

LA ESTRUCTURA DEL DOLO EVENTUAL Y LAS NUEVAS FENOMENOLOGÍAS DE RIESGO

Stefano Canestrari (*)

RESUMEN

El texto aborda la discusión acerca de la estructura del *dolo eventual*, a partir de su fenomenología contemporánea, y el tratamiento que la jurisprudencia y doctrina alemana e italiana le han dado, particularmente en relación a supuestos relacionados con la transmisión de enfermedades de carácter sexual y de negativa de transfusión de sangre a menores por padres Testigos de Jehová. Se afirma que la doctrina dominante del consentimiento o aceptación no resuelve adecuadamente la fenomenología analizada y se plantea superar las dificultades que ello acarrea mediante la regulación legal del concepto de *dolo eventual* que se propone como conclusión.

Dolo eventual. Regulación legal del dolo eventual. Derecho penal

ABSTRACT

The article discusses the structure of *dolus eventialis* (*recklessness*), considering its contemporary phenomenology, and the contributions of judicial decisions and legal scholarship in Germany and Italy. Especial consideration is given to the cases of sexually transmitted diseases and the refusal of blood transfusions

(*) Profesor catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, Italia.

Traducción realizada por Beatriz Romero Flores, Doctora europea en Derecho.

Artículo recibido el 12 de noviembre de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 30 de noviembre de 2004.

Correo electrónico: preside@giuri.unibo.it

to children by their Jehovah's Witnesses parents. It is argued that the dominant doctrine of consent or acceptance does not adequately resolve the analyzed phenomena, and a proposal is advanced towards a legal definition of the concept of recklessness.

Penal law. Recklessness. Legal definition of recklessness

1. PREMISA

En el debate contemporáneo, la literatura penal italiana ha identificado con claridad las principales cuestiones que operan en torno a una futura definición legal de dolo. En concreto, ha habido consenso sobre el hecho de que la cuestión más importante – “decisiva” en el plano aplicativo- viene representada por la forma “indirecta” de la responsabilidad dolosa.

Según la concepción de Giorgio Marinucci, el legislador de la reforma no puede delegar la “primordial” elección político-crímenal de definir el dolo, aunque las configuraciones del “*dolus eventualis*” en la Ciencia penal hayan sido “muchas y diferentes”¹. Carlo Federico Grosso considera que el verdadero problema no es “reconocer explícitamente también a nivel legislativo la relevancia del dolo indirecto, sino más bien establecer qué debe entenderse por tal tipo de dolo y qué es lo que lo distingue de la culpa consciente”².

Con este objetivo, no hay duda de que la utilidad de los numerosos criterios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia ha resultado ilusoria. Desde un doble punto de vista, con el fin de conseguir una definitiva clarificación con respecto a la configuración estructural del dolo eventual; en el aspecto relativo a la identificación de una línea convincente de demarcación con el fenómeno de la culpa con previsión.

El evidente rechazo de un balance que no puede definirse como satisfactorio se ha reflejado en la reciente “apertura”, todavía imperceptible, hacia previsiones de reforma dirigidas a unificar los márgenes edictales y los “hechos” con respecto a las formas de dolo eventual y culpa con previsión, con el ejemplo de la *Recklessness* angloamericana³. Realmen-

¹ Marinucci, Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza, in Aa. Vv., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali* (Atti XIX Convegno «Enrico de Nicola», St. Vincent 6-7 mayo 1994), Milano, 1996, 144.

² Grosso, Il principio di colpevolezza, en Aa. Vv., *Prospettive di riforma*, cit., 128.

³ V., por todos, Angioni, Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale, in Aa. Vv., Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 mayo 1995) a cargo de Canestrari, Torino, 1998, 194. Sobre este punto, cfr., recientemente, las lúcidas observaciones de Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York, Oxford, 1998, 111 ss.

te, la formulación de una propuesta tan innovadora no tiene su origen en una demostración puntual de la conveniencia de la utilidad de esta “tercera especie”⁴, sino más bien en la consciente dificultad advertida por el intérprete, al cumplir con su obligación de señalar con claridad a la jurisprudencia los criterios para realizar esta elección siempre dramática y *tranchant*.

En nuestra opinión, esta sensación de insuficiencia del penalista al enfrentarse con la individualización de los ámbitos de aplicación del dolo eventual y la culpa consciente parece destinada a acrecentarse. Por una doble clase de razones. Por un lado, la proliferación de fenomenologías de peligro conectadas a comportamientos “desviados” – “apuestas automovilísticas”; conductas arriesgadas de conducción gravemente alejadas del reglamento del Código de circulación; actividades lúdico-deportivas violentas y no reconocidas por las autoridades competentes; utilización de sustancias químicas y medicinales; ausencia de los controles adecuados, en el campo de la producción industrial y de la experimentación sanitaria; contagio de enfermedades transmitidas por vía sexual (en particular, el virus VIH) –, que se realizan en el contexto de los “riesgos de base permitido”, a veces incluso disciplinados por el Ordenamiento jurídico. Por otro lado, la expansión del reproche penal en la legislación complementaria en materia económica, a través de una auténtica “irrupción” de la figura del “dolo eventual” – se hace referencia, sobre todo, al derecho penal societario y de la quiebra – caracterizada por un progresivo e insidioso “alisamiento” de la distinción dogmática entre dolo y culpa⁵.

2. LA CRISIS DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL SOBRE LA DIFERENCIA ESTRUCTURAL ENTRE DOLO EVENTUAL-CULPA CONSCIENTE

La presencia de estas nuevas y complejas problemáticas – el papel “incisivo” del dolo eventual en el derecho penal de la economía; la frecuente aparición de tipologías de peligro anticipado, de incierta clasificación – produce consecuencias de gran importancia.

Sobre todo, se confirma la obsolescencia de algunos criterios distintivos clásicos entre el dolo eventual y la culpa con previsión, que tanto doctrina como jurisprudencia consideran que ya no son idóneos para “captar” y resolver las cuestiones surgidas últimamente por la actual casuística. Como era fácilmente previsible, las numerosas causas que han determinado

⁴ Cfr., por ultimo, Curi, *Tertium datur*, Milano, 2003, 47 ss.; 201 ss., en el que una detenida investigación comparantística no logra demostrar que la introducción de una categoría “intermedia” permitiría configurar soluciones mas adecuadas a los problemas surgidos en la práctica (se piensa, por ejemplo, en los casos de “conducta sexual arriesgada” del seropositiva, y en el “lanzamiento de piedras desde un viaducto”, etc..).

⁵ V. Pedrazzi, *Il tramonto del dolo*, RIDPP, 2000, 1265.

la actual degeneración jurisprudencial habría que comprenderlas por la propia pérdida de capacidad heurística- y por tanto, de carácter interpretativo- de aquellas opiniones tradicionales que continúan siendo ilustradas por la manualística por la pura exigencia de dar un tratamiento íntegro a la materia.

La validez de esta afirmación resulta evidente con el examen de las posturas de la literatura y jurisprudencia alemana sobre la punibilidad del contagio sexual del virus del VIH, ya que tal problemática constituye un ámbito “privilegiado” para verificar las diferentes concepciones fundamentales del dolo eventual, incluso a la luz de la expresa divergencia de los puntos de vista político-criminales. De manera somera, las soluciones que se han expuesto sobre la relevancia penal de la relación sexual no protegida (y no violenta) practicada por el seropositivo consciente de su estado (sin informar a la pareja sana), confirman de manera inequívoca que las originarias teorías cognitivas y volitivas forman parte ya de la historia del derecho penal.

En relación con los contenidos originarios de las elaboraciones intelectuales de la probabilidad y la posibilidad (*Wahrscheinlichkeitstheorie; Möglichkeitstheorie*) se puede afirmar que éstas han sido definitivamente abandonadas, tanto por los partidarios de una intervención represiva contra el contagio del virus VIH, como por los partidarios del paradigma preventivo. De manera análoga a los “antiguos” postulados cognitivos, también la teoría de la voluntad activa de evitar (*vom tatkächtigen Vermeidewillen*) ya no es considerada como criterio autónomo capaz de delimitar el dolo eventual y la culpa con previsión del resultado⁶.

Y, realmente, a pesar de que la consiguiente aplicación de la tesis de Armin Kaufmann debería conducir a la exclusión del dolo de infección en los casos de “coitus interruptus” por parte del sujeto seropositivo- situación que se constató concretamente en el hecho examinado por el LG Nürnberg-Führ⁷- se ha seguido el razonamiento de que es conciliable la actuación de tal contramedida con la afirmación de un dolo eventual de lesiones (u homicidio). Una “manifestación parecida de la voluntad de impedir” se ha considerado significativa solamente como prueba de una eventual fe en la no verificación del resultado, o bien como indicio de la falta de aprobación de la realización del contagio.

En cuanto a la concepción volitiva, en esta sede hay que prescindir bien de las tesis

⁶ V. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 41 ss.

⁷ Cfr. LG Nürnberg-Führ, 16 de noviembre de 1987, en NJW, 1988, 2311 ss., así como LG Hechingen, 17 de noviembre de 1987, en AIFO, 1988, 220 ss.

“menores” – como la teoría de la indiferencia o del sentimiento- bien de las teorías denominadas mixtas, que parten de la combinación de diversos criterios heredados de puntos de vista históricamente enfrentados⁸. Sin embargo, es necesario dedicar algunas observaciones a la formulación más célebre, representada por la denominada teoría de la “aprobación” o del consentimiento del resultado⁹.

2.1. Las ambiguas aplicaciones de las versiones más acreditadas de la denominada teoría del consentimiento. El BGH y el contagio sexual del virus VIH

Como es sabido, la teoría del consentimiento ha recibido en la posguerra una interpretación bastante restrictiva, clarificándose que el término “aprobación” va reconstruido en términos normativos, en cuanto puede ser compatible también con un rechazo emocional del resultado. Sin embargo, la “moderna” versión de la teoría del consentimiento resulta comprensible únicamente en cuanto a lo que no debe entenderse por “aprobación en sentido jurídico”, mientras que el contenido “positivo” del concepto – la “aceptación con admisión del resultado” (*billigendes Inkaufnehmen des Erfolgseintritts*) – viene definido de una manera bastante confusa.

Una reflexión similar no debería asombrar: la mínima consistencia dogmática de la *Billigungstheorie* – reconocida por sus mismos seguidores- permite a la Jurisprudencia continuar utilizando de modo usual fórmulas “estereotipadas” y amplias. El ejemplo más significativo de la utilización arbitraria de la noción de “*dolus eventualis*” como “aceptación con admisión en sentido jurídico del resultado” viene ofrecido, sin duda, por la primera manifestación del BGH respecto a la relación sexual no protegida del infectado por el VIH¹⁰.

⁸ Cfr., por todos, Prittwitz, *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS*, JA, 1988, I, 427 ss.; II, 486 ss., donde expone su «Teoría de indicios orientada hacia el proceso penal». Para un preciso examen crítico de las «clásicas» teorías volitivas, cfr. las observaciones de Gimbernat Ordeig, *Acerca del dolo eventual*, en *Estudios de derecho penal*, 1^a ed., Madrid, 1976, 131 ss.; Zafaroni, Alagia, Slokar, *Derecho penal*, Buenos Aires, 2000, 501.

⁹ La Billigungs - o Einwilligungstheorie - es denominada también «teoría hipotética del consentimiento», porque se emplea la llamada (primera) fórmula de Frank como criterio de prueba para comprobar la existencia del dolus eventualis. Tal orientación ha sido aceptada, en nuestra literatura, entre otros, por Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Milano, 2000, 279 s. y nt. 21; Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 176 ss.; Id., *Appunti sul confine fra dolo e culpa nella teoria del reato*, RIDPP, 2000, 1089 s. con puntualizaciones. En opinión de Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general*, I, Madrid, 1996, 419 ss., la teoría del consentimiento o de la aceptación (aprobación) constituye en España la doctrina dominante (el Autor cita trabajos de Córdoba Roba, Jiménez de Asúa, Cuello Calón, Quintano Ripollés, del Rosal y Muñoz Conde). Sobre el tema, recientemente, Díaz Pita, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, *passim*; García Cervigón, *El dolo eventual en el derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales*, en *Rev. der. pen. crim.*, 1996, 225 ss.

¹⁰ BGH 4 de noviembre de 1988 - 1StR 262/88, publicada en numerosas revistas: por ej., NJW, 1989, 781 ss.; NStZ, 1989, 114 ss.; trad. it. (a cargo de Canestrari) en FI, 1991, IV, 149 ss.

Si bien el Tribunal Federal alemán se preocupó de subrayar expresamente que no se iba a renunciar a la constatación del elemento volitivo – criterio decisivo para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente- es precisamente la descripción de la autonomía conceptual del dicho requisito la que resulta poco convincente.

En síntesis. El *Bundesgerichtshof* se apoya sobre los indicios que deberían sostener la prueba de la “aceptación con admisión” del resultado por parte del sujeto seropositivo: la información experta (y detallada) proporcionada por el médico sobre la existencia de un riesgo de contagio incluso en una única relación sexual no protegida; la declaración hecha ante la policía por el imputado donde reconoce que su comportamiento no merece excusas. Si este último indicio parece que no puede ser utilizado incluso en el plano semántico – no puede revelarse como síntoma de la actitud psicológica del portador del SIDA en el momento de la conducta arriesgada-, el valor atribuido a la recomendación del médico indica, contrariamente a las premisas, que la componente volitiva del *dolus eventualis* se reduce a una paráfrasis de aquella cognitiva, en cuanto se deduce automáticamente del dato de la conciencia del peligro de contagio¹¹. La circunstancia fáctica de mayor interés en el aspecto de la voluntad- el VIH positivo se había transmitido en la relación protegida antes de la eyaculación- eventualmente habría podido incidir en la dirección opuesta, con una ausencia de configuración del “consentimiento” en la eventualidad de la transmisión del virus.

Todo lo dicho debería hacer evidente al lector crítico que esta tendencia jurisprudencial realiza una verificación “ritual” en orden a la subsistencia del elemento volitivo, utilizando fórmulas “vacías” y por tanto “manipulables”. Por otra parte, esto permite al BGH apelar a la *Billigungstheorie* para mantener la solución que considera más “equilibrada”: suponer, con respecto al portador del virus VIH, el dolo eventual de lesión personal peligrosa (tentada), negando, al mismo tiempo, el homicidio (tentado)¹². Es evidente que solamente la referencia a las ambiguas tesis de la teoría del consentimiento- que prescinden de una profunda investigación sobre la entidad del riesgo que debe constituir objeto del *dolus eventualis*- puede sostener una conclusión similar, en cuanto que la probabilidad de transmitir la infección a través de relaciones sexuales ocasionales es bastante escasa, mientras es elevado el peligro de un resultado letal si el partner ha sido contagiado.

¹¹ De la misma opinión, aunque con matices diferentes, Frisch, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?, en BGHSt 36, 1, JuSch, 1990, 367 ss.; Herzberg, AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts, JZ, 1989, 475 s.; Canestrari, La rilevanza penale del rapporto sessuale non protetto dell’infetto-Hiv nell’orientamento del Bundesgerichtshof, FI, 1991, IV, 18 de la separata.

¹² Sobre este punto cfr., entre otros, Bruns, Nochmals: AIDS und Strafrecht, NJW, 1987, 2282; Herzberg, Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen AIDS?, cit., 1461 ss.; Rengier, AIDS und Strafrecht, Jura, 1989, 229; Canestrari, La rilevanza, cit., 16 de la separata; Scherf, AIDS und Strafrecht, Baden-Baden, 1992, espec. 46 ss.; 130 ss.; Aa.Vv., AIDS und Strafrecht, a cargo de A.J. Szwarc, Berlin, 1996 (en particular las aportaciones de Schünemann, 15 ss.; 18 ss.; Herzberg, 62 ss.; Luzón-Peña, 93 ss.).

Tales consideraciones deberían ser suficientes para afirmar que la fórmula de la “aceptación con aprobación en sentido jurídico” no es consistente: su “vitalidad” viene atribuida solamente a sutiles por peligrosas confusiones lingüísticas, que permiten a la Jurisprudencia perseguir determinados objetivos (más o menos apreciables) de política criminal.

3. LAS NUEVAS TIPOLOGÍAS DE RIESGO Y EL COMPORTAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA

La reciente aparición de nuevas fenomenologías de riesgo – y posteriores factores de “desorientación”, consistentes en la proyección de la problemática del *dolus eventualis* a algunos ámbitos de la legislación penal complementaria- provoca una segunda consecuencia, que se une a la definitiva maduración de la crisis de los planteamientos tradicionales sobre los límites entre el dolo y la culpa.

Se asiste, de hecho, a una profunda modificación de las relaciones entre doctrina y jurisprudencia, que se habían caracterizado por la ausencia de diferencias de fondo, en virtud de un “reparto de trabajo” basado sobre presupuestos convenientes aunque poco apreciables. Y, en realidad, al análisis conjunto de la pareja conceptual “dolo eventual/culpa consciente” equivaldría puntualmente el respectivo “emparejamiento”, en sede aplicativa, de las dos clases de actividad (ya) penalmente ilícitas *ab origine* permitidas”.

Esta cómoda subdivisión constituía el principal indicador – por otra parte nunca explicitado – para orientar las posturas jurisprudenciales: cuando la realización del hecho típico se preveía efectivamente (si no solo “predecible”) por el reo que actuaba en un territorio criminoso, de manera casi “automática” se optaba por la configuración del dolo eventual; viceversa, se entendía casi siempre integrada la culpa con previsión del resultado con respecto a quien efectuaba una conducta con “riesgo de base permitido”¹³.

El “acuerdo tácito” entre doctrina y jurisprudencia, aunque poco recomendable, garantizaba efectos tranquilizantes: respecto a una casuística donde los principales protagonistas

¹³ Cfr. Canestrari, Dolo eventuale, cit., 122 ss., también con referencias a la literatura extranjera; Eusebi, Appunti sul confine, cit., 1087; Veneziani, Motivi e colpevolezza, Torino, 2000, 133 s.; Cadoppi, Il valore del precedente nel diritto penale, Torino, 1999, 34 s. Para consideraciones análogas, con referencia a la legislación española, cfr. Corcoy Bidasolo, En el límite entre dolo e imprudencia, ADPCP, 1985, 961 ss.; Id., El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Barcelona, 1989, 277 ss.; Zulgadía Espinar, La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual, ADPCP, 1986, 407 ss.; Quintero Olivares (dir.), Morales Prats Canut, Manual de derecho penal, Parte general, Pamplona, 1999, 343 ss.; Ragués Vallés, La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo, ADPCP, 1996, 795 ss.

eran el ladrón – que no dudaba en disparar para abrir una vía de huida- y el temerario conductor de vehículos, no suscitaba ninguna inquietud una praxis en parte inspirada en el perverso principio del *versari in re illicita*. Sin embargo, las razones de preocupación parecían evidentes: al no existir argumentaciones adecuadas, parecía legítima la sospecha de que los órganos judiciales buscaran la “interioridad” del dolo eventual en la esfera de las motivaciones a través de ambiguas intuiciones etizantes, o a través del recurso a paradigmas simplificados de “tipo de autor”¹⁴.

Ahora bien, la aparición de tipologías de riesgo de dudosos encuadres comporta la “ruptura” de este equilibrio y conduce a una evidente separación de las posturas que se van delineando en sede científica y sobre el plano aplicativo.

La jurisprudencia reacciona, en nuestra opinión, con estrategias diferentes según las contingentes exigencias probatorias. En algunas decisiones se renuncia a hacer referencia a determinadas elaboraciones de “derecho sustancial”- quizás porque se considera que no están suficientemente acreditadas (como, por ejemplo, la “teoría de la voluntad activa de evitar”)-, pero se termina después por utilizar únicamente los criterios por éste individualizados (basta pensar, siempre con respecto a la *Vermeidungstheorie*, en los indicadores constituidos por la conducta dirigida a impedir el resultado lesivo). Con mayor frecuencia, sin embargo, se opta por un reenvío genérico a las formulaciones doctrinales que parecen garantizar un amplio margen de “maniobrabilidad”, necesario para satisfacer las diferentes exigencias de política criminal.

Desde este punto de vista, se valoran las posturas que centran la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente en términos acentuadamente “subjetivistas”, al privilegiar los criterios fundados en el momento del *Gesinnung* (actitudes de indiferencia o de desprecio hacia el bien jurídico protegido), o las formulaciones conceptuales más (“vacías” y) “manipulables”: para nosotros, la “frase mágica”¹⁵ de la “aceptación del riesgo”, en los países de lengua alemana las paráfrasis expresivas de la aprobación (“interior”) de la posible constatación del resultado en el ámbito de la teoría del consentimiento.

La doctrina, por su parte, no tarda en darse cuenta de que estas aplicaciones jurisprudenciales ofrecen una evidente demostración de la “vaguedad” de los planteamientos dogmáticos predominantes y vuelve a ocuparse, con renovadas fuerzas, de una cuestión que le compete: la de indicar con mayor precisión una fórmula teórica apta para trazar, en un contexto social que propone nuevas y urgentes problemáticas, la línea de demarcación entre dolo eventual y

¹⁴ Así Canestrari, op. ult. cit., 3; 122 ss.

¹⁵ La expresión es de M. Gallo, *Ratio e struttura nel dolo eventuale*, Crit. Dir., 1999, 411.

culpa consciente. Tal exigencia viene advertida con distintas sensibilidades, pero las contribuciones más significativas de la literatura contemporánea parecen compartir la crítica sobre la falta de progresos de la teoría volitiva para concretar y racionalizar los requisitos del *dolus eventualis*. Se tiende, en consecuencia, a subrayar la importancia de una investigación relativa a los caracteres normativos de tal figura, sin duda olvidados por la corriente mayoritaria respecto a los contenidos de tipo psicológico.

4. LAS TENDENCIAS ACTUALES EN LA LITERATURA ALEMANA E ITALIANA

El difundido reconocimiento de la contribución que el dolo y la culpa ofrecen para la individualización del tipo de los delitos dolosos¹⁶ y culposos ciertamente ha facilitado las actuales tentativas de explorar los presupuestos fácticos de las formas “indirectas” del dolo, con el objetivo de trazar, sobre una más sólida base normativa, la línea divisoria entre *dolus eventualis* y culpa consciente.

En este ámbito, que a nuestro entender puede revelarse fecundo, se comienzan a delinean algunas tendencias: se puede observar que la literatura italiana y la alemana parecen moverse en dos direcciones diferentes.

- a) El “*neuer Kurs*” de la doctrina de lengua alemana se distingue por el frecuente recurso al concepto de riesgo, como elemento fundamental de la estructura del *dolus eventualis*: esto conduce a atribuir a la valoración sobre la “naturaleza” del peligro, producido por el comportamiento del reo, una función decisiva para establecer la extensión del ámbito del dolo eventual y la culpa consciente. Las numerosas adhesiones recibidas a tal planteamiento – que prevé, además, en su seno diferenciaciones significativas¹⁷– no se derivan solamente de la consolidación de nuevos horizontes sistemáticos, sino también de la conformación de los hechos típicos concretos actualmente más difundidos. En efecto, se ha constatado que las tipologías de los casos que pueden “decretar” la crisis de los clásicos criterios de distinción entre *bedingter Vorsatz* y *bewuste Fahrlässigkeit* ponen en evidencia precisamente la cuestión de la “cualidad” del riesgo conectado a la

¹⁶ Cfr., para una correcta valoración de una doble dimensión del dolo, recientemente, Jescheck, Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5^a ed., Berlin, 1996, 243 s.; 430; en la literatura italiana, p.t., Marinucci, Il reato come ‘azione’. Critica di un dogma, Milano, 1971, 153 ss.; Id., Non c’è dolo senza colpa. Morte dell’imputazione oggettiva dell’evento e trasfigurazione nella colpevolezza?, RIDPP, 1991, 32 ss.; Fiandaca, Musco, Diritto penale, PG, 3^a ed., Bologna, 1995, 183; problemáticamente, Donini, Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato, Milano, 1991, 547 ss.; Id., Teoría del reato, Padova, 1996, 292 s. En la doctrina española, cfr., entre otros, Cerezo Mir, Zur Doppelstellung des Vorsatzes aus der Sicht der spanischen Strafrechtswissenschafts, ZStW, 1981, 1016 ss.; Silva Sanchez, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, 400 ss.

¹⁷ Sobre este punto, cfr., finalmente, el análisis puntual de Schünemann, Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, Hirsch FS, Berlin, New York, 1999, 366 ss.

conducta del sujeto agente.

Sin embargo, la loable intención de resaltar el contenido de las diferentes fenomenologías de peligro para definir con mayor precisión la pertenencia del dolo eventual a la tipicidad del hecho, y la consiguiente discriminación entre tal institución y la culpa consciente, no parece encontrar formulaciones convincentes al elaborar las diversas variantes del denominado criterio del riesgo.

Sobre todo, algunas formulaciones se mueven a partir de la idea – no compatible- de que el momento volitivo del *dolus eventualis* sea irrelevante o no demostrable¹⁸; no debe sorprender por tanto que la versión más minuciosa de la *Risikotheorie* – aquella del peligro “no protegido” de Herzberg¹⁹- intente situar el problema de la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente exclusivamente en el aspecto objetivo del injusto típico. Y en realidad, la particular fisonomía del comentado peligro “no protegido” (*unabgeschirmt*)- esto es, asegurado durante o después de la acción del reo, totalmente o en medida relevante para el caso- sería suficiente para determinar una elección favorable a la suposición del dolo eventual²⁰.

En este tema, debe señalarse con énfasis que llevar a cabo cualquier reconstrucción de la responsabilidad dolosa indirecta sin hacer ninguna referencia a notas de carácter volitivo parece difícilmente “practicable”- en resumen, incluso la representación de una adecuada protección por parte del reo deberá depender, de alguna forma, de su fe en la no verificación del resultado (en virtud de las precauciones adoptadas por el mismo sujeto agente, de la víctima o del reo)- y, en cualquier caso, vulnerando nuestro ordenamiento, que construye la diferencia entre dolo (eventual) y culpa (consciente) sobre elementos de naturaleza psicológica.

En segundo lugar, el apreciable esfuerzo doctrinal²¹ por conferir al objeto del *dolus eventualis* una calificación normativa más incisiva- a través del concepto de “peligro del dolo” (*Vorsatzgefahr*) – no se traduce en una correcta labor de individualización de las peculiaridades estructurales de la responsabilidad dolosa indirecta, que permita apreciar completamente la compleja articulación. No debe sorprender, entonces, que el éxito de

¹⁸ Cfr., con matices diferenciados, las complejas reconstrucciones de Jakobs, *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnung*, 2^a ed., Berlin, New York, 1991, 8/21 ss.; Frisch, *Vorsatz und Risiko*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, 255 s.; 264 s.; 482 ss.; Philippss, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, ZStW, 1973, 35 ss.. Sobre estas orientaciones, cfr., en la literatura española, Feijoo Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, CPC, 1998, 308 ss.

¹⁹ Cfr. Herzberg, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Ein Problem des objektiven Tatbestandes*, Jus, 1986, 249 ss.; Id., *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewussten fahrlässigen Verhalten*, JZ, 1988, Teil I, 573 ss.; Teil II, 635 ss.

²⁰ V. Herzberg, *Die Abgrenzung*, cit., 255 ss.; Id., *Das Wollen*, cit., Teil II, 639 ss.

²¹ Cfr. Puppe, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, ZStW, Bd. 103, 1991, 1 ss.; Id., *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, 32 ss.

la conocida metáfora teórica de Puppe sea el haber negado cualquier diferenciación entre las diversas formas de “realización” dolosa, con el fin de edificar un concepto unitario de dolo sobre el presupuesto de una “volición” o de una “intencionalidad” del todo objetivizada.

Por otra parte, la idea de afirmar la imputación dolosa cuando “la conducta representa la adopción de una estrategia idónea para la producción de un resultado que se corresponde con el tipo legal” (*Strategiekriterium*), sobre la base del juicio de un observador “razonable” que actúa según criterios sensatos de comportamiento y de elección²², no puede conducir a encuadrar la relación entre “riesgos dolosos” y “riesgos culposos” en el ámbito del esquema “de aliud a aliud”. Viceversa, un planteamiento así acaba por reproducir recorridos teóricos que plasman el concepto de “peligro doloso” exclusivamente con el auxilio de abstracciones relativas a la esfera culposa, en las que el proceso de construcción de la regla cautelar- y de constatación de su trasgresión- no puede más que reenviar al parámetro del “hombre razonable”, constituyendo el hombre *eiusdem professionis et condicionis* una verdadera y propia “personificación del punto de vista del ordenamiento jurídico”²³.

- b) También la literatura italiana más reciente advierte la exigencia de atribuir una mayor consistencia a la “base normativa” de la forma eventual del dolo, al exponer una selección de los riesgos que pueden sostener la imputación dolosa indirecta.

Los itinerarios preseleccionados por nuestra doctrina son esencialmente dos y se agrupan por el loable intento de oponerse a aquellas concepciones volitivas del dolo que no reconocen la existencia de un umbral inferior de relevancia de un riesgo activado por quien quiere el resultado, en cuanto el reproche subjetivo del reo doloso debe entenderse suficiente para compensar las carencias objetivas.

Para una primera cortiente el correctivo social aplicable (también) a las realizaciones dolosas estaría constituido por la categoría general del *objektive Zurechnung*, que construye un concepto de “peligro penalmente relevante” como filtro objetivo común a dolo y culpa. La autonomía dogmática de la noción de imputación objetiva se justifica en cuanto introduce, en la tipicidad dolosa y culposa, la idea de la superación de un nivel idéntico de riesgo lícito o el elemento de la representación, actual o potencial, de la conducta concreta en su peligrosidad respecto al resultado histórico²⁴.

²² Puppe, op. ult. cit., 74.

²³ Sobre este último aspecto cfr. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 228 ss., donde hace referencia a la conocida afirmación de Armin Kaufmann.

²⁴ Cfr., p.t., Roxin, *Strafrecht. AT. Bd. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3^a ed., München, 1997, párr. 11, n. 39 ss., 310 ss.; Jescheck, Weigend, *Lehrbuch*, cit., 286 ss.; con puntualizaciones, recientemente, Frisch, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch, Köhler, *Sobre*

El problema de la reconstrucción del objeto del dolo y de la culpa adquiriría, entonces, relevancia tras un juicio preliminar sobre la naturaleza del riesgo representado o representable: en el caso de que el peligro producido por el comportamiento del agente fuera lícito o socialmente tolerado, o fuese clasificable como un riesgo general de la existencia o de la vida ordinaria, se debería formular una valoración de atipicidad implícita e indirecta. Desde este punto de vista, aunque sea posible afirmar que el dolo acabaría por “contener” a la culpa respecto al plano objetivo del riesgo, el auténtico requisito unificador de la ejecución dolosa y culposa no es la trasgresión de una norma de cuidado, sino la concreta peligrosidad de la conducta. Obviamente, se llega a las mismas conclusiones también con respecto a la forma eventual del dolo: como en tales hipótesis el sujeto responde porque ha aceptado el riesgo del resultado, se debe requerir siempre una peligrosidad estadística de la acción efectuada “que no puede en cualquier caso ser inferior a aquella suficiente para una incriminación a título de culpa (excepto, se entiende, las otras condiciones necesarias para un juicio completo de imputación del resultado por culpa)”²⁵.

Como se ha tenido oportunidad de señalar, este planteamiento – aunque haya contribuido a señalar la importancia de la tipificación del desvalor de acción en cada tipología delictuosa- se centra en tesis no compatibles, en cuanto que son incapaces de describir correctamente la esencia de la tipicidad, tanto de los ilícitos dolosos como de los culposos²⁶. En esta sede baste observar que dicha visión homogénea de lo “objetivo” en los tipos de realización culpable obliga a una distinción lineal entre las figuras de dolo eventual y culpa consciente, que no pueden “compartir” un segmento tan significativo de la dimensión material que es representativa del comportamiento humano y distinguirse únicamente en el plano volitivo.

A objeciones en parte análogas se expone otra corriente que sostiene la existencia de un mínimo común denominador de todas las formas de responsabilidad culpable: esta plataforma objetiva ya no se identificará con la superación de un nivel “general” de riesgo lícito (frente a una adaptación idéntica de la situación histórica), pero se debería encontrar en la trasgresión de la diligencia objetivamente necesaria (*objektiv erforderliche Sorgfalt*)²⁷. En la literatura italiana tal pensamiento encuentra su formulación más

el estado de la teoría del delito, a cargo de Silva Sánchez, Madrid, 2000, 34 ss.; críticamente, Hirsch, Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento (trad. it. de Cornacchia), RIDPP, 1999, 752 ss.

²⁵ Cfr. Donini, Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato, Milano, 1991, 350; análogamente, Id., Teoria del reato. Una introduzione, Padova, 1996, 328.

²⁶ V. Canestrari, Dolo eventuale, cit., 105 ss.

²⁷ En este sentido, Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, in Hundert Jahre Deutsches Rechtleben. Festschrift zum 100 jährigen Bestehn des deutschen Juristentages, Bd. I, Karlsruhe, 1960, 417 s.; Id., Die Kausalität als

explícita y acreditada: “un hecho antijurídico puede ser cometido con dolo siempre que – sin dolo- estén presentes, respecto al mismo hecho, los extremos de la culpa”²⁸.

En realidad, las principales consideraciones críticas que se han desarrollado con respecto a la expresión “no hay dolo sin culpa” resultan bastante poco convincentes, porque parten esencialmente de la reivindicación de la “centralidad” de la posición de la voluntad en el ámbito de una concepción subjetivista y moralizante del dolo (“interior”), difícilmente compatible con el modelo liberal de derecho penal orientado hacia la protección de bienes jurídicos. Las objeciones que hemos planteado a la tesis que reconoce el presupuesto de la responsabilidad dolosa, en la medida impersonal de la culpa, se apoyan en argumentos del todo diferentes. Las razones por las que entendemos que es insatisfactoria esta moderna visión de la “caza de la culpa en el dolo”²⁹ no residen en la convicción de que la noción de riesgo se vacíe de su función operativa con respecto a las tipologías del dolo, sino en la argumentación de las diferentes configuraciones, en el momento “objetivo” de las formas dolosas, del requisito del peligro, cuya valoración no puede confiarse siempre a la intervención del corpus cautelar, esté más o menos codificado.

En el curso de nuestra obra monográfica hemos ilustrado el iter dogmático que motiva dicha conclusión – el nivel (presuntamente “inferior”) del riesgo penalmente significativo no puede deducirse *tout court* del *objektive Seite* del ilícito culposo-: aquí es suficiente resaltar que tal planteamiento no puede contribuir a “separar” la específica identidad estructural del *dolus eventualis* y la culpa consciente. En efecto, quien sostiene – con manifiesta claridad- que la imputación por dolo eventual requiere la violación de la denominada “dimensión objetiva de la culpa”³⁰, acaba inevitablemente por confiar únicamente al momento volitivo la búsqueda de las líneas distintivas entre la forma “menor” del dolo y la culpa con previsión del resultado.

5. RIESGO Y TIPOLOGÍAS DE RESPONSABILIDAD DOLOSA

Los temas hasta ahora desarrollados ilustran claramente la relación que media entre la dimensión (exterior) del riesgo y las diversas formas de realización dolosa. La presencia de una “percibible” situación de peligro (de producción de la ofensa) constituye el primer nivel

Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen, 1931, 53 ss.; más recientemente, por todos, Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem, Berlin, 1981, 156.

²⁸ V. Marinucci, Non c’è dolo, cit., 30.

²⁹ Así, sustancialmente, Pagliaro, Imputazione obiettiva dell’evento, RIDPP, 1992, 800, según el cual la previsibilidad y la voluntad se hallan en las conductas culposas y dolosas como requisitos entre ellos recíprocamente alternativos.

³⁰ En el ámbito de la literatura italiana, cfr. Prosdocimi, Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali, Milano, 1993, 90 ss.

– y el único, por decirlo así, observable desde el punto de vista “objetivo” – de la estructura del dolo y de la culpa: sin embargo, las características de esta “componente normativa” varían según el tipo de ilícito al que nos enfrentemos. Además, en el seno del delito doloso, la figura “límite”- el *dolus eventualis*- se caracteriza también en virtud de la fisonomía del requisito del riesgo, que se comporta de manera totalmente peculiar. En resumen.

En nuestra opinión también en la estructura de la responsabilidad dolosa se debe distinguir una “fase objetiva”, conectada, pero “lógicamente” anterior, a la imputación subjetiva del hecho doloso. Puesto que se debe siempre pedir la verificación de la vertiente interior – es decir lo que sería la representación y la voluntad del sujeto agente-, la cuestión de la imputación de un determinado resultado “por dolo” no puede resolverse en un plano meramente psicológico, sino que tendrá que tener también en cuenta la idoneidad de la conducta efectuada para causar tal resultado.

Como ha afirmado Giorgio Marinucci en un esclarecedor ensayo, una lectura exclusivamente “subjetivista” del dolo podría conducir a la imputación de lo fortuito y a atribuir relevancia penal hasta a un *dolus malus* surgido de un comportamiento que se detiene en la fase de la tentativa inidónea³¹, en claro contraste con los arts. 41 cpv, 45, 49 cpv, 56 c.p., que imponen una selección de los riesgos incluso en el ámbito de la realización dolosa, defendiendo un derecho penal del hecho orientado a la protección de bienes jurídicos.

Pero esta “base normativa” del dolo, en la que se inserta la “decisión” del reo, no se identifica con la dimensión “impersonal” de la culpa, en cuanto no prevé aquel “filtro” dado por la referencia a una pluralidad de figuras modelo. Nuestra opinión es ya conocida: la base y medida – además, obviamente, del momento- de dicho juicio son análogos a aquellos que permiten verificar la idoneidad concreta de los actos en la estructura del delito tentado³².

Solamente tras tal valoración se puede identificar aquel elemento estructural de peligrosidad que constituye, en el plano subjetivo, el auténtico denominador común a las – y únicamente a las- diversas formas del dolo. Todo lo dicho no agota, sin embargo, las cuestiones conectadas a la relevancia que se le debe atribuir a la “entidad” del riesgo valorable “ex ante” en el ámbito del ilícito doloso: mientras con referencia a las tipologías de responsabilidad dolosa “directa” parecen suficientes algunas puntualizaciones- que no podemos desarrollar en esta sede por motivos de espacio³³- , que el requisito del peligro se comporte como objeto del dolo eventual exige fundamentales consideraciones adicionales.

³¹ Cfr. Marinucci, *Non c’è dolo*, cit., 31, donde subraya la «incongruencia» de este punto di vista.

³² V. Canestrari, *Dolo eventuale*, cit., especialmente 176 ss.

³³ V. Canestrari, *Dolo eventuale*, cit., 184 ss.

6. LA ESTRUCTURA OBJETIVA Y SUBJETIVA DEL *DOLUS EVENTUALIS*

Si en la figura del denominado dolo directo (de segundo grado) la naturaleza y el grado de la representación con respecto a la realización del hecho, en términos de “certeza” o de “alta probabilidad”, desarrollan la función de crear un vínculo suficientemente “estrecho”- en el plano psicológico- con el resultado no producido intencionadamente, en la constatación del dolo eventual tal tarea viene tradicionalmente confiada a la fórmula de la “aceptación (tomada en serio) del riesgo” o a otros equivalentes, como el actuar “a cuesta de”, o “considerando el resultado como “precio” a pagar”.

No hay duda, sin embargo, que la aplicación de dichos criterios ha sido poco convincente. Los postulados, totalmente predominantes en la doctrina, que intentan fijar el criterio distintivo entre dolo eventual y culpa consciente únicamente sobre la base de una previa demostración de la presencia de connotaciones “volitivas” en la responsabilidad dolosa “indirecta” han contribuido, de hecho, a ocultar la compleja articulación de los límites entre el ilícito doloso y el ilícito culposo.

Un análisis más profundo permite, sin embargo, afrontar la cuestión de los “límites”, entre *dolus eventualis* y culpa con previsión también en el plano objetivo del “riesgo” sin confiar los éxitos de la investigación solamente a la exégesis o a la paráfrasis del concepto de “aceptación”. Esta última noción constituye ciertamente un requisito esencial para afirmar la integración del dolo eventual, pero a éste no se le asigna el papel de “indicador” exclusivo para distinguir dichas formas de realización culpable. La conciencia de que el dolo no se reduce a un mero hecho interior, sino que a la componente subjetiva debe unírsele una vertiente “externa” y “material”, al no poderse considerar “homogéneo” el carácter objetivo del delito culposo, nos permite explorar el contenido de la conducta peligrosa como objeto del *dolus eventualis*.

Ha llegado así el momento de reconocerle al dolo eventual una fisonomía estructural más compleja, que se articula en diversas fases que mantienen su autonomía: el peligro “situacional” para el bien jurídico; el elemento cognitivo y el volitivo.

6.1. El peligro típico del dolo eventual: el denominado “riesgo doloso”

Mantenemos, entonces, que es necesario proceder a la distinción entre el *dolus eventualis* y la culpa con previsión valorando las características externas y sociales del comportamiento del sujeto: sin lugar a dudas, para que esta suerte de “revolución copernicana” resulte convincente se debe describir con absoluta claridad la específica “identidad” de la forma indirecta del dolo, que está compuesta por el elemento volitivo – aunque esté “atenuado” – y por una conducta particularmente “cualificada” sobre el plano del riesgo. Por ello, la

reconstrucción que intentamos efectuar debe partir – para evitar que sea atraída por la viciada órbita de las concepciones que sostienen una extrema objetivización de la teoría del dolo³⁴ – de un presupuesto fundamental. La esencia del *dolus eventualis* ya no podrá buscarse en la dimensión objetiva del peligro sin hacer referencia a la representación y a la voluntad del sujeto, ya que la valoración del hecho exterior – indispensable para diferenciar eficazmente la responsabilidad dolosa indirecta y la culposa – se desarrollará de manera tal que se integre también a nivel procesal con las investigaciones sobre la participación interior del agente en relación con los datos observables.

Esto comporta que un juicio sobre la naturaleza social de un determinado riesgo – con el fin de verificar si este último puede configurar la vertiente normativa del dolo eventual – debe asumir como base todas (y solamente aquellas) circunstancias conocidas por el sujeto particular en el momento de la conducta. Tal verificación debe fundarse en los conocimientos ontológicos y nomológicos que el sujeto “actualiza” en el momento en el que actúa: solamente si se concibe el *dolus eventualis*, desde la primera fase de su estructura, en función del “saber” que realmente tiene el sujeto particular, se podrá conferir a la forma indirecta del dolo una auténtica dimensión humanística que analice el contenido “prejurídico”. Razonando de manera diferente no sería posible buscar aquella decisión personal por la “(eventual) lesión del bien jurídico” – basada en una efectiva conciencia de los riesgos etiológicos en una dirección que no es socialmente predecible – contradiciendo las recurrentes esperanzas de quien intenta deducir el dolo eventual de la mera inobservancia de reglas abstractas.

Y esta es la cuestión más importante: teniendo en cuenta las consideraciones hasta aquí desarrolladas, es necesario ilustrar el procedimiento mental que permite verificar si un específico riesgo creado por una conducta determinada es de tal “cualidad” como para integrar eventualmente los extremos de una responsabilidad dolosa indirecta, o de configurar una culpa con previsión, cuando el hecho esté previsto como delito culposo.

Y bien, se trata de utilizar la única vía que permite basar una evaluación similar de la naturaleza “social” de un comportamiento bien individualizado peligroso a coordenadas unidas a indicios normativos, que no constaten solo “en abstracto” en el diferente juicio particular, la licitud de diversas “clases” de actividad. Es necesario, por tanto, sobre la base de los conocimientos efectivamente poseídos por el individuo y de las circunstancias por éste conocidas en la fase de la ejecución de la conducta, realizar en una situación concreta el balance entre las dos fundamentales dimensiones en juego: de un lado, los intereses sociales de la acción efectuada (en comparación con la utilidad de la actividad de la que es expresión); y de otro, el tipo y las dimensiones del riesgo de lesiones.

³⁴ V. retro, par. 4 a).

Con el fin de entender mejor la eficacia de dichos criterios en el examen de un hecho concreto, se debe, en todo caso, tener presente cómo en el ámbito de tales visiones contrapuestas es necesario hacer referencia a ulteriores factores: así, el valor o la costumbre social de la conducta peligrosa realizada por el sujeto agente deben ser analizados junto con la finalidad de ésta, mientras que la “fisonomía” del riesgo va reconstruida en función, sea de la gravedad del daño al bien jurídico, sea en particular de la clase de éste. Además, es evidente que se le asigna un papel central al elemento constituido por el grado de probabilidad de la verificación de las lesiones y– aunque en parte– al grado de probabilidad de alcanzar el objetivo propio de la actividad. Al final, puede ser considerada la eventual disponibilidad de medidas de seguridad y la exigibilidad de las medidas preventivas que pueden preverse en la específica dinámica factual.

Ahora, como tal balance debe relacionarse con las variables de la situación concreta- y no se agotan por tanto sobre el plano meramente objetivo, debiendo tenerse en cuenta los conocimientos y la capacidad psicofísica que posee el individuo al tiempo de la conducta- necesita tener plena conciencia del hecho de que los criterios enumerados no pueden ciertamente ofrecer una solución siempre precisa de los muchos problemas dogmáticos y prácticos que proceden de la delimitación entre la imputación dolosa “indirecta” y la culposa. A nuestro entender, el criterio heurístico más útil para ponderar los diversos puntos de vista en conflicto en la valoración de un determinado comportamiento peligroso debería estar constituido por la alusión a la figura modelo: y, en realidad, la circunstancia misma de que sea posible reconstruir una “tipología” de agentes- más o menos “circunscrita” o “diferenciada”- con la que comparar la conducta del sujeto concreto representa un indicio, si bien no concluyente, de la naturaleza imprudente de aquel riesgo producido y seguidamente materializado en el resultado lesivo.

Más claramente, con el fin de perfeccionar los términos de dicha relación: recordemos sea, al contrario, una información eficaz para afirmar la naturaleza “dolosa” de un determinado peligro- sobre el cual se puede fundamentar una responsabilidad por *dolus eventualis* si el reo se representa la dirección etiológica hacia el resultado ofensivo y acepta su verificación, la circunstancia de que no sea individualizable una figura tipo de modo tal de (“reconocer como propio”o, mejor, de) tomar seriamente en consideración la asunción de un riesgo similar³⁵. En otras palabras: cuando no sea posible aplicar una *Masfigur* al caso, en cuanto la entidad del peligro (en la actual “potencialidad” lesiva) es tal, que la perspectiva de “correr” dicho riesgo puede ser “percibida” y valorada por el sujeto- siempre considerando los conocimientos que tenga y las circunstancias que haya tenido en cuenta- solamente privándose de la posición (rectius: renegando de la posición) del *homo eiusdem professionis et condicionis*,

³⁵ V. Canestrari, *Dolo eventuale*, cit., especialmente 143 ss.

se puede y se debe admitir la cuestión relativa a la subsistencia de una “decisión” del sujeto concreto a favor de una (eventual) violación del bien jurídico.

Por otra parte, únicamente con el auxilio de estas fundamentales observaciones puede adquirir un significado más plausible la fórmula, desde hace tiempo consolidada en la literatura y en la jurisprudencia, que requiere, para la configuración de la culpa con previsión, además de la representación de la posibilidad de la realización del hecho, la fe “motivada” de que en concreto eso no sucederá. No se comprende, de hecho, de qué parámetros se puede deducir la presencia de una fe del sujeto –además de una mera esperanza; es decir, de un convencimiento (erróneo pero) justificado por un “mínimo” fundamento de racionalidad – en las hipótesis en las que su hacer no sea ni siquiera comparable con aquel perteneciente a una tipología social cualquiera.

Se formula un ejemplo “de manual”, al hacer referencia al sector clásico de la actividad médico-quirúrgica, reenviando al próximo párrafo el examen de los dramáticos casos puesto en evidencia por la realidad procesal.

El médico quirúrgico (“todo médico-quirúrgico”), director de una clínica privada donde solamente se pueden seguir algunos tratamientos anestésicos, en el caso de que tenga conocimiento del hecho de que el paciente internado allí es alérgico a tales sustancias y que puede ser transferido fácilmente a una estructura hospitalaria más equipada, valorará indudablemente la situación concreta en la que se encuentra (“desagradable”, pero) sin alternativas (la eventualidad de afrontar el riesgo de un resultado mortal no será ni siquiera examinada).

Debe aparecer claro que en el momento en el que el sujeto decide en lugar de actuar- y, es decir, de efectuar la operación por motivos de lucro o con el fin de no desacreditar a “su” institución sanitaria-, aquel peligro que sabe efectivamente que corre no puede ser reconocido “como propio” por algún miembro de su ámbito de pertenencia. Se trata, entonces, de un “riesgo doloso”, en cuanto que en el ámbito de la tipología social de referencia su asunción no puede ni siquiera ser tenida en consideración: en consecuencia, para excluir la subsistencia de una responsabilidad dolosa “indirecta” con respecto al resultado letal verificado, no será suficiente con sostener por ejemplo que el reo había confiado en el posible efecto salvador de una eventual intervención del anestesista reanimador del equipo de la clínica privada.

6.2. El aspecto subjetivo del dolo eventual

En conclusión, si se quiere condensar en una fórmula el contenido del peligro que actúa como “pedestal normativo” de la categoría del dolo eventual, es correcto utilizar la siguiente

definición: debe tratarse de un riesgo “no permitido”³⁶, cuya asunción no puede ni siquiera ser tenida en cuenta por la figura modelo del agente concreto.

Esta “objetivización” de los límites inferiores de la institución del *dolus eventualis* permite encuadrar el problema de la distinción entre la forma indirecta del dolo y la culpa con previsión también en una dimensión estructural y normativa sin agotar las investigaciones en un plano meramente objetivo. La identificación de un presupuesto sólido – condición “necesaria”, pero no “suficiente”- para la aplicación del dolo eventual, resalta, de hecho, la autonomía y el significado de los ulteriores niveles en los que se articula esta figura: el *cognitivo*, donde se debe aceptar una representación efectiva por el reo del concreto resultado ofensivo, basado en su conocimiento actual de la situación de hecho de la que derivaría el riesgo de su verificación; y el *volitivo*, donde la presencia “incisiva” de algunos indicios- se piensa, por ejemplo, en el comportamiento realizado para evitar el resultado lesivo o la particular cercanía emocional entre el reo y la víctima- puede conducir a negar la existencia de un reproche doloso, en cuanto no se distingue una “decisión (personal) contra la posible violación del bien jurídico”.

La elaboración de dicho criterio “mixto” – en el que la “previsión” y la “voluntad” del sujeto agente se insertan en una peculiar conformación del riesgo- permite trazar una clara línea divisoria entre la responsabilidad “indirecta” y la culposa, al evitar la repetición de los esquemas de aquel insidioso “proceso de objetivación” de la categoría del dolo eventual que caracteriza al *neuer Kurs* de la literatura alemana. Como veremos dentro de poco, esto sirve tanto en el ámbito de la esfera delictiva, como en el contexto de actividades (*ab origine*) permitidas: no necesita, de hecho, recurrir a una artificiosa “multiplicación” de las tipologías de *dolus eventualis* para motivar la diferente articulación de los límites entre dolo y culpa en un territorio criminoso – caracterizado por la acentuada reducción (pero no desaparición) del reproche culposo-, o bien penalmente lícito.

En esta perspectiva, que no descuida la observación de las notas “sociales” de la situación específica de riesgo integrante de la conducta del reo y objeto de una concreta representación, resultará más fácil indicar los “límites” de la configuración del dolo eventual en sectores tradicionalmente encuadrados en el concepto del *erlaubtes Risiko* (circulación vial, actividad productiva, trabajo, pero también sanitaria, deportiva, etc..); y, al mismo tiempo, comprender el significado de aquella “motivada” fe (en la no verificación del resultado)- dotada (en todo

³⁶ Se ha de destacar también dicho requisito, ya que el ámbito de la controvertida categoría del *erlaubtes Risiko* está constituido precisamente por el riesgo objetivamente previsible en virtud del conjunto de conocimientos nomológicos y ontológicos aplicable *ex ante*, pero no representable desde el punto de vista del homo *eiusdem conditionis ac professionis*, o bien, aunque reconocible, no apto para influir en sus modalidades de conducta (así, puntualmente, Forti, Colpa, cit., 250 e *ibidem* amplias referencias a la literatura en lengua alemana).

caso) de un (mínimo) fundamento racional, aunque aventurado- que caracteriza las principales hipótesis de culpa con previsión³⁷.

La identificación de “constelaciones” de riesgo normativamente relevantes por la tipicidad de la conducta dolosa indirecta resultará, al final, una contribución decisiva para proyectar soluciones satisfactorias a las cuestiones surgidas por la aparición de nuevas y “ambiguas” fenomenologías de peligro³⁸: desde las denominadas “apuestas automovilísticas”, hasta la relación sexual practicada sin protección por el sujeto seropositivo.

7. EL LÍMITE ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA EN UN ÁMBITO *AB ORIGINE* PENALMENTE ILÍCITO

La identificación de la “base” normativa del *dolus eventualis* frente a una conducta concreta del sujeto agente presupone, pues, una compleja obra de balance, que se funda sobre la operatividad de múltiples coordenadas. Merece la pena repetirse: este articulado juicio conduce a clasificar un determinado peligro no permitido como “doloso”, cuando un observador externo avezado (el órgano judicial) – puesto en la misma situación concreta en la que se encontraba el sujeto individual y en posesión de sus conocimientos, además de su capacidad psicofísica- jamás habría podido “tomar seriamente en consideración de asumir” aquel riesgo específico en el caso del *homo eiusdem professionis et condicionis* del agente, sino en una perspectiva fuera de los límites trazados por la tipología social de referencia³⁹.

Por otra parte, la figura modelo no es más que la expresión más auténtica del “punto de vista del derecho” en un contexto (*ab origine*) no criminoso, mientras indica también el comportamiento que los consocios deberían tener en vista de las exigencias de evitar la realización de la ofensa: en tanto subsistirá la tipicidad culposa, en cuanto el agente-tipo habría (podido) debido reconocer el hecho lesivo y tal reconocimiento habría (podido) debido inducirlo a actuar de manera diferente a como lo ha hecho. Ahora bien, la constatación de la imposibilidad por parte de un sujeto imaginado como “personificación del ordenamiento jurídico en la situación concreta”, hasta llegar a la representación del hecho lesivo – mientras

³⁷ V. infra, par. 8; conf. M. Mantovani, en AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 241 ss.

³⁸ V., infra, parr. 8 e 9.

³⁹ Esta visión de la estructura dogmática de las categorías «límites» ha permitido también analizar con utilidad algunas cuestiones, desde siempre poco examinadas bajo el punto de vista de los estudiosos que se proponían aislar criterios distintivos entre el dolo eventual y la culpa consciente. En una mera enumeración (para un análisis más profundo cfr. nuestro *Dolo eventuale*, cit., cap. III, parr. 3, 4, 5, 6 e 7): la distinción entre dolo eventual y culpa (con previsión o «con representación») en relación con los elementos esenciales del hecho típico diferentes al resultado (op. ult. cit., 202 ss.); el discrimin entre dolo y culpa en el ámbito de las diferentes tipologías de los llamados delitos de «pura conducta» (ibid., 210 ss.) y en las diferentes categorías de los ilícitos de peligro (ibid., 225 ss.).

eso sucede “renegando” la pertenencia a su propio (y a cualquiera, más o menos extenso) “grupo social”- debe constituir la primera de aquellas operaciones intelectuales que conduzca a distinguir una decisión de quien actúa a favor de la posible violación del bien jurídico protegido.

Dicho esto, hay que hacer una doble precisión. De un lado, no resulta superfluo recordar que la identificación de la naturaleza dolosa del riesgo configura un presupuesto necesario para apoyar la “decisión” del reo doloso solamente con respecto a la figura del *dolus eventualis*: de hecho, la presencia de una fisonomía tan “cualificada” del peligro no parece indispensable para mantener integrada aquella forma de dolo (intencional, directo) en la que es posible “encontrar” o “reconstruir” una voluntad “plena” en vistas a la consecuencia lesiva. De otro, debe señalarse que también en los casos en los que el dolo eventual se inserta en una conducta ya de por sí penalmente ilícita, la afirmación de la cualidad “dolosa” del riesgo – si bien obviamente frecuente- no será automática.

En estas últimas hipótesis, cuando la estructura del dolo eventual está caracterizada por una conducta desarrollada en un ámbito *ab origine* criminoso, el análisis de la primera fase que conduce sistemáticamente a la imputación subjetiva- la peligrosidad objetiva para el bien jurídico tutelado por la norma incriminadora- parece necesitar una investigación de menor complejidad. Sin embargo, a nivel objetivo del peligro “situacional”, adquirirán, en todo caso, significado los múltiples datos observables, cuya valoración - aunque esté sustraída de aquella obra de balance con el interés social reconducible “*latu sensu*” al comportamiento efectuado por lo general superfluo en un territorio criminoso - conserva un papel fundamental. Por una doble orden de razones: con el fin de afirmar la existencia de una dimensión de riesgo con respecto a los intereses protegidos; porque en tal contexto deberá modelarse el sucesivo plano cognitivo de la representación (interior) de quien actúa. El catálogo de los “indicadores” relevantes para el *dolus eventualis* en el pasaje preliminar de la descripción de la constelación del riesgo- como por otra parte en aquellos sucesivos- se presenta inevitablemente “abierto”, en cuanto “dependiente” de las posibles configuraciones de las hipótesis concretas. El elenco no puede ser, por tanto, más que ejemplificativo⁴⁰: se tratará de tomar en consideración, cada vez, las diversas posibilidades de usar apuntando un arma de fuego; la parte corporal contra la cual se dirige una agresión y el medio utilizado para golpear el organismo del sujeto pasivo; el lapso de tiempo durante el cual perdura la acción de herir; la potencia de la explosión y su distancia del objeto amenazado; la existencia y la accesibilidad de una protección o de una vía de salida de salvación. Obviamente, alguno de estos indicadores – se piensa en las características de un arma de fuego en la hipótesis de quien intenta exhibir su habilidad en el tiro en un

⁴⁰ Sobre el tema, con referencia también a las demás formas del dolo, cfr. Hassemer, Caratteristiche del dolo (trad. it. de Canestrari), IP, 1991, 501.

contexto peligroso y no autorizado- asumirían un papel incluso cuando la institución del dolo eventual se radique en un ámbito “todavía no” penalmente ilícito, pero la valoración de su “peso” requerirá un proceso más articulado.

Por todo ello, es posible detenerse con mayor conocimiento en las indicaciones tratadas por la casuística jurisprudencial, en cuanto ahora deberían resultar evidentes, a la luz de nuestra reconstrucción, los razonamientos de la tendencia dominante.

Y en realidad, no existe ninguna duda sobre el hecho de que el ámbito de aplicación del *dolus eventualis* se presenta decisivamente más amplio cuando el autor se dirige a un fin ilícito- representándose la eventual producción de un resultado diferente o ulterior-, mientras aparece así más fácilmente la afirmación de la culpa ex art. 61, n.3, c.p en las hipótesis en las que la previsión de la consecuencia lesiva se inserta en la ejecución de una conducta dirigida a un fin penalmente irrelevante. Pero, a este punto de nuestra exposición, tenemos otros instrumentos conceptuales que nos permiten no reducir la compleja cuestión de la delimitación entre la responsabilidad dolosa “indirecta” y aquella “conscientemente” culposa en las simplificaciones ofrecidas por una tendencia jurisprudencial de este tenor.

De hecho, si es verdad que frecuentemente el *dolus eventualis* tiene carácter “accesorio” – en cuanto el actuar del reo aparece intencionalmente dirigido a la realización de otro tipo penalmente relevante- debe ser criticada la conclusión de “modelar” tal figura en virtud de dicha premisa.

De un lado, también quien actúa en un territorio criminoso puede todavía – aunque se represente efectivamente la constatación de posteriores resultados ofensivos- correr un riesgo “reconocible” por un observador externo en la posición de un eventual “agente-modelo” (deducido de la categoría estricta de personas que se encuentran en la “condición” del autor) y, por tanto, ser considerado un reo “culposo”.

Se piensa en las hipótesis (excepcionales) del padre que adopta métodos educativos violentos, mientras su comportamiento peligroso (y “culposo” en vista de los resultados más graves) sea todavía valioso con el parámetro constitutivo de los pertenecientes al círculo de los padres “rústicos” e ignorantes, o a los casos (más difundidos) del médico que practica abortos sin observar la modalidad indicada en la Ley de 22 de mayo 1978, n. 194. En estos particulares contextos ilícitos, únicamente una incursión amenazante de la vieja lógica del *versari in re illicita*, a través de la idea del *dolus generalis*, puede llevarnos a la conclusión de que siempre han sido queridos los resultados de lesiones personales o muerte, en presencia de una concreta previsión de su realización.

Del lado opuesto, no puede ser en absoluto compartida la tendencia a restringir el espacio

aplicativo de la figura del dolo eventual, manteniendo como presupuesto necesario para su configuración el carácter criminoso del fin perseguido intencionalmente.

8. LA DISTINCIÓN ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CONSCIENTE EN LOS CONTEXTOS DE RIESGO DE BASE “PERMITIDO”. EL EJEMPLO DE LA CIRCULACIÓN VIAL

La circunstancia de que el propósito del agente no revista relevancia penal debe orientar hacia la proyección de una culpa con previsión en los contextos de riesgo de base “permitido”, pero no puede asumir un valor decisivo para negar la existencia de una responsabilidad dolosa “indirecta”.

Se hace referencia, aunque sea de manera sintética, al sector de la circulación vial. Generalmente, las múltiples configuraciones de peligro (de realización del daño) pueden ser juzgadas – al considerar la naturaleza y la finalidad de la conducta llevada a cabo por el sujeto, además de las circunstancias conocidas y la capacidad que tenga- “reconocibles” según el criterio del observador externo en la posición del *homo eiusdem professionis et condicionis* del agente: se piensa, por ejemplo, en la mayor parte de las hipótesis de incumplimiento de la obligación de pararse frente al semáforo rojo, o de violación del deber de conseguir que la visibilidad sea tal que permita la maniobra de adelantamiento sin peligro o dificultad, etc.⁴¹.

Sin embargo, en algunos casos el balance entre el grado de probabilidad de verificarse la lesión y los intereses que han originado la conducta- efectuado siempre sobre la base de las características individuales del agente real- conducirá a mantener como “doloso” el tipo de riesgo que el reo decide asumir en la situación concreta. En primer lugar, pueden tenerse en cuenta comportamientos peligrosos parcialmente o del todo ajenos a la actividad ejercitada: así, el espectro aplicativo del dolo eventual tiende a dilatarse en las denominadas “apuestas automovilísticas con la suerte”; en ciertas hipótesis de violación de la prohibición de competir en velocidad (art. 141 del nuevo código de tráfico, que sanciona tal infracción en vía administrativa) y, sobre todo, frente al fenómeno de la denominada “conducción suicida”, expresión que alude a distintas tipologías de conducta⁴², cuyo denominador común está

⁴¹ Para un análisis de la jurisprudencia, v. Bellagamba, Cariti, Il codice della strada, 2^a ed., Milano, 1998, 251 ss.; Giarrusso, Tito, La circolazione stradale. Illeciti penali, 2^a ed., Milano, 1994, 271 ss.

⁴² Sobre este tema, cfr. Silva Sánchez, Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la «conducción suicida», in La Ley, 1988, 1 ss. Sobre las normas que tutelan la seguridad en la circulación vial, v. Tamarit Sumalla, Capítulo IV, De los delitos contra la seguridad del tráfico, in Aa.Vv., Comentarios a la parte especial del derecho penal, Quintero Olivares (director) - Morales Prats (coordinador), II ed., Pamplona, 1999, 1085 s.; Muñoz Conde, García Arán, Derecho penal, Parte General, II ed., Valencia, 1996, 305.

representado por la circulación en autopista o carretera extraurbana en el sentido de la marcha opuesto a aquél permitido (los “conductores Kamikaze” serían en todo caso considerados culpables del ilícito contravencional del art. 176 co. 1º, lett. a, 19º, del código de tráfico).

Además, pueden resultar no “reconocibles” – por un razonable observador externo en la posición del agente modelo- incluso determinados riesgos considerados “inherentes” a este tipo de actividad: así aparece aplicable la configuración del *dolus eventualis* en las hipótesis en las que se invierte la marcha y se atraviesa la mediana de la autovía, a la altura de un pasaje, cuando la niebla reduzca la visibilidad a pocos metros; en una maniobra de adelantamiento efectuada cerca de una cumbre al conducir sabiendo, por ejemplo, que a poca distancia de la “cuneta” había una salida de una escuela, etc. Obviamente, para que se pueda afirmar la subsistencia del dolo eventual – vale la pena recordarlo- no es suficiente verificar la existencia de un riesgo “doloso”, sino que es necesario analizar otros dos fases sucesivas que conducen sistemáticamente a la imputación dolosa “indirecta”: la representación (interior) de dicho riesgo por parte del sujeto agente y su “decisión” de la realización de tal peligro (su “aceptación” del resultado).

9. LA IDENTIDAD DIFERENCIADA DEL *DOLUS EVENTUALIS* Y LAS NUEVAS FENOMENOLOGÍAS DE RIESGO

La identificación de las constelaciones de riesgo normativamente relevantes para la tipicidad de la conducta dolosa indirecta, además de la consiguiente valoración de la “capacidad selectiva” de los ulteriores niveles en los que se articula la figura del *dolus eventualis*, constituyen una contribución de fundamental importancia para exponer soluciones racionales a las delicadas cuestiones puestas de manifiesto por la aparición de nuevas fenomenologías de peligro.

Y, realmente, si no se realiza una verificación profunda sobre la “edad” del riesgo que debe sostener la imputación dolosa “indirecta”, se acaba por asumir posiciones poco convincentes en orden a actitudes psíquicas de difícil clasificación. Se piensa, por ejemplo, en el sujeto seropositivo, que consciente de su estado practica una relación sexual no protegida sin informar a la pareja sana; en los padres testigos de Jehová que omiten voluntariamente presentar a su hija enferma a la terapia de transfusión; en quien practica la actividad “lúdico-criminal” de “lanzar piedras desde un viaducto”.

9.1. El contagio sexual del virus VIH

En cuanto al contagio del virus VIH, es suficiente recordar las serias críticas- expresadas

por quien escribe⁴³- en cuanto al paradigma punitivo acogido por la tendencia predominante en la literatura y la jurisprudencia de lengua alemana, que considera subsistente el *dolus eventualis* de lesión personal (tentada)(peligrosa) con respecto al portador de SIDA que tienen contactos sexuales ocasionales.

En efecto, solamente la referencia a fórmulas “vacías” y “manipulables” permite definir como “vaga” la confianza del seropositivo en la no verificación del contagio, al mismo tiempo, que “sería” o “fundada” la convicción de que no se realizará el resultado-muerte: prescindiendo de ulteriores consideraciones, tal conclusión se encuentra en desacuerdo con el actual cuadro delineado por la ciencia médica, que pone en evidencia claramente tanto el escaso porcentaje de riesgo de infección en una sola relación sexual, como la alta probabilidad del resultado letal una vez contraído el contagio. Como es evidente, la cuestión que debe discutirse no concierne a la (correcta) negación del dolo eventual del homicidio (tentado), sino a la suposición (“automática”) de una responsabilidad dolosa “indirecta” en vista a la transmisión del virus VIH en el organismo del sujeto pasivo.

Ahora bien, si se inicia nuestra reconstrucción de la estructura del *dolus eventualis*, el problema de la relevancia penal de la conducta sexual “peligrosa” del portador del SIDA puede encontrar respuestas más satisfactorias. Dado que las hipótesis en las que se configura el dolo intencional – por ejemplo, Tizio decide contagiar a la pareja por sadismo, por odio contra la humanidad, o por delirio paranoico, por deseo de venganza (denominada *Desperadomentalität*)- son muy extrañas, se trata de establecer los límites “inferiores” de la responsabilidad dolosa en los casos más comunes, en los que el portador del virus no revela su condición para satisfacer sus propios instintos sexuales, por temor a interrumpir la relación o por motivos económicos (en el ámbito de la prostitución femenina o masculina). Como se ha señalado en muchas ocasiones, la línea de demarcación entre la imputación dolosa indirecta y aquella (conscientemente) culposa debe ser trazada tras un análisis particularizado de la situación concreta, teniendo en cuenta todos los datos relevantes en los diversos “planos” que componen la categoría del dolo eventual; por tanto, en la actividad sexual “no protegida” practicada por el infectado del VIH, adquieren significado numerosos indicadores: la frecuencia, así como el tipo de relación (vaginal, oral o anal, aumentando sensiblemente la peligrosidad si se constatan microlesiones), la eventual adopción de precauciones alternativas a la utilización del preservativo que puedan disminuir el riesgo de contagio.

Dicho esto, se puede afirmar que cuando las relaciones sexuales “no protegidas” son aisladas o episódicas – y no comportan un mínimo contagio de sangre- sería más oportuno

⁴³ Canestrari, La rilevanza penale del rapporto sessuale non protetto dell’infetto-Hiv nell’orientamento del Bundesgerichtshof, cit., 149 ss.

orientarse por la exclusión del dolo eventual⁴⁴. Viceversa, si el número de relaciones no es exiguo— o la práctica sexual sea tal que aumente considerablemente el nivel de peligrosidad— y el portador del virus (consciente de su estado) no adopta ninguna medida de precaución (en ausencia de información de la pareja), se debería valorar la subsistencia de una responsabilidad dolosa “indirecta”⁴⁵, procediendo a la verificación de la representación por parte del seropositivo del contagio como consecuencia de la propia conducta y de su aceptación del resultado lesivo.

Resultan paradigmáticos dos casos que se han presentado en la práctica forense alemana e italiana.

La hipótesis verificada en Alemania coincide con la primera sentencia de SIDA del *Bundesgerichtshof*, según la cual el *dolus eventialis* se integra en la lesión personal (tentada) (peligrosa) llevada a cabo por un homosexual que, aún sabiendo de su estado de seropositividad, había practicado dos relaciones anales sólo en parte protegidas sin informar a su pareja (en ambos casos el portador del virus VIH había utilizado el preservativo solo en la fase final del contacto sexual⁴⁶). En nuestra opinión, en base a las reflexiones efectuadas en el curso de esta investigación, no parece legítimo configurar una responsabilidad dolosa “indirecta”. Y en realidad, tal (entidad de) riesgo – de provocar la infección para satisfacer el propio deseo sexual- resulta “no permitido”, pero su asunción puede aún ser tenida en cuenta por un observador racional en la posición del *homo eiusdem professionis et condicionis* del agente concreto (y en posesión de los conocimientos de este último en el momento del desarrollo de la conducta); en consecuencia, la confianza del sujeto agente en orden a la falta de verificación del contagio no puede ser considerada “infundada”, esto es, privada de una mínima justificación racional. Además, la circunstancia de que el portador del SIDA hubiera recurrido al preservativo antes de la transmisión del líquido seminal representa un “indicador” de una cierta relevancia para negar la presencia de una decisión personal a favor de la posible violación del bien jurídico.

⁴⁴ Así Canestrari, *Dolo eventuale*, cit., 169, nt. 263; Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1-84, 2^a ed., Milano, 1995, sub art. 43/30, 413 s.; de diferente opinión, Luzón Peña, *Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español*, en *Problemas jurídico-penales del SIDA*, a cargo de Mir Puig, Barcelona, 1993, 20, según el cual «... el sujeto no pueda racionalmente confiar en la no producción del resultado ... practicando sexo sin protección ...»; recientemente, Ragués I Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, 133 ss.

⁴⁵ Siempre que se pueda demostrar la efectiva transmisión de la infección por parte del sujeto seropositivo: y, en realidad, como ya se ha destacado, quien escribe comparte la opinión (hoy en día dominante) que considera no realizable la tentativa con *dolus eventialis* en el ordenamiento italiano.

⁴⁶ BGH, 4 de noviembre de 1988 - 1 StR 262-88, cit.; para los numerosos comentarios a dicha manifestación del senado, que confirma la decisión del LG Nürnberg-Fürt (16 de noviembre de 1987, cit.), véanse las referencias indicadas por Canestrari, *La rilevanza*, cit., 149 ss. Sobre el tema, más recientemente, Knauer, *AIDS und Hiv-Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik*, GA, 1998, 428 ss.

El segundo caso a tener en cuenta se refiere al comportamiento del sujeto seropositivo que, en el marco de una relación exclusiva de noviazgo y seguida de matrimonio, practica durante un decenio repetidas y continuadas relaciones sexuales no protegidas con la pareja ignorante, con el pleno conocimiento de su estado de salud y de las modalidades de transmisión del virus. La víctima, contagiada por el marido, falleció.

Frente a estas conductas sexuales “peligrosas” del portador de SIDA, la tendencia poco antes expresada debe ser modificada, en el sentido de que consideramos correcto finalizar con la configuración del *dolus eventualis* con respecto al resultado contagio. En efecto, un riesgo parecido de provocar la infección debe ser clasificado como “doloso”, dato que no podría haber sido *nunca “reconocido como propio” por un observador externo en la posición del homo eiusdem professionis et condicionis* del agente real (y “al corriente” de sus conocimientos). Por tanto, como la asunción de dicha “entidad de riesgo” no puede ser tenida en consideración seriamente en el ámbito de la tipología social de referencia, la “confianza” – rectificamos: la esperanza- del marido seropositivo en la no verificación del contagio debe ser etiquetada como “privada de un fundamento racional”⁴⁷. Por otra parte, la ausencia de cualquier comportamiento dirigido a reducir el riesgo de infección confirma la existencia de una plena aceptación, por parte del cónyuge portador del virus VIH, del resultado contagio.

9.2. Los padres testigos de Jehová y la terapia de transfusión

Ahora, a título ejemplificativo, se utiliza como punto de referencia un caso convertido en “clásico” en el debate italiano: se trata de los padres testigos de Jehová que, por razón de la observancia de los postulados de su confesión religiosa, omiten voluntariamente presentar a

⁴⁷ Adhiriéndose a nuestra reconstrucción teórica del dolo eventual, v. Trib. Cremona, 14 octubre 1999, FI, 2000, 347 ss. comentada por Nicosia, Contagio di AIDS tra marito e moglie e omicidio doloso, ibid.; Summerer, Contagio sessuale da virus Hiv e responsabilità penale dell’AIDS-carrier, en RIDPP, 2001, 303 ss. La sentencia en examen afirma la existencia de una responsabilidad dolosa indirecta no solamente con respecto a la transmisión del virus VIH, sino también orientada hacia el resultado letal concretamente verificado. Sobre la dificultad de distinguir la forma eventual del dolo referida a las consecuencias mortales – a la luz del lapso de tiempo que media entre la transmisión del contagio, la manifestación de la enfermedad (denominada SIDA-declarada) y el resultado infiusto - cfr., en general, las notas de Canestrari, Dolo eventuale, cit., 171, nt. 267; Cornacchia, I delitti contro l’incolumità individuale, en Aa.Vv., Diritto penale. Lineamenti di parte speciale, 2^a ed., Bologna, 2000, 327.

La Corte d’Assise d’Appello de Brescia, 26 septiembre 2000, FI, 2001, 286 ss., reformando parcialmente la sentencia de primer grado ha declarado el hecho como de homicidio imprudente agravado por la previsión del resultado. En particular, la sentencia de apelación mantiene que no se han manifestado los dos niveles del aspecto «interior» del dolo eventual, en cuanto no se ha «alcanzado la prueba de una representación suficiente», por parte del portador del virus VIH, «del alto riesgo de transmisión y - una vez transmitida - del curso mortal de la enfermedad, ni de una disponibilidad interior, asimilable a una actitud psicológica volitiva, a aceptar el resultado negativo». Confirma Cass., sez. I, 14 junio - 3 agosto 2001, en Guida al diritto, 2001, n. 33, 41 ss.

la hija enferma de “betalassemia maior” a la terapia transfusional, sabiendo que esta última constituye el remedio más directo para intentar equilibrar el nivel de hemoglobina en la sangre. La desgraciada niña, afectada por la enfermedad de Cooley murió por “insuficiencia cardiaca agudizada por la anemia”, después de una búsqueda en vano por parte de los padres de tratamientos alternativos. Sin duda, dicha hipótesis atañe a múltiples cuestiones que no pueden ser discutidas en esta sede, por lo que nos limitaremos a tomar posición sobre los perfiles de la imputación subjetiva del resultado letal.

Realmente, las oscilaciones en orden a la calificación del comportamiento de los padres como constitutivo de un homicidio doloso o de un mero homicidio culposo⁴⁸ reflejan la dificultad de encontrar un criterio distintivo claro entre las dos formas de responsabilidad culpable. Y, de hecho, los apreciables esfuerzos por “liberar” tal conducta- y otras equivalentes a ésta en el plano de la “carencia” de una decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico tutelado- de la caracterización de una omisión dolosa “indirecta” no aparecen del todo convincentes.

De un lado, se podría intentar excluir el elemento subjetivo doloso señalando que los imputados no “querían” la consecuencia lesiva y “esperaban” su no realización: sin embargo, sin necesidad de repetir todo lo señalado, el exclusivo recurso a criterios similares – de naturaleza predominantemente “sentimental” o “emotiva”- produce el único efecto de revelar su evanescencia, como demuestran las mismas argumentaciones de las dos primeras sentencias de condena. De otro, suscita perplejidad el razonamiento dirigido a negar la subsistencia del requisito intelectivo del dolo, sobre el presupuesto de que la creencia religiosa- al identificar en la fe y en la plegaria la vía mejor para suplicar el resultado no deseado- podría conducir a un error sobre la idoneidad del instrumento de salvación. De hecho, en esta perspectiva, se debería en todo caso indicar la vía teórica que permite valorar si una “duda” similar, sobre la eficacia de la terapia hemotransfusional, sea tal que configure un reproche por *dolus eventualis* o por culpa con previsión.

Por tanto, es necesario recurrir a una visión más articulada de la responsabilidad dolosa indirecta, donde se reconstruya el momento decisional del reo – “doloso”, pero sin “intención”- partiendo de un juicio sobre la “naturaleza” del peligro, concentrado en la posibilidad de descubrir una figura-modelo a la que adecuar el comportamiento concreto del autor. Ahora

⁴⁸ Cfr. Tribunal Superior de Cagliari 10 de marzo de 1982, FI, 1983, II, 27 ss.; Tribunal Superior de Apelación de Cagliari 13 de diciembre de 1982, GM, 1983, II, 961 ss.; Cas., secc. I, 13 de diciembre de 1983, GC, 1986, II, secc. I, 3 ss., con nota de Modugno, D’Alessio, Una questione di costituzionalità elusa: mancato bilanciamento dei valori costituzionali nei diritti e nei doveri dei genitori nei confronti della prole, ibi, 13 ss.; Tribunal Superior de Apelación de Roma 30 de julio de 1986, Dir. Fam. e Pers., 1986, 1048 ss., con nota de Ardizzone, Ai confini tra dolo eventuale e colpa: un problematico discernimento a proposito di una fattispecie omissiva imprópria, Dir. Fam. e Pers., 1987, 635 ss., según el cual dicha sentencia hubiera debido aplicar la circunstancia agravante contemplada en el art. 61 n. 3 c.p.

bien, puesto que la asunción del riesgo (no permitido) ínsito en la conducta omisiva de los padres puede ser “tenida en consideración” – puede ser (al menos) “examinada”- por el *homo eiusdem professionis et condicionis* del sujeto concreto, parece correcto hipotetizar únicamente el fundamento de una responsabilidad culposa. En concreto, se debería considerar subsistente la figura de la culpa con previsión, a la luz del hecho de que los cónyuges Testigos de Jehová se habían representado concretamente el resultado letal como consecuencia de la falta de cumplimiento de la acción debida.

En definitiva, el criterio “mixto” distinguido por quien escribe, demuestra su validez también en la categoría de los tipos omisivos improprios, en cuanto contribuye a trazar con claridad la línea de límite entre el dolo y la culpa. Además, precisamente en un contexto normativo caracterizado por la ausencia de un “hacer” ilícito de base, la investigación propuesta se muestra indispensable con el fin de conferir a la forma eventual del dolo una estructura “autónoma” respecto a la culpa con previsión. Y en realidad, solamente si se señala como fundamento de los elementos constitutivos del *dolus eventualis* una valoración sobre el “modo de colocarse” del garante con respecto al ordenamiento y a los bienes jurídicos en juego, puede ser satisfecha la exigencia de delimitar de modo riguroso el espectro de la responsabilidad dolosa “indirecta”.

9.3. El lanzamiento de piedras sobre vehículos en marcha

Por último, se pone en consideración la hipótesis de quien practica la “actividad lúdico-criminal” del lanzamiento de piedras sobre vehículos en marcha.

A este propósito, sería necesario efectuar algunas distinciones ya que los casos que se pueden exponer son múltiples: el sujeto lanza las piedras desde el puente con la exclusiva finalidad de obstaculizar o interrumpir la circulación vial; para exhibir a su grupo de amigos su propia habilidad para “esquivar” los coches; con el macabro objetivo de golpear a los coches en movimiento.

Por motivos de espacio, nos limitaremos a analizar la última hipótesis, que aparece, desgraciadamente, de manera frecuente en nuestro país. Supuesto que el “lanzador” dé en el blanco y produzca la herida o la muerte del sujeto – vale la pena confirmar nuestra postura en orden a la incompatibilidad entre el dolo eventual y el delito tentado-, se debe hablar del elemento subjetivo que sostiene la concreta conducta criminosa.

A nuestro entender, generalmente no se encontrarán los extremos del dolo directo. Y, en realidad, difícilmente se podrá afirmar que el reo hubiera previsto como seguro, o por lo menos como altamente probable golpear – con una piedra dejada caer desde un puente- un vehículo en carrera en una autopista de modo tal que provocara resultados lesivos contra los ocupantes.

En consecuencia, no es compatible aquella orientación jurisprudencial que se adhiere a la prospectiva de “dilatar” los confines “inferiores” de la responsabilidad dolosa directa, incluso con el fin de mantener como existente el aspecto subjetivo del delito tentado (no configurable con el dolo eventual) para el que ha lanzado piedras en dirección a los conductores de vehículos no alcanzados por el golpe⁴⁹.

Viceversa, mantenemos que en la mayoría de los casos en los que las piedras provoquen consecuencias lesivas contra los ocupantes del vehículo se integra la figura del *dolus eventualis*. En resumen, partiendo siempre de nuestra reconstrucción que confía la verificación de la imputación dolosa “indirecta” a un criterio “mixto”.

Sobre todo, la actitud psíquica del sujeto agente debe radicarse en una conducta dolosa caracterizada por una dimensión de riesgo que “superá” el peligro culposo. Ahora bien, la asunción del riesgo conectado al lanzamiento de piedras sobre vehículos que pasan por una autopista con tráfico – distinto, por ejemplo del peligro (en todo caso no descuidado) vinculado a una frenética “partida de fútbol en una playa abarrotada” – no parece que pueda ser tenido en cuenta seriamente, ni siquiera por un joven poco sensato (que se supone capaz de entender y de querer).

Por lo que respecta a la verificación de la esfera cognitiva y de la volitiva del “lanzador” (imputable), la valoración resulta más compleja cuando se materializa la muerte de la víctima. En efecto, en tales situaciones se puede hipotetizar la presencia de actitudes psíquicas de remoción o de minusvaloración del riesgo de muerte: esto debería conducir a negar la existencia de una efectiva representación y de una plena aceptación del resultado letal, con la consecuencia de mantener aplicable la responsabilidad aberrante o la preterintencional.

10. LA IDEA DE INTRODUCIR EN NUESTRO ORDENAMIENTO UNA TERCERA FORMA DE RESPONSABILIDAD CULPABLE: NOTAS CRÍTICAS

Nuestra obra de “fundamentación” de la estructura normativa peculiar del *dolus eventualis* no persigue solamente el objetivo de conjurar la “subjetivización” del ilícito, sino también el resultado de impedir el recurso a insidiosos esquemas presuntivos en la constatación en concreto de la forma eventual del dolo. De hecho, no se trata – diversamente de lo que se expone en recientes tendencias de la literatura alemana⁵⁰ – de identificar la fisonomía del

⁴⁹ Cfr. Cas., secc. I, 3 de julio de 1996, en Guida al diritto, 1996, n. 41, 75 ss., con nota de adhesión de Maina, La riqualificazione dell’elemento soggettivo smonta la tesi del «dissennato divertimento», ivi, 78 ss.

⁵⁰ Cfr., p.t., Puppe, Der Vorstellungsinhalt, cit., 14 s.

“riesgo doloso”, condescendiendo a la más fácil de la simplificación normativa, el reenvío a módulos de verificación propios de la culpa.

La identificación de un ámbito de peligro que constituya el sustrato- en ausencia de una “voluntad directa” a realizar el tipo- de una decisión, a favor de la posible lesión del bien jurídico, no debe basarse sobre cuanto se (podía) debía “pretender” o “exigir” de un agente-modelo a la luz de sus conocimientos y de su capacidad. Para que se pueda distinguir, también con respecto a la institución del dolo eventual, una “resolución de cometer el hecho”, no es suficiente el reproche al sujeto de haber corrido los riesgos objetivamente injustificados e inexcusables, sino que es necesario algo más y diferente. Y en realidad, la figura del dolo eventual debe radicarse únicamente sobre una “plataforma de riesgo” que no puede ni siquiera ser percibida y reconocida (como tal) por un “agente racional”⁵¹, en el sentido de que no es hipotetizable ninguna valoración – aunque sea “negativa”, en términos de renuncia de la acción- por parte de cualquier *homo eiusdem professionis et condicionis*, porque no consigue descubrir un tipo normativo en grado de “impersonificar”, en aquella determinada situación, “el punto de vista del derecho”. Es decir que, cuando el peligro en cada caso sea representable solo por el agente real y, por tanto, por ningún sujeto hipotético – traído del ámbito de personas que a menudo realizan la actividad a la que puede ser reconducida el comportamiento concretamente efectuado-, el órgano judicial (como el intérprete) aparece legitimado para introducir la cuestión de la subsistencia de la responsabilidad dolosa “indirecta”, procediendo a la verificación de la componente representativa y la volitiva. Por otra parte, la circunstancia de que sea posible reconstruir una “tipología” de individuos de la misma posición social y profesional- más o menos “circunscrita” o “diferenciada”- con la que comparar la conducta del autor individual, constituye un presupuesto fundamental para verificar la estructura psicológica de la culpa con previsión del resultado, al permitir apreciar de manera completa el significado de una “seria” convicción o fe (“racional”, si bien imprudente) por parte del reo en la no verificación de la consecuencia ofensiva.

Solamente después de haber trazado los límites entre el *dolus eventualis* y la culpa con previsión (o consciente) resulta lícito preguntarse si pueden aplicarse soluciones “radicalmente” alternativas a las actuales, orientadas a superar la rígida dicotomía entre el dolo y la culpa.

En este sentido, es necesario reflexionar principalmente sobre la propuesta de *lege ferenda* de introducir una forma de imputación subjetiva intermedia entre el dolo –intencional y directo- y la culpa consciente, con el objetivo de asimilar, en el ámbito de un único marco edictal, la “equívoca” tipicidad del dolo indirecto a las hipótesis de culpa con previsión en

⁵¹ Así, en sentido contrario, Puppe, op. ult. cit., 14 ss.; 31 ss.; Id., Vorsatz und Zurechnung, cit., 35 ss., que elabora un concepto normativo de dolo «como representación de un peligro cualificado», concentrado precisamente en la «valoración» del riesgo que llevaría a cabo un «concienzudo» observador externo.

muchos casos grave. En realidad, un diseño como éste no es original, en cuanto que también la doctrina más antigua había manifestado opiniones análogas, apoyadas siempre por la finalidad de simplificar una obra de distinción entre el dolo y la culpa juzgada “excesivamente” problemática e insegura⁵².

Recientemente algunos sectores de la doctrina alemana han presentado el “proyecto” de la creación de una tripartición de criterios ordinarios de imputación subjetiva⁵³, pero la idea parece recibir un consenso bastante limitado. En efecto, los auténticos elementos novedosos de las actuales posturas – que están apareciendo también en la literatura italiana- a favor de la presencia de una “esfera” intermedia se presentan con argumentos no del todo persuasivos.

De un lado, se asiste a una difundida certificación de la quiebra de las múltiples tentativas por diferenciar entre el dolo eventual y la culpa consciente y la consiguiente “invitación” a la dogmática de deponer su estructura sofisticada pero ineficaz: además, como hemos demostrado, tal caracterización no aparece fundada. De otra parte, la convicción de que el “trasplante” de las categorías “intermedias” previstas por el ordenamiento penal – la *recklessness* en los países de *Common law* y la *mise en danger délibérée de la personne d'autrui* en el Code penal de 1992- pueda significar una ventaja en cuanto a la simplificación y la certeza, ha resultado ilusoria, al menos por una doble clase de razones.

Sobre todo, como era predecible, la investigación comparada no ha conducido a reconocer un *tertium genus* de culpabilidad en el que hacer confluir – que logre “unir”- las categorías del dolo eventual y de la culpa consciente de la Europa continental⁵⁴. En segundo lugar, prescindiendo de las dificultades obvias y de los problemas de coordinación reconducibles a la creación de un esquema “tripartito” de nuestro sistema penal, el propio análisis de las prestaciones de la *recklessness* contradice la suposición de que sea menos arduo resolver la carga definitoria con respecto a una “forma” intermedia – además de las figuras límites- entre el dolo y la culpa⁵⁵.

⁵² V., con opiniones no siempre coincidentes, Stooß, *Dolus eventualis und Gefährdung*, ZStW, Bd. 15, 1895, 199 ss.; Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, 1895, 272; Miri•ka, *Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung*, Leipzig, 1903, 185 ss.

⁵³ Cfr. Weigend, *Zwischen Vorsatz und Farhlässigkeit nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, 1. Teil: *Tabestands- und Unrechtslehre*, en GA, 1985, 341; 363 s.; Eser, *Strafrecht I, Allgemeine Verbrechenselemente*, 3^a ed., München, 1980, 3, n. 35, a), 53, que abandona tal postura, modificando su visión del elemento volitivo del dolo según la «teoría del riesgo normativo» (Eser, *Strafrecht I*, cit., 4^a ed., 1992, 84 ss.); sobre este tema, por último, cfr. C. Birnbaum, *Die Leichtfertigkeit. Zwischen Farhlässigkeit und Vorsatz*, Berlin, 2000, 31 ss.

⁵⁴ V. Canestrari, *Dolo eventuale*, cit., 279 ss.

⁵⁵ Cfr. Canestrari, op. e loc. ult. cit.

Precisamente la evolución del debate sobre la naturaleza – objetiva (*Caldwell/Lawrence type*); subjetiva (*Cunningham type*)⁵⁶ – de la *recklessness* parece confirmar la idea de que la introducción de un “nivel” ulterior de imputación de la responsabilidad penal no presenta ninguna utilidad, acabando por tener las mismas zonas de sombra al identificar la esfera de lo penalmente ilícito en relación con el universo del riesgo permitido. La perplejidad no disminuye cuando nos enfrentamos a las definiciones de la *recklessness* de reciente elaboración en los sistemas jurídicos anglo-americanos – como demuestra el examen del art. 18 de la *Law Commission* en el proyecto de un código penal inglés de 1989⁵⁷ y 2.02 del *Model Penal Code* estadounidense⁵⁸– además de la segunda versión del *Corpus Iuris* (art. 9)⁵⁹. En efecto, tales formulaciones no resuelven aquellas cuestiones de fondo examinadas en este trabajo: la modalidad de reconstrucción del carácter – “injustificado”; “irrazonable” – del peligro y el procedimiento que conduce a valorar la asunción consciente de tal riesgo por parte del sujeto agente.

Por otra parte, no debe sorprender que no se hayan superado las dudas relativas al cómputo del coeficiente de la “*irracionabilidad del riesgo*” – según el agente concreto o por una figura-modelo de alguna forma “objetivable”?-. El mantenimiento de esta ambigüedad es útil para la opción de incluir en el seno de una categoría “intermedia” tipologías de actitudes psíquicas difícilmente reconducibles a una entidad estructural fundada sobre un núcleo unitario de desvalor⁶⁰.

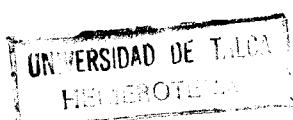
⁵⁶ Sobre esta controversia v., en nuestra literatura, Vinciguerra, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992, 188 ss.; Cadoppi (voce) *Mens rea*, DDP, vol. VII, Torino, 1993, 40 ss. del extracto; Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 102 nt. 45; G.A. De Francesco, *Nuove frontiere negli studi di diritto comparato (In margine ad un recente volume sui principi generali del sistema penale inglese)*, GI, 1994, IV, 207 s.; Curi, *Tertium datur*, cit., 47 ss.

⁵⁷ En base a la cual una persona actúa ‘reckless’ en relación a: (i) una circunstancia, cuando es consciente del riesgo de que exista o vaya a existir; y (ii) un resultado, cuando es consciente del riesgo de que se verifique; y es irrazonable, teniendo en cuenta las circunstancias que conoce, aceptar aquel riesgo; ...». En la misma dirección, sucesivamente, el Consultation paper de la Law Commission sobre la responsabilidad penal por Intoxication (No. 127 del 1992) y sobre los principios generales y los delitos contra la persona (No. 218 del 1993).

⁵⁸ «Una persona actúa recklessly en relación con un elemento constitutivo del delito cuando conscientemente no se hace cargo del considerable e injustificable riesgo de que el elemento exista o derive de su conducta. El riesgo debe ser de tal importancia que, considerando la naturaleza y la finalidad de la conducta del sujeto y las circunstancias que conoce, su desprecio del peligro implique una grave desviación del standard de comportamiento que una persona fiel al ordenamiento habría observado en la situación del agente».

⁵⁹ «The offender acts recklessly if he is aware of the risk that the circumstances that amount to the constituent elements of the offence exist and that it is unreasonable, having regard to the circumstances known to him, to take that risk».

⁶⁰ Análogamente, G.A. De Francesco, *Variazioni penalistiche alla luce dell'esperienza comparata*, en RIDPP, 1997, 249; en la literatura de lengua alemana, recientemente, Perron, *Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, en Haruo Nishihara FS, Baden Baden, 1998, 146 ss.



Todo lo dicho impide considerar que sean suficientemente “estables” los contenidos de la compleja noción de *recklessness*- aunque la acepción subjetiva sea la más convincente (*Cunninghan type*) – e impone asumir la necesidad de reconstruir “nuestras” categorías de dolo eventual y de la culpa con previsión, motivando su calificación como formas del “hecho doloso” y del “hecho culposo”, respectivamente. Dicho esto, una vez que se ha renunciado a la tentación de buscar otras soluciones ya “confeccionadas”, la investigación comparada puede aportar indicaciones de algún interés para la elaboración de esquemas conceptuales menos vagos e imprecisos. En particular, el análisis de la experiencia anglo-americana demuestra- más allá de las diversas soluciones prospectadas y de la distante “sensibilidad” dogmática- que ya no es posible confiar en las fórmulas psíquicas totalmente evanescentes, sino que es necesario intentar basar el plano psicológico sobre una dimensión estructural y normativa.

Siguiendo este razonamiento, es necesario reflexionar sobre la eventual utilización del instrumento definitorio con el fin de describir el peculiar “contenido de ilicitud” de la forma “indirecta” del dolo. En nuestra opinión, una descripción precisa de los requisitos estructurales del *dolus eventualis* en el ámbito de una fórmula normativa debería satisfacer la exigencia de contrastar con mayor eficacia la *reductio* de la responsabilidad dolosa “indirecta” de la culpa con previsión y, mientras no haya una hipótesis culposa, trazar de una manera más diáfana el *discrimen* entre la esfera del ilícito doloso y la de los hechos penalmente irrelevantes.

11. LA DEFINICIÓN DEL DOLO EVENTUAL: NUESTRA PROPUESTA DE UNA SOLUCIÓN DEFINITORIA ARTICULADA

Llegado este punto del discurso, se trataría de indicar los criterios en los que se debería inspirar el legislador en la definición del concepto de dolo eventual. Realmente, esta labor viene facilitada si se tienen en cuenta las conclusiones que hemos alcanzado en cuanto a la peculiar estructura del *dolus eventualis* y su identidad “diferenciada” respecto – a las otras “formas” de dolo y – a la culpa con previsión del resultado. En efecto, los resultados de nuestra investigación no se limitan a contabilizar – y a consolidar, con algunas puntualizaciones- los resultados más importantes de la dogmática del *dolus eventualis*, sino que han contribuido a esclarecer el contenido de las diferentes fases en las que se articula la forma indirecta del dolo.

En síntesis, intentando resumir los puntos “expresivos” del *dolus eventualis* con el fin de suministrar consideraciones importantes desde un punto de vista de *lege ferenda*. En primer lugar, sobre el plano de los presupuestos normativos del peligro, la futura legislación deberá subrayar que el nivel de riesgo relevante para configurar la tipicidad dolosa indirecta no coincide con aquel que integraría, a falta de una voluntad de realización del hecho típico, una posible responsabilidad (conscientemente) culposa.

Se considera oportuno, por tanto, que el legislador de la reforma proceda a una operación ya efectuada- obviamente con una sensibilidad dogmática bastante diferente- por los compiladores del *Model Penal Code* con relación a la categoría de la *recklessness*, es decir, la definición del elemento estructural del peligro. En este tema la fórmula del código debería asumir una postura clara, en el sentido de que la “base normativa” del dolo indirecto no puede limitarse a condensar una situación de riesgo “no permitido”: el peligro capaz de legitimar la imputación por *dolus eventialis* debe ser de tal naturaleza, que su asunción no pueda ni siquiera ser considerada por un observador avezado- colocado en el mismo tiempo y lugar en que se encontraba el sujeto concreto, teniendo además sus eventuales conocimientos superiores y su capacidad psico-física- en la posición *del homo eiusdem professionis et condicionis* del agente.

Una vez afirmado que la “entidad” del peligro idóneo para fundamentar una conducta dolosa “indirecta” no se identifica con la que es válida para la culpa, resulta indispensable realizar opciones político-criminales precisas con respecto al aspecto “subjetivo” de la forma eventual del dolo.

Conscientes de que una cualidad superior del peligro no puede justificar la *ratio* de la punibilidad del *dolus eventialis* sin hacer referencia a la efectiva representación y a la “decisión” del autor, el legislador de la reforma debería apostar con claridad por una visión de la responsabilidad dolosa “indirecta” sujeta al plano de la voluntad.

Desde este punto de vista, la norma del código – después de haber previsto con claridad la necesidad de que el sujeto se *represente concretamente la realización del hecho típico como consecuencia de su propia conducta*- podría también mantener el concepto tradicional de “aceptación”; sin embargo, habría que señalar que debe tratarse de aceptación (no solamente del riesgo, sino) del hecho, del resultado de daño cuando se prevea así en el tipo delictivo. Una elección definitoria así permitiría reconocer plenamente la importancia de los datos relevantes para verificar la “decisión” del sujeto agente, es decir, de la multiplicidad de “indicadores” y “contraindicadores” que deben ser tenidos en cuenta en el ámbito de la componente volitiva del dolo eventual⁶¹: el comportamiento llevado a cabo para evitar el resultado (la presencia de mecanismos de neutralización del curso causal lesivo, además de la eficacia de la intervención “positiva”), la cercanía emocional entre el reo y la víctima, etc.

Por ello, la solución definitoria realizada por la Comisión ministerial para la reforma del código penal instituida por d.m. 1 de octubre de 1998- en base al art. 30, co.1 lett. B) del

⁶¹ Sobre el tema, recientemente, en la literatura de lengua alemana, Kühl, Strafrecht, AT, 2^a ed., München, 1997, 113.

“Proyecto Grosso”, la responsabilidad dolosa indirecta se configura en quien “actúa representándose la realización del hecho como...altamente probable, aceptando el riesgo”, - no resulta convincente. Y, en realidad, la introducción del elemento de alta probabilidad – criterio “cuantitativo” de difícil determinación- no puede “compensar” ni la falta de definición del requisito estructural del peligro, ni la caracterización volitiva bastante “descolorida” de la fórmula de la “aceptación del riesgo”.

Llegados a este momento, se puede incluso sugerir una definición legal de *dolus eventualis*, que debería preverse en la norma del código dedicada al concepto “general” de dolo- de acuerdo con los modelos definitorios de derecho comparado⁶²- que destacara la distinción entre la responsabilidad dolosa “indirecta” y la culposa.

El texto de la fórmula legislativa podría ser el siguiente: “Se tiene dolo eventual cuando el agente se representa concretamente la realización del hecho típico como consecuencia probable de su propia conducta y acepta su verificación. El riesgo de realización del hecho típico debe ser no permitido y de tal naturaleza que su asunción no pueda ni siquiera ser considerada por una persona juiciosa y avezada del círculo de relaciones al que pertenece el agente, colocada en la situación en la que se encontraba el sujeto concreto y en posesión de sus conocimientos y capacidad”.

En nuestra opinión, una definición legislativa así contribuiría a afirmar la identidad conceptual autónoma del *dolus eventualis*, trazando una línea divisoria clara con el fenómeno (no necesariamente “comunicante”⁶³) de la culpa consciente o con previsión del resultado⁶⁴.

⁶² Se hace referencia, como es sabido, al art. 5 del código penal austriaco (sobre este punto, v. Burgstaller, *Definizioni legislative penali in Austria*, en *Omnis definitio in iure pericolosa?*, a cargo de CADOPPI, Padova, 1996, 241 ss.) y al art. 14, coma 3º, del código penal portugués (De Faria Costa, *Le definizioni legali del dolo e della colpa quali esemplificazioni delle norme definitorie del diritto penale*, en *Omnis definitio*, cit., 267 ss.), y también a los recientes códigos penales de la Federación Rusa de 1996 (art. 25) y al código penal esloveno de 1995 (art. 17: «El delito es doloso si el reo ha realizado el hecho con conciencia y voluntad, o bien no obstante la previsión del resultado, ha aceptado que tal resultado se verificará»).

⁶³ De manera diferente, el código penal portugués que define la forma «indirecta» del dolo - art. 14, coma 3º: «Cuando la realización de un hecho que integra un tipo delictivo es representada como consecuencia posible de la conducta, hay dolo si el agente actúa asumiendo aquella realización» - y la culpa consciente - art. 15, (a): «Actúa con culpa quien ... se representa como posible la realización de un hecho que integra un tipo delictivo, pero actúa sin asumir esta realización» - como categorías «limitadoras» y «especulares».

⁶⁴ Se debe señalar que la Comisión Grossi ha modificado la definición de dolo eventual recogiendo algunas observaciones críticas avanzadas con respecto al originario art. 30 lett. B) segunda parte. V. Relazione alle modificazioni al progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale approvate dalla Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale nella seduta del 26 maggio 2001, en RIDPP, 2001, 655, 34. Segun el art. 27 lett. c) del nuevo articulado, responde a título de dolo quien, con una conducta voluntaria activa u omisiva, realiza un hecho constitutivo de delito “si actúa aceptando la realización del hecho, representado como probable”.

Todavía, *de lege ferenda*, se podría auspiciar una ulterior postura del legislador, con el fin de hacer más fácil la determinación del umbral mínimo “general” de relevancia penal: hacemos referencia, sin duda, a la adopción de una fórmula que confirme en pocas palabras la exclusión de la relevancia del mero dolo eventual en el ámbito del delito tentado⁶⁵.

⁶⁵ Así, Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 162; para una modificación en ese sentido del modelo legislativo del art. 56 c.p., véanse las directivas del Schema della delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale (art. 19, 1º comma). La postura hoy dominante en la doctrina (y ampliamente difundida en la jurisprudencia) mantiene que no se puede configurar la tentativa bajo dolus eventualis: cfr., entre otros, Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., 3ª ed., 419 ss.; Mantovani, *Diritto penale. Parte générale*, 3ª ed., Padova, 1992, 439; Padovani, *Diritto penale*, 2ª ed., Milano, 1993, 345; Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 157, ss.; Id., (voce) *Reato doloso*, DDP, vol. XI, Torino, 1996, 252. De opinión diferente, en la literatura más reciente, p.t., Romano, *Commentario*, cit., 2ª ed., sub art. 56/7, 552 s.; como es sabido, esta última opinión puede decirse que es absolutamente predominante en los países de lengua alemana (sobre el tema, ad es., Pahlke, Rücktritt bei dolus eventualis, Berlin, 1993, 22 ss.) y en España (v. Quintero Olivares (director); Morales Prats; Prats Canuts, *Manual de derecho penal*, Pamplona, 1999, 589 s.).