

El artículo introduce dos nuevos párrafos en los que se prevé, en el primero, similares formas comisivas que las contempladas en el art. 84, pero con una pena mínima mayor (se

aumenta el mínimo de la escala en un año) por tratarse de un resultado provocado por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, mientras que en el segundo párrafo están previstas varias modalidades de acción que tienen la virtualidad de configurar, asimismo, una reagravante (un aumento punitivo) con respecto al delito de homicidio culposo previsto en el primer párrafo del artículo, incrementándose la escala penal en un (1) año de prisión tanto en el mínimo como en el máximo (3 a 6 años), aunque manteniéndose sin modificaciones el tiempo de inhabilitación especial (5 a 10 años). El incremento de la pena en estas hipótesis se justifica en el mayor riesgo de daño que implica la conducción de un automotor en las condiciones previstas en la norma y en la pluralidad de los resultados causados

Veamos, entonces, con más detalles cada situación en particular.

1. Conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor.

El delito de homicidio culposo se halla estructurado en el Código penal argentino – como se explicó anteriormente- sobre la base de cuatro modalidades o clases de culpa: imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo (art.84).

En la actualidad –como vimos- rige otro precepto introducido por la reforma de la Ley 27.347, cuyo texto mantuvo, además de la conducción imprudente y negligente de un vehículo con motor, también como una modalidad de la culpa, la “conducción antirreglamentaria de un vehículo con motor”.

2. Fuga.

El artículo reprime al conductor que, habiendo causado la muerte de otra persona por la conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, se diere a la fuga del lugar del siniestro, sin que resulte imprescindible a la tipificación penal que el sujeto haya adoptado, al mismo tiempo, otra determinación, por ej. que desaparezca sin dejar rastros o permanezca oculto en las inmediaciones, pues es posible que haya sido identificado (tanto él mismo como el automóvil objeto del siniestro) por testigos o tele cámaras ubicadas en las cercanías. Lo que la ley pretende, seguramente, es que el autor del hecho permanezca en el lugar una vez producido el accidente de tráfico pensando, no sólo en lograr que se determine con mayor facilidad y precisión la autoría del hecho sino en la propia situación de la víctima, quien podría recibir del propio autor socorro inmediato evitándose, de ese modo, mayores riesgos de muerte. Si el autor se fuga, no sólo deja a la víctima materialmente desamparada sino que infringe, además de una norma jurídica impositiva, una elemental norma de solidaridad que pone de manifiesto un desprecio hacia la vida o la integridad física de los demás. La norma no busca –directamente y en forma inmediata- el auxilio de la víctima, ya sea

que fuere prestado por el propio generador del accidente o por un tercero en demanda de éste, sino que el autor no se ausente del lugar en el que ocurrió el accidente, nada más que eso, sin ninguna otra finalidad. El auxilio a la víctima implica otra exigencia que se independiza de la situación de fuga (son dos circunstancias conductuales diferentes y autónomas), pero tampoco dejan de estar vinculadas muy estrechamente, pues la fuga del lugar del hecho siempre habrá de provocar, aunque fuere mínimamente, una situación de desamparo de la víctima. No obstante ello, la sola fuga del lugar es suficiente para la aplicación de la mayor penalidad

3. Socorro a la víctima.

El texto legal establece que se aplicará la mayor penalidad cuando el conductor negligente, imprudente o conduciendo antirreglamentariamente el automóvil, “no intentase socorrer a la víctima”, mediante una fórmula que se presenta para nada satisfactoria, pues describe una conducta de muy difícil constatación, el “intento” de auxilio, que necesitará, seguramente, de la complementación de otros elementos de prueba que no provengan del propio autor del delito. ¿Cómo habrá de acreditarse en el proceso que el conductor “no intentó” socorrer a la víctima? Tal vez hubiera sido de mejor fortuna establecer claramente la obligación de socorro, por ej. “no socorrer” o “no prestar auxilio” a la víctima y evitar, con una mejor redacción, zonas de oscuridad que pudieran terminar en una muy cuestionable aplicación de la agravante, o en una imposibilidad práctica de hacerlo, pues bastará con que el autor del hecho alegue en su defensa que intentó auxiliarla dirigiéndose a la zona del accidente, pero terceros extraños comenzaron a agredirlo, obligándolo a retirarse rápidamente del lugar, para que –ante la más mínima duda en el juzgador- no corresponda la aplicación de la agravante.

4. Conducción bajo los efectos de estupefacientes

El tipo penal requiere que el conductor del vehículo con motor haya causado la muerte de una persona, mientras se encontraba bajo los efectos de estupefacientes, es decir, de aquellas sustancias que, según prescribe el artículo 77 del Código penal, son susceptibles de producir dependencia física o psíquica y que se encuentran incluidas en las listas que se elaboran y actualizan periódicamente por el PEN.

En cualquier caso, estas sustancias deben haber provocado en el agente activo efectos en su psiquis que hayan sido el factor determinante del accidente de tráfico. Vale decir, que no es suficiente para la concurrencia de la agravante con la sola ingestión o consumo de estas sustancias, sino que es necesario que, al momento del hecho, el autor “estuviese bajo los efectos de estupefacientes”, esto es, que por el influjo de estas sustancias se haya alterado negativamente la capacidad de conducción del agente activo (atención, percepción, concentración, disminución de las facultades, etc.), de manera que no sólo habrá de tenerse en cuenta el hecho objetivo de la ingesta de la sustancia sino, fundamentalmente, la influencia que la impregnación del tóxico ha tenido en la conducción del automotor. Por lo tanto, en el proceso

penal deberá acreditarse –por parte del Ministerio Público- que el conductor, al momento de producirse el accidente de tráfico, se encontraba “bajo los efectos de estupefacientes”, y que estos efectos –junto a la acción imprudente o antirreglamentaria del sujeto- han sido los factores causales del mismo.

5. Conducción bajo determinado nivel alcohólico

El tipo agravado requiere que el autor haya provocado la muerte de una persona, conduciendo un vehículo con motor con un nivel de alcoholemia igual o superior a un parámetro predeterminado en la norma legal, que el legislador ha establecido en 500 mg por litro de sangre en conductores de transporte público y en 1 g por litro de sangre “en los demás casos”.

Es suficiente para la consumación de la agravante que se acredite una ingestión igual o mayor de alcohol a los niveles permitidos legalmente. Dada estas cantidades, *iure et de iure* concurre la agravante.

La impregnación alcohólica en el conductor del vehículo constituye, sin lugar a dudas, un grave factor de riesgo en el tráfico vial, pero el tipo penal demanda que los resultados vulnerantes del bien jurídico protegido (la vida o la salud) sean la consecuencia de una conducta negligente, imprudente o antirreglamentaria en la conducción de un automotor y no de la ingesta del alcohol; dados estos elementos, es suficiente para que proceda la aplicación del artículo 84 bis del Código penal.

6. Conducción a velocidad excesiva

El texto legal establece que, por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo a motor, se causare la muerte de otra persona, “conduciendo en exceso de velocidad de más de 30 km. por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho”.

Se puede decir que una posible ventaja se aprecia en la circunstancia de que se establece una tasación de la acción típica, un parámetro de velocidad que evita, no solo la posibilidad de interpretaciones contradictorias, según cual fuere la normativa administrativa que rijan al momento y en el lugar del hecho, sino que facilita la prueba en los procesos judiciales y produce, naturalmente, una descongestión del sistema penal.

Demás está decir que, como en otras hipótesis de este artículo (por ej. la prueba de alcoholemia en caso de ingesta de alcohol), deberá acreditarse en el proceso respectivo que el autor del homicidio conducía el automotor a una velocidad superior a los límites establecidos en el propio precepto penal (más de treinta kilómetros de la velocidad permitida en el lugar del hecho), elemento del tipo objetivo que configura el puente hacia la mayor penalidad, que sólo será posible probar a través de las mediciones que se lleven a cabo mediante los medios

tecnológicos (cinemómetros) y físicos (correcta señalización viaria) con que se cuente oficialmente.

7. Inhabilitación por autoridad competente

En esta hipótesis, la agravante consiste en causar la muerte de una persona conduciendo un vehículo con motor de forma negligente, imprudente o antirreglamentaria, estando inhabilitado por autoridad competente para conducir automotores. Se trata de una desobediencia a la normativa administrativa devenida en delito, pero –recordemos- no como una mera infracción violatoria de los reglamentos de tráfico, sino como un verdadero delito culposos que requiere, en su grado consumativo, la muerte o una lesión en otra persona.

La agravante no alcanza a quienes, en los términos exigidos por la norma penal, conducen un automotor sin permiso o licencia habilitante, sea por no haberla obtenido nunca, por robo a extravío o por cualquier otra causa que no fuera la de no conducir por orden judicial.

8. Violación de las indicaciones del semáforo

El artículo 84 bis establece que corresponderá la mayor penalidad si el conductor del vehículo a motor, desplegando una conducta negligente, imprudente o antirreglamentaria, causa la muerte de otra persona, violando las indicaciones del semáforo, o sea, cuando no respeta las reglas establecidas en las normas de tránsito citadas, por ej. cruzar un semáforo cuando está encendida la luz roja (fija o intermitente), pues es en estos casos en los que la norma administrativa establece la detención del automotor.

10. Picadas ilegales. Remisión.

Con arreglo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 84 bis del Código penal, a la muerte culposa ocasionada por la conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, le corresponde una mayor penalidad (de tres a seis años de prisión) “cuando se dieren las circunstancias previstas en el artículo 193 bis”, esto es, cuando el autor del homicidio o de la lesión culposos se encontrare en alguna de las situaciones contempladas en dicha disposición legal en los momentos previos a la colisión de tráfico del que ha resultado la muerte de una o más personas.

La remisión de la ley a la figura prevista en el artículo 193 bis y la modificación que se hace de ella en el artículo 5 de la Ley 27.347, nos obliga a situarnos en el análisis de este tipo penal y a repensar algunos aspectos de su nueva regulación, para lo cual remitimos al lector a cuanto se dice supra de este mismo capítulo.

11. Conducción con culpa temeraria

Esta agravante concurre cuando el conductor del vehículo con motor causare la muerte de alguna persona “con culpa temeraria”. La fórmula empleada por el legislador para caracterizar este tipo de conductas, no deja de causar cierto escozor a la hora de intentar su interpretación, pues se trata de un concepto jurídico, además de indeterminado, difícil de definir debido a su componente subjetivo, que puede hacer pensar que estamos frente a una conducta dolosa. Sobre todo, por cuanto la norma habla de “conducción con culpa temeraria” – que es el elemento del tipo penal-, que no es lo mismo que decir “conducción temeraria”, pues esto último sí puede ser interpretado como una conducta dolosa.

Tradicionalmente, la expresión “temeridad” ha sido entendida como equivalente a “imprudencia”, inclusive se habló de “imprudencia temeraria o grave” para calificar este tipo de acciones como de las formas más graves de la culpa, siendo reconocido mayoritariamente como un elemento subjetivo perteneciente a la categoría dogmática de la culpabilidad. Pero ello no quiere decir que el legislador haya introducido un elemento subjetivo doloso en el tipo subjetivo de esta clase de figuras, pues ello produciría una verdadera distorsión en el sistema de los delitos culposos.

Puede hacerse una distinción entre velocidad excesiva y culpa temeraria. En el primer caso, es suficiente para la consumación típica de la agravante que el agente iguale o supere los límites de velocidad establecidos en la ley, mientras que la conducción con culpa temeraria requiere algo más que la mera constatación de una velocidad excesiva (pues, de lo contrario, se presentaría una contradicción conceptual inalterable): es necesario, además, valorar las circunstancias concretas en las que se desarrolló la acción de conducir, como ser, el estado de la vía de circulación, intensidad del tránsito, la zona de circulación, el clima, la presencia de peatones, las características del vehículo, el estado físico y psíquico del conductor, diversas formas peligrosas de conducir el automotor, la velocidad impuesta al vehículo, no respetar las ordenes de la policía de tránsito o de importantes señales de tráfico, conducir de contramano por varios cientos de metros, invadir el carril contrario de circulación, etc., para que se pueda justificar, dogmáticamente, la aplicación de la agravante.

12. Pluralidad de resultados

La agravante concurre cuando el conductor ha provocado la muerte de dos o más personas, sin que para ello tenga alguna incidencia que el hecho se haya consumado conduciendo el automotor con exceso de velocidad, bajo la influencia de tóxicos o bebidas alcohólicas, no respetando las señales de tránsito, etc. Es suficiente con la pluralidad de resultados, pero la concurrencia de dos o más agravantes no multiplica la penalidad, sino que la gravedad del hecho habrá de medirse con arreglo a la escala penal de la nueva disposición penal. (8).

5. Jurisprudencia sobre el tema

En esta línea de pensamiento, y a los fines de una clara interpretación del análisis de las teorías desarrolladas por parte de la jurisprudencia de nuestro país, refiero a continuación un caso emblemático en que se aplicaron, después de distintas interpretaciones, los criterios aquí expuestos, esto es el denominado caso "Cabello, Sebastián s/ recurso de casación".

El tribunal Oral Nro. 30 lo considera actor penalmente responsable del delito de doble homicidio simple con dolo eventual, condenándolo a la pena de 12 años de prisión e inhabilitación.

Cabello, Sebastián s/ recurso de casación” Sala III CNCP

Tribunal: Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 30 de la Capital Federal

Fecha: 21/11/2003

Partes: Cabello, Sebastián

Publicado en: LA LEY 2004-B, 615

HECHOS:

La causa se originó a raíz del accidente ocurrido en la madrugada del 30 de agosto de 1999, cuando Sebastián Cabello acompañado de un amigo decidió sin motivos de apuro correr una "anormativa picada" con su auto junto al menos otro vehículo BMW por Av. Cantilo, hacia provincia, desde la bajada de Pte. Illía, a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias. En ese contexto, y luego de efectuar una abrupta maniobra hacia la derecha "volantazo"-circulaban ambos vehículos por el carril izquierdo "chupados"- embistió al Renault 6 en el que circulaban a menor velocidad Celia Edith González Carman de 38 años de edad y su hija Vanina Rosales de 3 años, provocando la muerte por carbonización de ambas, a raíz del rápido incendio que produjo el impacto. Cabello fue condenado por el Tribunal de Primer Instancia a la pena de doce años de prisión e inhabilitación al ser encontrado penalmente responsable del delito de doble homicidio simple cometido con dolo eventual. Posteriormente la Cámara de Casación Penal, revocó éste fallo y condenó al imputado a la pena de tres años de prisión (arts. 45 y 84, 29 inc. 3, 40, 41, del C.P...).

Fallo del Tribunal de Primera Instancia (Tribunal Oral número 30, Buenos Aires)

El Tribunal de Primer Instancia sostuvo que la intervención de Cabello en el hecho se encuentra probada con absoluta certeza, de que él y nadie más que él, decidió apretar fuerte el pedal sin ninguna razón motivante que no fuera su propio querer al conducir vertiginosamente el Honda Civic blanco, -que contenía accesorios deportivos agregados por el propio imputado- en una inocultable picada con un "BMW" negro.- Afirmaron que lo suyo, "era correr por el correr mismo, y al letal resultado se llega... pues la prueba demuestra que Cabello conducía su auto deportivo, ajeno a otro interés que no fuera el suyo", inmerso en el estado de egocentrismo de vida, estado verbalizado por la psicóloga forense Lic. Cejas en el debate, centrado en sí y proyectando esa arbitraria y decisoria conducta de manejo como si la Av. Cantilo fuera, no una "autopista", sino una "pista".

En cuanto a la calificación legal realizada en la sentencia *doble homicidio cometido con dolo eventual* el tribunal destacó que "no estamos ante un homicidio culposo, sino ante una primigenia decisión volitiva, lúcida y consciente de calidad anormativa que lo conduce a la comisión de un delito doloso, cometido con dolo eventual."

Precisó en este punto que "quien decide hacer picadas" y pese a la anormatividad de su conducta la acepta, conoce el riesgo de muerte, y producido ello no puede ser ello ya extraño a su conocimiento, motivo de estupor inexplicable o de asombro.

Ese saber del riesgo -y su búsqueda de emociones fuertes- más conocimientos y lucidez, indica conocer también -como acto interior- la previsión del suceso "muerte"... la relación de su conducta en proyección potencial dañosa, como luego sucedió, a través del significado letal ostensible de dos víctimas muertas.

Por ello estimaron los magistrados que el imputado se representó perfectamente el resultado de muerte en esa acción extratípica -anormativa- que él cumplía, y que podía tener dañosamente hacia terceros y no obstante eso continuó adelante, continuó pisando el acelerador y tratando de ganar en esa competición callejera.

Expresaron en este contexto, que la existencia "ab initio" de una voluntad de "disparar" patentizada luego por el resultado "eventual" sucedido, no es nada incompatible con la convergencia subjetiva para cuyo fin es suficiente la representación, como posible, de que determinado hecho puede producir determinada consecuencia, asumiendo el autor su riesgo.

Podemos advertir aquí que el Tribunal efectuó un análisis de la conducta de Cabello con gran apego a la teoría de la indiferencia, toda vez que la base de los fundamentos esgrimidos al momento de sentenciar hacen mención a que: "Afirmaron que lo suyo, "era correr

por el correr mismo, y al letal resultado se llega... pues la prueba demuestra que Cabello conducía su auto deportivo, ajeno a otro interés que no fuera el suyo”, inmerso en el estado de egocentrismo de vida, estado verbalizado por la psicóloga forense Lic. Cejas en el debate, centrado en sí y proyectando esa arbitraria y decisoria conducta de manejo como si la Av. Cantilo fuera, no una "autopista", sino una "pista", atendiendo aquí al interés interno del sujeto autor del hecho frente a la previsible producción del resultado lesivo”.

Existe dolo eventual cuando asentimos el resultado -en el caso, se produjo la muerte de dos personas ocupantes de un rodado al ser embestido por otro que corría una carrera callejera-, cuando nos da lo mismo que suceda o no, cuando seguimos en el camino delictivo aún en el caso de que al fin de cuentas se produzca.

El Tribunal resolvió condenar a SEBASTIÁN CABELLO por el delito de doble homicidio cometido con dolo eventual a la pena de doce años de prisión e inhabilitación especial para conducir automotores.

El fallo en casación

C. 5000 - "Cabello, Sebastián s/ recurso de casación" - CFCP - Sala III - 02/09/2005

Posteriormente la CNCP, hizo lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Cabello, calificando el hecho como “homicidio culposo con multiplicad de víctimas”, condenándolo a la pena de tres años de prisión (arts. 29 inc. 3, 40, 41, 45 y 84 del C.P.).

Los fundamentos que se esgrimieron en torno a dicho decisorio fueron que los magistrados intervinientes anteriormente habían efectuado un desajustado tratamiento del caso, sin haber analizado el hecho bajo las dos órbitas posibles, esto es, tratar de establecer si el accionar del imputado debía subsumirse en el delito de homicidio culposo o bien, como lo hicieron, en el de homicidio simple con dolo eventual.

Así se tuvo por acreditado en la sentencia que: *“el 30 de agosto de 1999, siendo cerca de las 2 hs. de la madrugada, con excelente visibilidad, Sebastián Cabello, (al que acompañaba su amigo Daniel Cristián Pereyra Carballo) decidió sin motivos de apuro y con aceptación del riesgo por ambos, correr una anormativa "picada" -sin importarle- con el auto "Honda Civic", dominio RFH-064, propiedad de su padre, junto al menos otro vehículo ("BMW") por Av.Cantilo, (desde la bajada del Pte Illia) a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias, (137,65 kms. p/hora) y en ese contexto -efectuando una abrupta maniobra hacia la derecha ("volantazo") embistió por atrás al "Renault 6", dominio VYY-089 en el que circulaban -a menor velocidad y con sus luces reglamentarias*

prendidas- Celia Edith González Carman (38 años de edad) y su hija Vanina Rosales (de 3 años), provocando la muerte por carbonización de ambas a raíz del rápido incendio que produjo el impacto, resultados finales éstos que Cabello -dada su educación, conocimientos, volición y lucidez se representó como posibles consecuencias de su decidida participación voluntaria en correr, y optó por esa conducta de correr al resultarle indiferente el prójimo y los resultados que -previamente despreció y asumió, preocupándose luego del luctuoso hecho sólo por el estado dañado de su rodado "Honda" embistente y no por las víctimas." (cfr. fs. 2667vta.).

Se expresó que "...la mera circunstancia de circular a una alta velocidad violando conscientemente el deber de cuidado, confiado en su habilidad o destreza como conductor no resulta *per se* determinante de la existencia del dolo eventual, pues debe demostrarse que el autor fue consciente del riesgo, lo asumió y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado, extremos que por cierto, no han sido acreditados, más allá de las numerosas oportunidades, en que en la sentencia se sostiene que es así..."

Sobre el particular debe puntualizarse que, sin que alcance al nivel de una contradicción invalidante del fallo, se desliza que: "El delito de homicidio consiste en poner fin a la vida de una persona, un ser humano, en aniquilar la vida de otro, y en esta causa han sido dos (madre e hija) las víctimas inocentes de un rodado utilizado con conciencia, indiferencia legal y social como arma ofensiva y vulnerante, siendo esta consecuencia no directamente querida por el imputado aunque sí actuando y aceptando en sus absolutas preferencias el riesgo, a todo lo cual nos referiremos en el siguiente punto." (cfr. fs. 2696).

"Es que la mera circunstancia de circular a una alta velocidad violando conscientemente el deber de cuidado, confiado en su habilidad o destreza como conductor no resulta *per se* determinante de la existencia del dolo eventual, pues debe demostrarse que el autor fue consciente del riesgo, lo asumió y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado, extremos que por cierto, no han sido acreditados, más allá de las numerosas oportunidades, en que en la sentencia se sostiene que es así."

"Al respecto es conveniente transcribir que "Ocurre que es perfectamente posible que el imputado haya excedido conscientemente la velocidad permitida, incluso que haya aceptado participar en una "picada", pero, sin embargo, haya "confiado" subjetivamente en que nada ocurriría o, mejor dicho, en que con su habilidad controlaría en todo momento al vehículo. Para afirmar el dolo eventual el tribunal debió haber profundizado en esta cuestión, No parece sencillo descartar esa confianza en la evitación del resultado cuando no está del todo claro que el imputado haya visto el auto de la víctima y además está probado que intentó frenar antes de la embestida. (cfr. Donna, Edgardo Alberto y De la Fuente, Javier Esteban

"Prevención, culpabilidad la idea objetiva del dolo. El dolo eventual y su diferencia con la imprudencia consciente. A propósito del fallo "Cabello", en Revista de Derecho Penal 2003-2 citada, pág. 522)."

En definitiva, estimamos que los magistrados extrajeron sus conclusiones personales, más guiados por un afán de justificar la subsunción del caso en el homicidio simple, que en valorar si medió o no imprudencia consciente. "La jurisprudencia ante la dificultad insalvable, en muchos casos y, en particular, en los casos de dolo eventual, de probar la existencia del elemento volitivo, se guía en su decisión sobre la existencia o no de dolo por criterios ajenos a éste" (Corcoy Bidasolo, Mirentxu: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* edición, Buenos Aires, 2005, pág. 249).-º, Editorial B de F, 2

Sobre el particular cabe señalar que "en el dolo la prelación lógica coincide con la prioridad cronológica: el aspecto intelectual del dolo siempre debe estar antepuesto al volitivo. Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción, pues éstos no pueden existir sin un previo conocimiento que permita tomar una resolución determinada. Dado que el dolo es el fin tipificado, la finalidad es lo que da sentido a la unidad de conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad aunque puede haber conocimiento sin finalidad." (Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob. cit., pág. 497).-

"Cabe memorar que "Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo y recae sobre los elementos del tipo sistemático objetivo (incluyendo los elementos normativos de recorte) y también sobre los imputativos del tipo conglobante" (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro "Derecho Penal Parte General", pág. 495, Ed. Ediar, Primera Edición)."

"Para estos autores habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Se trata de una solución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado."

El Tribunal Colegiado cito el fallo "Cejas, Alberto Federico s/rec. de casación" (Reg. 736/04 del 30/11/04 de esta Sala III), el Dr. Tragant en su voto sostuvo que "el dolo eventual requiere que el autor se represente la realización del tipo como posible o, que considere seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforme con ella (Bacigalupo, Enrique "Manual de Derecho Penal, Parte General", pág. 112 y ss., Ed. Temis, 1998). Por otra parte, la subjetividad del agente en el homicidio culposo se inserta en un marco

distinto, por cuanto el tipo requiere que se trate de un resultado encuadrable dentro de los esquemas de la culpa en un sentido de previsibilidad, concepto éste que fija los límites subjetivos de la figura. En el homicidio culposo está ausente en el ánimo del autor cualquier voluntad, directa o eventual de dañar a un tercero. La imputación del hecho no se funda aquí en la voluntad de dañar en alguna medida la persona ajena, sino en alguna de las formas de la culpa admitida por la ley (art. 84). (Núñez, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Volumen I, pág, 157, Ed. Lerner, Córdoba, 1988)."

La Cámara entendió que: "...En nuestro parecer, el imputado actuó en el episodio que nos ocupa, con un alto grado de imprudencia, con extrema inobservancia de las normas que debía cumplir al mando de un rodado, pero descartamos que haya habido de su parte intención de dañarse a si mismo o a terceros. Es que no se advierte en qué elemento acreditativo han fincado los jueces su convencimiento acerca de que Cabello al conducir su automóvil de la manera en que lo hiciera había previamente conocido y aceptado que iba a embestir a otro rodado, provocando la muerte de seres humanos y lograr salir él indemne del episodio..."

"...Entre las afirmaciones con las que se machaca, se advierte la sinonimia automóvil-arma, otorgándole al rodado una condición, que más allá de su acierto o error, no convierte de por sí al hecho en delito intencional, desde que con un arma en sentido propio, por ejemplo una pistola 9 mm., pueden cometerse tanto delitos dolosos como culposos..."

Estimamos oportuno recordar que el hecho bajo estudio provocó el tratamiento legislativo de algunos demorados proyectos de modificación de las penas previstas en el artículo 84 del Código Penal. Al respecto es ilustrativo transcribir parte del discurso del miembro informante, Senador Pardo: "...1) El tema de la modificación del régimen de los delitos culposos previstos en el Código Penal, teniendo en cuenta los expedientes CD.29/97 y S.749/99, ha merecido el tratamiento y el desarrollo que esta comisión determinó en el texto cuya sanción aconseja aprobar. Dadas las atendibles demandas de la sociedad en lo que hace a la necesidad de mayor punición del delito culposo, particularmente ante el incremento de homicidios y lesiones culposas, especialmente en accidentes de tránsito, aunque éstos no son los únicos hechos que merecen atención en este campo, aparece como una necesidad el incremento de la reacción penal. Hoy, ante la escala penal existente con respecto a estos delitos, y ante la no imposición de cumplimiento efectivo, ello por una deficiente aplicación jurisprudencial del instituto de la condena de ejecución condicional, que establece que el juez podrá aplicar o dictaminar la condena de ejecución condicional, se hubiese podido mejorar el sistema represivo del Código Penal. Quiero destacar -reafirmando lo que usted dijo sobre la importancia de este tema- que bastaría con leer un diario de circulación nacional, el más importante del país en el día de ayer, donde se daba cuenta de que una de estas conductas

tipificadas en el Código Penal como culposa ocasionó el incendio de un auto, chocado por un joven que efectuaba picadas en una avenida, lo cual produjo como consecuencia la muerte por calcinamiento de una madre y de su hija. Destaco la importancia de esto para que vean el reclamo que hace la sociedad argentina, y sobre todo quiero que se pongan en el lugar del esposo que perdió a su esposa, y del padre que perdió a su hija en un hecho tan aberrante como el del otro día. También destaco la importancia de la labor realizada por la Comisión de Asuntos Penales. Este dictamen tiene larga data y hoy lo tratamos, desgraciadamente, porque ocurrió el luctuoso hecho del atropellamiento por una picada en una avenida de Buenos Aires..."(cfr. La Ley, Antecedentes Parlamentarios, 2000-B pág. 2459)."

La Cámara de Casación Penal, concluyó que habrá de encuadrarse la conducta de SEBASTIÁN CABELLO en el artículo 84 del Código Penal, versión Ley 21.338 vigente por Ley 23.077, imponiéndole la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial y costas.

Cita: *elDial.com - AA2D2C*

Este fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Fallo C.4712.XLI., de fecha 14 de noviembre de 2006.

Vemos aquí como los magistrados de la Cámara de Casación Penal, se alejaron de la idea del dolo eventual, para dar una solución bajo el enfoque de la culpa conciente, advirtiéndose notablemente la repercusión de tal alejamiento en cuanto a la calificación del hecho y como consecuencia lógica en el monto punitivo finalmente aplicado al imputado.

Siguiendo este precedente, actualmente la doctrina mayoritaria es congruente en aseverar la necesidad de que concurra el factor cognitivo (dolo con conocimiento) para poder afirmar la existencia del dolo eventual, porque la presencia de dicho factor se puede deducir con cierta facilidad a partir de datos externos, lo cuál no ocurre con el elemento volitivo. Sin embargo, debemos reconocer que los inconvenientes comienzan a la hora de determinar el concreto grado de conocimiento que se debe poseer para actuar dolosamente.

Puede extraerse de lo expuesto varias conclusiones, alguna vinculada al modo espasmódico y post facto en que nos movemos los argentinos, pero la más relacionada al meollo de la cuestión, es que las acciones delictivas como la aquí ventilada, siguieron incluidas en el catálogo penal como de contenido culposo. Si los legisladores hubieran tenido la intención de darle otra sustancia o penalidad más grave, lo hubieran hecho.

6. Conclusión

Del desarrollo y análisis efectuado de las distintas teorías que diferencian el dolo eventual y la culpa consciente, debemos concluir que éstas se diferencian entre sí por prevalecer en algunas el elemento volitivo y en otras el intelectual, debiendo tener en cuenta las últimas tendencias que analizan en forma conjunta ambos elementos, tanto el cognoscitivo como volitivo del dolo, efectuando un desarrollo, como dije, que podría llamarse mixto en el análisis de las mismas.

Ahora bien, las críticas que le efectúan a éstas teorías es que la mayoría arriba a considerar la aceptación del resultado por parte del autor por meros indicios y presunciones, tomando como punto de referencia más próximo la voluntad de éste en relación al resultado, en vez de ponerlo en consideración con la conducta misma del sujeto, máxime si queremos propiciar un derecho penal de acto (principio establecido constitucionalmente), donde prevalezca el desvalor de la acción, apartándonos de criterios meramente resultadistas.

Esta manera tradicional de dar cuenta de la atribución de responsabilidad ponía el acento tanto en los aspectos epistémicos que guían las acciones como también en las decisiones del agente y se asumía a la naturaleza voluntaria de las acciones como la justificación moral de la mayor gravedad del reproche por conductas dolosas respecto de las imprudentes. Sin embargo, el desarrollo del concepto de dolo en la dogmática penal en las últimas décadas parece abandonar esta conexión entre dolo e intención de los agentes, privilegiando los aspectos epistémicos al momento de atribuir responsabilidad. Este desplazamiento de la explicación del dolo desde los aspectos epistémico-volitivos hacia los aspectos puramente epistémicos ha sido acompañado por una expansión de la atribución de responsabilidad por dolo a casos en que el agente no *intentaba* lograr un cierto estado de cosas, pero *conocía* que probablemente se producirían como consecuencia de su acción. En la dogmática penal, esta estrategia de solución se engloba bajo el rótulo de *dolo eventual*. Hay numerosas concepciones del dolo eventual, pero todas coinciden en que el agente no quiere o desea directamente la consecuencia que se produce, pero asume como posible o probable la producción de la misma.

Desde antiguo se discute si el dolo requiere conocimiento y voluntad (teoría de la voluntad) o sólo conocimiento (teoría de la representación). La doctrina dominante se ha inclinado por exigir tanto el conocimiento como la voluntad, aunque últimamente ha ganado terreno la opinión que considera suficiente el conocimiento.

La teoría de Jakobs es un buen ejemplo de esta estrategia reduccionista. Un rasgo característico de su propuesta es que fusiona el elemento volitivo en los componentes epistémicos de la acción, y ello parece descartar que la voluntad tenga un papel relevante (Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 316). En esta misma línea se enrolan Jiménez de

Asúa, Cuello Calón, Antón Oneca, Córdoba Roda, Del Rosal, Oiaz Palos, Muñoz Conde, Quintana, entre otros varios.

También debemos destacar que en la práctica, la toma de decisión por una u otra calificación —dolo eventual o culpa con representación— lleva consigo una extrema dificultad probatoria que me arriesgo a decir, será de casi imposible verificación, pues sólo podrá ventilarse tal incertidumbre con los propios dichos del imputado (confesión). En cuanto a la toma de decisión por parte de los órganos jurisdiccionales, éstos deberán ser muy cautos con cada caso traído para su conocimiento, en razón de la importante diferencia punitiva que separa ambas figuras (dolo – culpa), debiendo éstos descartar, siempre, la figura más gravosa en caso de duda.

Donde con mayor asiduidad deben analizarse estas cuestiones, es decir, diferenciar y encuadrar la conducta de un individuo en el tipo penal bajo la figura de la culpa consciente o del dolo eventual, es en los accidentes de tránsito automotor. Aquí se deben extremar los recaudos para no caer, demagógicamente, en sanciones ejemplificadoras, que tiendan más a satisfacer la opinión popular que analizar la verdad histórica del hecho en cuestión, bajo un estricto sentido de justicia.

El operador judicial debe tener la suficiente autonomía, independencia y autoridad para Juzgar estos hechos bajo los parámetros que le brinda la dogmática jurídica y no tentarse en elevar los resultados a nivel de una responsabilidad cuasi objetiva.

Podemos concluir que habrá dolo eventual cuando el sujeto activo del delito se represente la posibilidad del resultado y, no obstante, decida actuar corriendo el riesgo de su producción, por el contrario, si esta persona actúa en la esperanza de que su fortuna impedirá el resultado o confiando en que debido a sus habilidades el resultado no se producirá, de ocasionarse se estará en presencia de un obrar culposo.

Sin embargo, la discusión no se encuentra cerrada.

7. Citas y bibliografía:

- 1) JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. O p. Cit., p319.
- 2) *CLAUS ROXIN, Derecho penal, Parte General, t. I.*
- 3) *Edgardo A. DONNA, Derecho Penal Parte General, t. II, pag. 572.*
- 4) *ZAFFARINI, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro "Derecho Penal Parte General", pág. 495, Ed. Ediar, Primera Edición).*
- 5) *ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, t. I; M. COR COI BIDASOLO, El delito imprudente, criterios de imputación del resultado.*
- 6) *FRANK, Reinhard, Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, trad. De Gustavo Aboso y Tea Low, B de F editores, Montevideo, 2000, pag. 190.*
- 7) *MIGUEL ÁNGEL ARCE AGGEO. Derecho Penal Parte General.*
- 8) *Jorge Eduardo Buompadre - Homicidio Culposo Agravado. Artículo publicado en Asociación Pensamiento Penal.*

OTRA BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- 1) "Código Penal Argentino Comentado" – Ossorio y Florit Edit. Universidad
- 2) "Derecho Penal ", Carlos Creus, Edit. Astrea, 4ta. Edición
- 3) Jorge Eduardo Buompadre - Homicidio Culposo Agravado. Artículo publicado en Asociación Pensamiento Penal

Fallos:

"Cejas, Alberto F. s/Recurso de casación", CNCP, sala III, en causa reg. Nro. 736/04, del 30/11/04).-

"Cabello, Sebastián s/recurso de casación" – CNCP – Sala III-02/09/2005.-