

JOSUÉ FOSSI

EL DOLO EVENTUAL

ENSAYO SOBRE UN
MODELO LÍMITE DE
IMPUTACIÓN SUBJETIVA

JEB
BOSCH EDITOR

En este breve ensayo se analizan cinco cuestiones fundamentales para la comprensión de este elemento del tipo subjetivo:

- (a) la dimensión teórica del dolo eventual en la que se analizan los tres bloques teóricos más importantes: teorías volitivas, teorías cognitivas y teorías normativas;
- (b) el diagnóstico de la situación sobre la consistencia teórica del dolo eventual, lo que implica la valoración de las distintas teorías, tanto en sus fortalezas como en sus debilidades;
- (c) la caracterización de los elementos estructurales que intervienen en el dolo eventual. Aquí no solo se desarrollan los elementos que comúnmente se asocian al dolo como tipo de imputación, sino que se realiza una reconstrucción crítica de conceptos como norma jurídico-penal, tipo como condición ontológica y la tipicidad como condición epistémica del delito, acción, capacidad de acción, intencionalidad, entre otros. También se desarrolla la cuestión esencial del dolo eventual y criterios del dolo eventual en perspectiva probatoria;
- (d) la dimensión pragmática del dolo eventual. En esta parte se intenta comprender la construcción jurisprudencial del dolo eventual tomando algunas decisiones de España, Italia y Venezuela; y
- (e) se analiza la cuestión de la Dogmática penal, dolo eventual y otros modelos límites de imputación subjetiva como la recklessness anglosajona y la mise in danger francesa. También se hace un análisis sobre la fundamentación de las decisiones y el dolo eventual, la nueva política criminal de disuasión mediante el dolo eventual y el problemático activismo judicial a través de un constitucionalismo principialista (en contradicción con el constitucionalismo garantista que debe prevalecer).

Josué Fossi

Profesor de Derecho Constitucional e Introducción al Derecho
Universidad Bicentennial de Aragua

EL DOLO EVENTUAL

ENSAYO SOBRE UN MODELO LÍMITE DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Barcelona
2022


BOSCH EDITOR

© SEPTIEMBRE 2022 JOSUÉ FOSSI
josuefossi@gmail.com
<http://josuefossi.blogspot.com/>

© SEPTIEMBRE 2022 
Librería Bosch, S.L.
<http://www.jmboscheditor.com>
<http://www.libreriabosch.com>
E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-19045-78-2
ISBN digital: 978-84-19045-79-9
DL: B 15620-2022

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

AGRADECIMIENTOS.....	13
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I	
LA DIMENSIÓN TEÓRICA DEL DOLO EVENTUAL.....	23
1. El Garantismo en el Derecho penal.....	23
2. Fundamentos de derecho positivo.....	36
3. Las teorías sobre el dolo eventual.....	52
3.1. Teorías volitivas sobre la naturaleza del dolo eventual.....	53
3.1.1. La teoría de la aprobación o del consentimiento	55
3.1.2. La teoría de la indiferencia.....	57
3.1.3. Decisión por la posible lesión de bienes jurídicos.....	58
3.2. Teorías cognitivas sobre la naturaleza del dolo eventual.....	61
3.2.1. De la representación o de la posibilidad.....	62
3.2.2. La teoría de la probabilidad.....	64

3.2.3. La teoría del riesgo	66
3.2.4. La teoría de Günther Jakobs	67
3.2.5. Las teorías de Herzberg y Puppe	70
4. El rechazo del dolo eventual como estado mental: la teoría normativa.....	73

CAPÍTULO II

DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL SOBRE LA CONSISTENCIA TEÓRICA DEL DOLO EVENTUAL	85
--	----

CAPÍTULO III

CARACTERIZACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES QUE INTERVIENEN EN EL DOLO EVENTUAL	93
1. La naturaleza de las normas jurídico-penales	94
2. El tipo como condición ontológica y la tipicidad como condición epistémica del delito	102
3. La acción: transformaciones y reconstrucción.....	106
3.1. Hacia un concepto normativo de acción	110
4. Breve excursus sobre la teoría de la imputación objetiva...	119
5. La capacidad de control de la acción, las razones para la acción y la imputación.....	129
6. La intención como elemento de verificación del dolo eventual	134
7. Dolo eventual y criterios del dolo eventual en perspectiva probatoria	138

CAPÍTULO IV

LA DIMENSIÓN PRAGMÁTICA DEL DOLO EVENTUAL. VISIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DOLO EVENTUAL	153
---	-----

CAPÍTULO V

UN ANÁLISIS REFLEXIVO SOBRE EL DOLO EVENTUAL.....	171
1. Dogmática penal, dolo eventual y otros modelos límites de imputación subjetiva	172
2. Fundamentación de las decisiones y dolo eventual	181
3. La nueva política criminal de disuasión mediante el dolo eventual y el activismo judicial a través de un constitucionalismo principialista	189
CONCLUSIÓN	197
REFERENCIAS	203

Introducción

La constatación de un hecho punible es una situación compleja referida a un conjunto de hechos separables pero que forman una unidad. Constatar si determinado comportamiento es jurídico-penalmente relevante es de manera amplia establecer que hubo un comportamiento empíricamente observable, a través del cual se produjo un resultado (o se intentó alcanzarlo) y que ese resultado puede ser imputado a una persona. Esta secuencia solo es posible por medio de una teoría del delito que dé cuenta primero de la acción (u omisión) verificada en el mundo exterior, que se constate la lesividad del resultado y que exista la posibilidad de atribuir los dos elementos anteriores a una persona con capacidad de culpabilidad. El elemento que permite determinar el comportamiento como relevante jurídicamente es el tipo penal, que en su connotación original, se refiere a lo que en sede de teoría del derecho se conoce como supuesto de hecho (o supuesto de acto en la teoría garantista); por medio de él se establecen las *condiciones epistémicas y ontológicas*, tanto *objetiva* como *subjetivas*, que revelan como penalmente relevante un determinado comportamiento.

De manera casi extendida se sostiene, en la dogmática penal, que la realización del tipo requiere la concurrencia del elemento subjetivo en la acción, es decir, al momento de emprender dicha acción esta puede

comprenderse como pensada (conocimiento) y querida (voluntad) por el sujeto (lo que habitualmente se denomina dolo) o como solamente pensada (la llamada culpa). Distinguir estos dos aspectos en ocasiones resulta sencillo. Un comportamiento doloso es aquel producto de la suma de conocimiento y voluntad (según la dogmática tradicional). Un comportamiento es culposo (o imprudente en el uso alemán) si se tiene conocimiento de la acción que se realiza pero sin voluntad.

Sin embargo, dentro de esta demarcación dogmática, existen situaciones un poco más complejas que requieren juicios sobre circunstancias con un amplio margen de indeterminación; el dolo eventual y su distinción de la culpa con representación forman parte de esa complejidad. La diferencia, generalmente asociada a estas dos situaciones radica en las connotaciones que se han ofrecido, en líneas generales, al dolo eventual, que puede expresarse, de manera tentativa de la siguiente forma: conocimiento más (x), en donde (x) es una variable que se sustituye con algunas de las siguientes hipótesis: posibilidad, probabilidad y/o indiferencia en la producción del resultado, entre otras que dependen enteramente de las elecciones de quien está habilitado para realizar el juicio de imputación (el juez).

El fin de estas hipótesis es la de establecer, en eventos, que por las circunstancias fácticas, son de una difícil verificación empírica, es decir, circunstancias en las cuales la determinación de si el agente, obró o no con intención (dolo o culpa), en una acción, requiere una valoración que va más allá de los elementos fácticos que se pueden recabar en un determinado evento. Un ejemplo paradigmático, en la jurisprudencia venezolana, fue el decidido por un tribunal de Aragua, el cual condenó al acusado por homicidio intencional a título de dolo eventual, por un hecho ocurrido el 13 de abril de 2004, en el cual el acusado (conductor de una unidad de transporte público), conducía la unidad a exceso de velocidad y sin luces delanteras, arrolló a la víctima causándole la muerte y aunque no teniendo la voluntad (querer/intención) de ocasionar el

resultado lesivo, este pudo prever el resultado al cual fue indiferente (según la argumentación del Corte).

Ante este tipo de situaciones (de si un agente obró o no con dolo), y para solventar el aparente *vacío ontológico* entre dolo y culpa, la dogmática penal ha recurrido a las variables antes mencionadas y así calificar un comportamiento como intencional en los siguientes momentos: (a) un comportamiento es intencional si, además de conocer, el agente tenía como *posible* alcanzar un resultado (aunque no querido); (b) un comportamiento es intencional si, además de conocer, el agente se representaba como *probable* alcanzar un resultado; (c) un comportamiento es intencional si, además de conocer, a el agente le era *indiferente* alcanzar o no un resultado; (d) un comportamiento es intencional si, además de conocer, el agente aprobó o consintió las consecuencias probables; (e) un comportamiento es intencional si, además de conocer, el agente tomo una decisión contra el bien jurídico. (Es de destacar, que la expresión intencional en las hipótesis, se utiliza en el sentido tradicional del Derecho penal como no culposa, es decir, como acto dirigido a la producción de un resultado querido por el agente).

Estos constructos son abarcados bajo tres bloques teóricos. El primero, las teorías que pueden denominarse cognitivas (que reproducen los conceptos de la filosofía moral intelectualista), el segundo, las teorías de la voluntad (que reproducen los conceptos de la filosofía moral de corte voluntarista), el tercero las teorías normativas (estrechamente vinculadas a la filosofía del lenguaje). Las teorías cognitivas son aquellas que en la base del dolo eventual colocan el conocimiento de la acción y sus probables consecuencias, con independencia de la voluntad. Son tres las corrientes clásicas de este marco interpretativo, generalmente llamado dolo como conocimiento: (a) la teoría de la representación o de la posibilidad desarrollada principalmente por Schröder y Schmidhäuser y actualmente Jakobs (1997); (b) la teoría de la probabilidad, variante de la representación, actualmente defendida por Puppe, Herzberg

(1999) y recientemente, por Pérez Barberá (2011); y (c) la teoría de «el riesgo como objeto de conocimiento» de Frisch (1983).

Por otro lado, están las teorías de la voluntad que integran en la definición del dolo eventual, tanto el conocimiento como la voluntad (el dolo como conocimiento y voluntad). Aquí entran las siguientes teorías: (a) la teoría de la aprobación o del consentimiento de Frank; (b) la teoría de la indiferencia o del sentimiento de Engisch; y (c) la teoría de la decisión en contra del bien jurídico de Roxin (1997). Y el último bloque, las teorías normativistas, compuesto por el abandono, tanto del conocimiento como de la voluntad, del concepto de dolo como estado mental, y concibiendo el dolo como propiedad del lenguaje penal, esta perspectiva desarrollada recientemente Pérez Barberá (2011) y Caro (2006).

Lo que caracteriza a todos estos modelos explicativos es que por distintas vías llegan a los mismos resultados: una punibilidad mayor. Pero ¿Son realmente suficientes los criterios de demarcación de estas teorías para propugnar la idea de dolo eventual? ¿Cuál es el límite entre dolo y culpa? ¿Existe un vacío ontológico entre dolo y culpa? ¿Cuáles son las consecuencias pragmáticas que surgen a partir de esta figura?

Responder estas interrogantes implica analizar el dolo eventual y sus modelos explicativos al menos en tres situaciones complejas: en la primera, se trata de establecer la capacidad explicativa de los enfoques teóricos mencionados, o sea, de si son suficientes los criterios explicativos, comprensivos y justificativos del conjunto de hechos en los cuales la producción de un resultado no depende de una intención directa del agente o como querida por él y de si a estas situaciones se le pueden atribuir el calificativo institucional de dolo, o si por el contrario este no cumple con los requisitos para configurar un hecho doloso, por tanto, deba ser calificado como culposo.

Para esta labor, no solo analítica de las teorías, sino comprensiva de ellas es necesario establecer los criterios distintivos de cada una. Esto

comporta determinar los elementos sobre los cuales están fundamentados. Cuestiones como: ¿qué se entiende por posibilidad?, ¿qué tipo de probabilidad debe haberse representado el agente?, ¿qué es representarse las consecuencias de un evento?, ¿cuándo la indiferencia de un agente puede equivaler a un proceso deliberativo en contra de un bien jurídico?, entre otras.

En esta primera situación se intenta abordar lo que Rorty (1983) llama discurso normal, o sea, un discurso científico que contenga criterios aceptados para llegar a un acuerdo. Lo que se quiere, en esta fase, es determinar el contenido del discurso penal sobre el dolo eventual y a su vez, el consenso sobre él desde los distintos modelos, partiendo tanto del discurso penal garantista desde una perspectiva analítica, con Ferrajoli, desde el punto de vista teórico-filosófico (desde las garantías) (1995) como dogmático entre los que destacan Palazzo (1997) Donini (2010), como de la filosofía penal funcionalista tanto la de carácter normativo de Jakobs (1997) como la sociológica de Roxin (1997).

Una segunda tarea, va dirigida, sobre la base del mismo discurso teórico penal, a extraer el aparato conceptual (semántico) donde descansa el dolo eventual. Esto implica reconstruir los términos fundamentales que abarcan esta figura, desde los principios garantistas que deben sustentar el Derecho penal hasta los conceptos elaborados desde la dogmática, tales como: tipo (condición ontológica), tipicidad (condición epistémica), dolo y sus criterios de identificación, intención y los distintos grados que esta puede presentar en un acto denotado como doloso, agente, acción, causalidad, razones para la acción, imputación, riesgo, capacidad de control y decisión de cursos de acontecimientos, conocimiento, estado mental, entre otros. Un análisis conceptual es de suma importancia ya que como dice Jakobs (2003:11): Los conceptos de la dogmática jurídico-penal forman parte de un contexto jurídico-penal, y, con ello, de un contexto normativo (...) De lo que se trata es exclusivamente de alcanzar un entendimiento acerca de qué es un grado

suficiente de fidelidad al ordenamiento jurídico y de cuándo ésta falta; con este único objetivo se construyen los conceptos

Reconstruir toda esta infraestructura permitirá establecer una arquitectónica del dolo eventual y antes una reconstrucción de la estructura del tipo como condición ontológica y epistémica, partiendo de los postulados de la filosofía analítica de Searle.

Sin embargo, esta reconstrucción no abarca solo el aparato simbólico del Derecho penal, sino también a partir de una reconstrucción desde el ámbito de la filosofía moral y los avances de la neurociencia y la filosofía de la mente. Estos ámbitos de reflexión sobre el comportamiento humano permiten realizar un marco interpretativo y comprensivo de la estructura compleja de las acciones que suelen encuadrarse dentro del constructo dolo eventual.

Bajo un tercer aspecto, el dolo eventual se ha venido usando en la actualidad, en un contexto general, como instrumento simbólico disuasivo-responsabilizante sobre actividades de alto riesgo. Dentro y fuera del discurso, se ha convertido en la piedra del escándalo de la dogmática penal. Primero, por su discutida configuración teórica, segundo, por el uso dado generalmente cargado de una profunda política criminal represiva, y por último, como destaca Demuro (2012), por ser un concepto muy flexible.

Serios inconvenientes han surgido con la introducción vinculante del dolo eventual, sobre todo en el ámbito jurisprudencial, como el caso venezolano, que ha generado un debate dentro de la misma estructura del Máximo Tribunal entre la Sala Constitucional y la Sala Penal, debido principalmente a la supuesta naturaleza violatoria del principio de legalidad del dolo eventual, argumento sostenido por la Sala Penal en sentencia N°554. Sin embargo, utilizado en decisiones anteriores: sentencias N°656 de 16-05-2000 en la que de forma impropia se define el dolo eventual como *mixtura de dolo y culpa*. La sentencia N°1160 de 09-08-

2000 que asumió el dolo eventual como comportamiento jurídico penal relevante. La sentencia N°1463 de 09-11-2000, en la que nuevamente se define el dolo eventual como mixtura de dolo y culpa. En la sentencia N°1703 de 21-12-2000 y la sentencia N°159 de 14-05-2004 (caso aben-goa).

La situación antes descrita genera cuestiones complejas sobre los fundamentos mismos del Derecho Penal y su papel en las modernas democracias constitucionales y, a su vez, de su justificación partiendo de este modelo de configuración de una institución política originaria, como órgano reconocitivo de la ley, ya que los problemas del dolo eventual no solo son de semántica legislativa y teórica, sino que vienen igualmente una serie de problemas referidos a la constatación de determinados hechos como subsumibles dentro de las hipótesis del dolo eventual. En esta dimensión pragmática, por tanto, entran dos problemas fundamentales de la jurisdicción. Por un lado, la constatación de la norma a través de la interpretación de las disposiciones que se refieren al caso doloso; y por otro lado, la determinación de los elementos fácticos que pueden ser interpretados y aplicados según los parámetros de la disposición interpretada, es decir, la prueba.

De allí, resulta necesario y conveniente introducir, en esta dimensión pragmática, un análisis comparado desde la jurisprudencia, tomado como comparación la jurisprudencia más reciente desarrollada por el Tribunal Supremo de España, que ha sido muy fecunda desde Sentencia de 23 de abril de 1992, conocida como caso de la colza¹, destacan las

1 Se le llamó así por el aceite de colza que provenía de Francia con fines de uso industrial, pero algunos aceiteros lo adulteraron para poder venderlo para el consumo humano. Este aceite de colza adulterado se distribuyó por mercados de toda España, su bajo precio (en un tiempo en el que España atravesaba una grave crisis económica) y la ausencia de controles sanitarios hicieron el resto. Hubo 350 fallecidos, según cifras oficiales (cifras no oficiales hablan de hasta 4.000

Sentencias STS 8472/2012, STS 965/2013, entre otras. Igualmente la desarrollada en el ámbito forense italiano, especialmente desde el caso Thyssenkrupp², que desde el año 2011 ha generado una amplia discusión sobre los límites del dolo eventual, su aparente naturaleza político criminal, como sostiene Fiandaca (2012), y la flexibilidad, entre otras connotaciones.

En consecuencia, estas tres situaciones, modelos explicativos, reconstrucción conceptual y dimensión pragmática del dolo eventual, configuran tres cuestiones medulares sobre el objeto bajo estudio: (a) la capacidad explicativa de las teorías sobre el dolo eventual; (b) los elementos conceptuales intervienen en el dolo eventual; (c) la dimensión pragmática del dolo eventual. La cual puede ser reconducida a una interrogante fundamental: ¿Cuál es la consistencia teórica del dolo eventual?

muestrados) y 20.000 afectados, muchos de los cuales siguen vivos y arrastran las secuelas de la intoxicación. La Justicia condenó a los aceiteros responsables de la adulteración del aceite de colza y años después el Estado fue declarado responsable civil subsidiario y condenado a indemnizar a todos los afectados.

- 2 El accidente en la acería ThyssenKrupp se produjo el 6 de diciembre de 2007 tras desbordarse un depósito de aceite que servía para enfriar las láminas de acero, generándose un incendio y explosión cuando los trabajadores trataban de retirarlo. Este trágico accidente laboral es uno de los accidentes más graves en Italia en los últimos años, que conmocionó al país. La mayoría de los obreros murieron tras varios días de agonía por sus gravísimas quemaduras. Los trabajadores de ThyssenKrupp denunciaron entonces que algunos de los extintores no funcionaban y que las medidas de seguridad en la fundición eran obsoletas, mientras que criticaron que los empleados tenían que trabajar hasta doce horas seguidas si querían conservar su puesto.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

La dimensión teórica del dolo eventual

CAPÍTULO II

Diagnóstico de la situación actual sobre la consistencia teórica del dolo eventual

CAPÍTULO III

Caracterización de los elementos estructurales que intervienen en el dolo eventual

CAPÍTULO IV

La dimensión pragmática del dolo eventual.
Visión jurisprudencial del dolo eventual

CAPÍTULO V

Un análisis reflexivo sobre el dolo eventual

CONCLUSIÓN

Josué Fossi

Abogado. Magister en Derecho Penal y Criminología. En curso, doctorado en Ciencias de la Educación. Profesor de Ética, Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional.

Ha publicado varias obras sobre teoría del Derecho, el dolo eventual y sobre la imputación subjetiva.