

PROF. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ. ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS ACERCA DEL DOLO EVENTUAL. 129-180. REVISTA CENIPEC. 24. 2005. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ

ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS ACERCA DEL DOLO EVENTUAL

PROF. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ.
Universidad de Los Andes. Cenipec
Sección de Derecho Penal
Mérida - Venezuela
mireyabo@ula.ve

Resumen

En este artículo se aborda el tema del dolo eventual sobre la base de la importancia del tema para la doctrina penal venezolana y en la idea de que la complejidad de su esencia dificulta en oportunidades su comprensión y por ende su aplicación. La pretensión de este artículo es lograr un acercamiento teórico-conceptual con el que pueda presentarse al dolo eventual como una verdadera categoría del dolo y no como una forma especial de la culpabilidad, ayudando a descubrir su esencia y validez científica sobre la base de la conciliación de las posiciones que tradicionalmente se han disputado la explicación y concepción de esta forma del comportamiento doloso y de una adecuada ubicación, dentro de su concepto, tanto de la voluntad como de la representación, entendidos éstos como los factores que determinan su existencia. Un acertado análisis de esta categoría del dolo se inclinaría por ubicar la voluntad en un lugar de mayor relevancia frente a la representación, ya que si bien es cierto que ni la representación ni la voluntad logran por si solas explicar el comportamiento a título de dolo eventual, es la voluntad manifiesta la que imprime trascendencia, dentro del campo jurídico-penal, a la representación que se ha hecho el sujeto de la posible concreción de un resultado antijurídico que se desprende de su comportamiento.

Palabras Claves: Dolo eventual, culpabilidad, voluntad, representación.

Some theoretical considerations regarding virtual intent (dolo eventual)

Abstract

This article discusses virtual intent on the basis of its importance for doctrine in Venezuelan criminal law and examines the idea that the complexity of the concept sometime impedes its understanding and application. The objective of the essay is to reach a conceptual and theoretical position from which virtual intent can be understood as a true form of intent rather than a special form of blame, seeking to discover its essence and scientific validity on the basis of the reconciliation of viewpoints that have traditionally been in disagreement regarding its conception and explication, and locating within the concept the ideas of will and representation, which are the factors determining its existence. A correct analysis of this type of intent would assign pre-eminence to will over representation, given that, although neither representation nor will manage to explain, by themselves, virtual intent, it is manifest will that gives the concept importance in criminal law as the possible materialization of an illicit result derived from the subject's behaviour.

Key Words: Virtual intent, blame, will, representation

Quelques considérations théoriques à propos du dol éventuel

Rèsumè

Dans cet article on aborde le sujet du dol éventuel sur la base de l'importance du sujet pour la doctrine pénale vénézuélienne et dans l'idée que la complexité de son essence complique les chances de sa compréhension et, pourtant, de son application. La prétention de cet article est celle de réussir une approche théorique-conceptuelle, avec laquelle on puisse présenter le dol éventuel comme une véritable catégorie de dol et non pas comme une forme spéciale de la culpabilité, collaborant ainsi à découvrir son essence et validité scientifique sur la base de la conciliation des positions qui, traditionnellement, se sont disputé l'explication et la conception de cette forme de comportement dolosif et d'une situation appropriée dans son concept, tantôt de la volonté, tantôt de la représentation; ceux-ci, entendus comme les facteurs qui déterminent son existence. Une analyse très juste de cette catégorie de dol, s'inclinerait à situer la volonté dans un endroit de plus grande relevance face à la représentation car, si bien il est vrai que ni la représentation ni la volonté réussissent, par elles mêmes, à expliquer le comportement à titre éventuel, c'est la volonté manifeste celle qui imprime transcendence, dans le champ juridique-pénal, à la représentation que le sujet s'est fait de la possibilité de concrétion d'un résultat anti juridique, qui découle de son comportement.

Mots Clefs: Dol éventuel, culpabilité, volonté, représentation

Introducción.

El comportamiento delictivo es una de las tantas formas que asume el libre actuar humano. Este debe entenderse como expresión de la libertad del hombre para dirigir conscientemente la orientación de sus actuaciones. De conformidad con el modelo jurídico penal imperante en Venezuela, el comportamiento delictivo genera, entre otras, una responsabilidad de orden penal. Sin embargo, no se puede afirmar que todo comportamiento típico sea capaz de producir este efecto, ya que una somera revisión de la dogmática penal muestra claramente que de los comportamientos humanos generadores de hechos delictivos sólo serán trascendentes al derecho penal aquellos que logren materializar un comportamiento libre y consciente, esto es, un comportamiento desprovisto de todo tipo de coacción y en el que se refleje el conocimiento presente y futuro de que gozaba el sujeto sobre lo que hacía al momento de hacerlo.

Las nociones de libertad y de conciencia son las que sirven de sosten al concepto de culpabilidad que se maneja actualmente en la doctrina jurídico-penal venezolana, así como la reconocida en un amplio sector de la doctrina extranjera. La culpabilidad debe entenderse como un elemento del delito que consiste en un juicio de reproche que manifiesta el juez sobre la conducta de una persona por haber obrado de manera contraria al derecho, pudiendo hacerlo de conformidad con lo pautado por éste y en el cual se pone en evidencia el sentido de pertenencia que debe existir entre el hecho y su autor.

Dos son las formas fundamentales a través de las cuales se expresa la culpabilidad: dolo y culpa. El dolo está referido al comportamiento libre, consciente y voluntario que manifiesta el sujeto en su comportamiento delictivo, en busca de un propósito criminal previamente establecido, previsto o previsible. El contenido de la voluntad que caracteriza al dolo está sometido a la dirección que se le imprima al comportamiento en función de lo que se quiere, del interés que se pone en conseguir lo que se espera y en función de lo que se está dispuesto a asumir o a aceptar para conseguirlo. En los casos en los cuales el sujeto asume para sí otros resultados típicos y antijurídicos, aún a sabiendas de que se producirán, se está en presencia del dolo de consecuencias necesarias. En aquellos casos en los que

la incertidumbre, la duda y el conocimiento inexacto, y no la seguridad, se ubican en el lugar de la posible producción del resultado dañoso a partir de la aceptación de una situación riesgosa, se está en presencia del dolo eventual. En éste, ni la representación ni la voluntad logran por sí solas explicar el comportamiento del sujeto. Es la voluntad la que imprime trascendencia jurídica a la representación que se ha hecho el sujeto de la posible concreción del resultado antijurídico que se desprende de su comportamiento.

Por su parte la culpa está también determinada por un actuar voluntario, sin embargo, la voluntad sólo abarca el comportamiento del sujeto y nunca el resultado delictivo producido, ya que el sujeto no quiere causar resultados dañosos o antijurídicos. El resultado sobreviene por el tipo de comportamiento del sujeto, sus características determinan la aparición del resultado. En estos casos el sujeto no busca el resultado pero tampoco lo evita, pues desobedece la obligación jurídica de actuar atendiendo debidamente las exigencias impuestas por el legislador para no causar daños a bienes protegidos penalmente, esto es, actuar de manera prudente, diligente, perita y obediente de la normativa de seguridad pertinente.

Actualmente el desarrollo de la sociedad está determinado por la realización de actividades de diversa índole entre las que se cuentan un sin número de actividades generadoras de peligros, que implican un elevado nivel de riesgo. Su prohibición nos llevaría irreversiblemente a una situación de evidente caos y atraso en todas las instancias; son en sí mismas actividades de riesgo o peligro y no lesiones verdaderamente consideradas, es decir, son lesiones latentes o potenciales y está en nuestra determinación evitar o permitir que se traduzcan en daños reales. Nos preguntamos ¿Qué hacer en aquellos casos en los que el nivel de riesgo no puede ser totalmente controlado por el sujeto que actúa? ¿Cómo debemos orientar nuestro comportamiento frente a la incertidumbre de poder llegar a producir un resultado que implique daños o lesiones a bienes jurídicos que el legislador necesita preservar? ¿Qué hacer frente a la previsión de ocasionar daños futuros? ¿Podemos realmente evitar estos daños? ¿Qué camino debemos seguir a fin de no exceder los límites propios de la imprudencia culposa?

Entender qué significa actuar en una hipótesis de dolo y qué significa actuar en una hipótesis de culpa, distinguiendo conceptualmente los espacios fronterizos de estas formas de culpabilidad, a partir de la propia esencia de cada una de estas hipótesis, nos permitirá, en el desarrollo de la presente investigación, orientar las respuestas correctas a las interrogantes antes formuladas, delimitando así la perspectiva de las políticas criminales que debe adelantar el Estado en esta materia a fin de prevenir eficazmente y evitar la producción de daños y lesiones que tienen como origen actividades peligrosas y de riesgo, que no pueden ser del todo prohibidas y frente a las cuales no sólo debemos actuar con delicada precaución sino renunciar a la idea de seguir adelante con nuestro comportamiento, cuando no estemos verdaderamente seguros de tener total dominio de la situación y en consecuencia conocimiento cierto sobre los resultados que sobrevendrán.

1.- La Culpabilidad. Nociones Jurídicas Básicas.

Actualmente, en la doctrina penal venezolana, así como en un vasto sector de la doctrina extranjera, la Culpabilidad, desde la perspectiva jurídico-penal, es entendida como parte integrante de la estructura del hecho delictivo. La Culpabilidad hace referencia al ámbito subjetivo del agente que actúa, es decir, analiza dentro de la estructura del delito, lo que concierne al comportamiento delictivo, como expresión de la voluntad humana, sea ésta una voluntad absolutamente libre, relativamente libre o completamente alienada. Precisa un proceso de individualización subjetiva ya que implica analizar el comportamiento del sujeto desde un punto de vista conductual. Esto significa que la culpabilidad se pronuncia sobre un sujeto en concreto, en una situación precisa y en relación con un hecho específico.

Culpabilidad es un término que tiene su origen en la expresión alemana *shuld* que significa “culpa” y de la cual se deriva el término *shuldfahigkeit* que significa culpabilidad. Inicialmente se dió a este término un significado bastante amplio refiriendo con él lo que actualmente se conoce como antijuridicidad y lo que se refiere a la imputabilidad. Su concepción actual es producto de un proceso de depuración del concepto de responsabilidad criminal, que estuvo siempre muy

ligado a ideas religiosas y mágicas y que en su Estado más primitivo llegó a extenderse hasta los familiares y allegados del verdadero responsable criminal.

A pesar de ello la culpabilidad estuvo siempre referida a la necesidad de poder atribuir la comisión de un hecho punible a un determinado sujeto conforme a los principios que imperan tanto a nivel de la dogmática jurídico-penal como a la dogmática jurídico procesal penal, sin olvidar los principios que rigen en el ámbito criminalístico.

Su contenido dependerá del esquema del delito o de la posición teórica que se asuma para su análisis. Es sabido que la estructura del hecho delictivo ha sido fundamentalmente estudiada a partir de tres esquemas básicos: esquema clásico, esquema neo-clásico y esquema finalista del delito, sin dejar de mencionar las ideas que se manejan actualmente en el llamado funcionalismo penal.

A la luz del esquema clásico, el concepto de Culpabilidad refiere el elemento subjetivo del delito, esto es, el aspecto del hecho delictivo que aborda lo relativo al sujeto y su actuación para determinar en qué medida el delito, como modificación en el mundo exterior, pertenece al sujeto en su aspecto psíquico. Bajo esta perspectiva la Culpabilidad se concreta en el vínculo o nexo psicológico que une al actor con su acto, de tal forma que *“la culpabilidad consiste en una relación (causal) entre el autor y el hecho, entre la voluntad del sujeto y la acción (o el resultado) como realidad objetiva”* (Maggiore, 1954: 453). Para los partidarios de esta corriente la culpabilidad reposa en la conciencia y en la voluntad de la acción, erigiéndose en el aspecto moral de la misma. *“... el juicio que ella implica es por parte del juez simple verificación de un hecho psicológico. Esta verificación es neutral y no implica un juicio valorativo”* (Frías, 1996: 271).

“La concepción psicológica de la Culpabilidad se basa, pues, en un vínculo de carácter subjetivo que une al hecho con su autor en los límites respectivos del dolo o de la culpa” (Bettiol, 1965: 320). El Dolo y la Culpa son las dos formas básicas que asume la culpabilidad en la concepción psicológica, y constituyen su medida, generando lo que se ha llamado grados o especies de culpabilidad.

En la perspectiva del esquema neo-clásico del delito, surge el concepto normativo de la Culpabilidad. En este concepto la Culpabilidad conserva su esencia psicológica, pero no está reducida exclusivamente a configurarse sólo a partir de la relación psíquica que se pregonó en el sistema clásico, sino que además, está también determinada por circunstancias externas que influyeron en el actuar del sujeto y que intervienen transformando el concepto psicológico de culpabilidad en un juicio de valor que emana del juez, una vez analizada no sólo la pertenencia del hecho al sujeto, como su autor voluntario y consiente, sino también el nivel de participación de los factores externos y ajenos al quehacer psíquico del sujeto, en la producción del hecho delictivo.

Estas circunstancias externas que ahora participan del concepto de Culpabilidad, son las que van a servir de factores de medición en su nivel de intensidad como agentes de graduación y en este sentido, ya no puede afirmarse la existencia de la culpabilidad exclusivamente en el nexos psíquico que conecta moralmente el hecho al sujeto. A partir de la concepción normativa se extrae el análisis de la culpabilidad del fuero exclusivamente psicológico del sujeto que actúa, para influenciarlo de factores externos de diversa índole que determinan el actuar del sujeto y que en consecuencia, son responsables de la aparición del hecho delictivo, tanto como la actuación misma del sujeto activo. A la luz de esta concepción se señala como esencia de la culpabilidad a la reprochabilidad y, como elementos que la conforman al dolo, la culpa, la imputabilidad del sujeto y la exigibilidad. Con base a estos estudios se ha afirmado, en la doctrina contemporánea, que la culpabilidad se ha normativizado, por que el juicio de reproche en el que se fundamenta, se hace en relación a una norma jurídica concreta.

En este sentido, puede afirmarse, que desde la perspectiva normativa, conforme a lo señalado por Jiménez (1964: 92), la culpabilidad es:

...el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexos psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas...

Ahora bien, determinada la insuficiencia del vínculo psicológico para conceptualizar y establecer la culpabilidad en una hipótesis concreta, se tiene que la intervención de factores y circunstancias externas no permiten en todos los casos afirmar la culpabilidad del sujeto. Esta sólo puede afirmarse en los casos en los que el sujeto, a partir de la consideración de tales factores, así como de la motivación que surge de ellos, no se comportó conforme a las reglas jurídicas establecidas y sobre lo cual versó su decisión consciente y libre.

Esto significa que la culpabilidad sólo podrá afirmarse en aquellas situaciones en que la intervención de factores externos no fue lo suficientemente determinante en la producción del hecho, razón por la cual al sujeto le era exigible, en esa específica situación, comportarse conforme a la ley. En esta concepción “... *el juez únicamente puede aprehender la culpabilidad de un sujeto a través de un genuino juicio de valor y no mediante la mera verificación de un hecho acaecido en la realidad anímica de una persona*” (Frías Caballero, 1996: 271).

La Culpabilidad se abordará a partir de la noción de exigibilidad, esto es, de la posibilidad que tiene el sujeto de comportarse de conformidad a lo establecido en el ordenamiento jurídico y a partir de esta nueva idea el concepto de Culpabilidad se transformará en un juicio de reprochabilidad, es decir, un juicio de valor. Sólo es reprochable y, en consecuencia dará lugar al juicio de culpabilidad, aquello que sea exigible al sujeto. No puede dar lugar al juicio de Culpabilidad aquello en lo que el sujeto, por intervención de factores externos, no pudo motivarse de forma normal, de manera que es la influencia de tales factores la que determina finalmente que el sujeto actúe contrariando el orden jurídico establecido y no su decisión voluntaria, libre y consciente. En tal sentido, la normalidad de las circunstancias internas del sujeto permite afirmar que la imputabilidad y la normalidad de las circunstancias externas permitirá graduar el elemento exigibilidad. Si un sujeto normal actúa en circunstancias normales, de él diremos que le era posible, y también debido, evitar la realización del hecho delictivo y habiendo podido hacerlo, pudiendo reprochársele el no haberlo hecho. Este es, precisamente, el factor que se incluye en el concepto de culpabilidad

que va a transformar la noción psicológica pura en una noción psicológico-normativa.

De conformidad con lo anterior, la culpabilidad puede conceptualizarse como un “... juicio que se emite sobre quien habiendo podido comportarse de acuerdo al deber que le era exigible, ha actuado de un modo contrario a ese deber” (Reyes, 1982: 23) De allí que, dentro de la concepción normativa de la Culpabilidad, deban tenerse en cuenta como elementos de la misma: el dolo, la culpa, la imputabilidad o capacidad del sujeto de comprender, entender y determinarse conforme a esta comprensión y finalmente la exigibilidad, esto es, la influencia de factores externos y la motivación que éstos desencadenan en el sujeto determinando su comportamiento.

Siendo así, es pertinente señalar que la culpabilidad es un concepto que está íntimamente ligado a la idea de libertad, ella trasciende en el momento en que se determine que el sujeto actuó en forma voluntaria. Si el sujeto no es libre no existe la posibilidad de que pueda escoger entre la comisión o la no-comisión del delito; y si las circunstancias lo determinan tendrá que inclinarse irremediamente por la realización del hecho, en vista de que su posibilidad de decisión no existe.

En relación a esto Cury (1988: 22-23) señala:

...que si los actos de los seres humanos fuesen el resultado de decisiones arbitrarias y suspendidas en el vacío, no es posible atribuírselos como suyos a ningún sujeto ya que aparecerán aislados de su personalidad... En el campo jurídico penal la voluntad debe ser entendida no como la facultad de obrar arbitrariamente, de cualquier manera, sino como la capacidad de imprimir un sentido al comportamiento y no de sucumbir simplemente al juego desordenado de impulsos pasionales...

En este orden de ideas, puede afirmarse que el juicio de culpabilidad debe declararse siempre que se esté frente a una conducta delictiva tipificada por las normas penales, que no esté justificada por causas legales, que sea producto de un actuar libre y voluntario y que se haya producido en condiciones normales en

las que el sujeto tenga la capacidad de decidirse por un comportamiento delictivo, de manera que pueda generarse para el mismo un juicio de reproche, en virtud de la noción de exigibilidad.

Desde la perspectiva sistemática, se tiene, que la primera aproximación evaluativa de la situación debe arrojar como resultado que se trate de un hecho típico, es decir, las conductas atípicas por no pertenecer al derecho penal no pueden ser valoradas a la luz de estas exigencias; en segunda instancia, debe tratarse de un hecho que no esté justificado por el legislador bajo ninguna hipótesis, toda vez que no es posible evaluar la culpabilidad de un hecho que no puede reprocharse como injusto o antisocial. Finalmente, corresponde afirmar lo relativo a la culpabilidad, una vez que se haya determinado que se trata de un hecho previsto como delito por el legislador y que no está justificado. Una vez afirmada la culpabilidad, debe atenderse lo concerniente a la aplicación de la pena. En este sentido, refiriéndose a la Culpabilidad, puede afirmarse que:

Para que el sujeto sea culpable desde el punto de vista jurídico-penal tienen que realizarse en él de modo positivo dos situaciones: la existencia de la capacidad de entender y de querer, dentro de los límites establecidos por la ley, y la manifestación de voluntad de un acto concreto (Rodríguez Devesa, 1973: 362-363).

Esto permite reafirmar la culpabilidad como un juicio de valor en el que se desapueba y se reprocha un comportamiento injusto en base a una conducta concreta y en virtud de la posibilidad de poder exigir de parte del sujeto un comportamiento ajustado a lo señalado en la ley (exigibilidad). “*En cuanto a su función la culpabilidad está al servicio de la valoración (como reproche) del acto interior que integra el delito y no implica la simple verificación neutral de un hecho natural, sino que exige un juicio valorativo del juez*” (Frías Caballero, 1996: 271).

El concepto de exigibilidad transforma de algún modo la inicial concepción de la culpabilidad aportada por los clásicos, circunscribiéndola dentro de un campo

normativo que conlleva a evaluar lo relativo a la situación psicológica del sujeto, en función no sólo de lo que establece la norma, sino de las condiciones en las que el sujeto actúe. Por ello, desde el punto de vista jurídico-penal, no puede catalogarse a una persona como culpable por la comisión de un hecho, producto de una situación en la que éste no tuvo una alternativa distinta a la comisión del hecho. En este sentido, sólo es reprochable lo exigible. Sobre ello Cury señala que:

...el concepto de exigibilidad tiene sus bases en el sentido común ya que los parámetros sobre los cuales han sido creadas las normas jurídicas no distan en mucho de las condiciones mínimas que hacen posible la vida en común. Esta noción parte de que en las circunstancias en las que se desenvuelve ordinariamente la vida de relación los hombres tienen la capacidad de conducirse tal como lo establece la ley penal, pues en ella sólo se pide la abstención de actos groseramente atentatorios en contra de bienes jurídicos particularmente estimables (1992: 76-77).

Actuar voluntaria y libremente, en condiciones de absoluta normalidad, en las que cualquier persona puede responder, conforme a derecho, y siempre que no concurra ninguna circunstancia exculpante, son los factores fundamentales para la declaración de la culpabilidad de un sujeto, desde la perspectiva jurídico-penal.

Finalmente, debe afirmarse que la culpabilidad es el elemento del delito que conecta la responsabilidad penal del sujeto con el delito en sí mismo. Declarar la culpabilidad de una persona significa afirmar que debe responder frente a la ley penal, por la comisión de un hecho delictivo, al tiempo que con ella se establece la vinculación psicológica y fáctica que se produce entre el sujeto y el hecho. El juicio de culpabilidad califica tanto al hecho como a la propia responsabilidad penal sirviendo de medida en la estimación de la pena que corresponda aplicar al caso concreto.

Nótese que dolo y culpa no forman parte de la estructura de la culpabilidad en la concepción psicológica de ésta, sino que constituyen formas a partir de las cuales

este elemento del delito puede expresarse; en cambio en la perspectiva normativa dolo y culpa son parte esencial del elemento culpabilidad y deben valorarse conjuntamente con la imputabilidad y la exigibilidad para hacer posible el juicio de reproche sobre el cual descansa la culpabilidad. Esta ya no se agota en el dolo o en la culpa, de ella forman parte otros aspectos que influyen en la producción del hecho delictivo y que permiten afirmar que la culpabilidad no es un fenómeno estrictamente individual, sino que es un fenómeno compartido con la sociedad. Obviamente que en cada hecho delictivo hay parte de la expresión humana del sujeto que actúa pero hay sin duda también un aporte estructural de la propia sociedad el cual se percibe claramente en esta concepción normativa de la culpabilidad.

A la luz de la concepción finalista la culpabilidad continua siendo uno de los elementos del delito, sin embargo, en este esquema su contenido varía, entre otras razones por la propia teoría de la acción finalista, la cual implica la capacidad del ser humano de imprimir un determinado sentido u orientación determinada a sus actuaciones.

Desde esta perspectiva,

“la acción es acontecer final... la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines... Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin” (Agudelo Betancur,1992: 64-5)

Esta concepción de la acción delictiva, implica la presencia del dolo en la estructura misma de la acción como elemento del delito, es decir, que según el finalismo ya no puede concebirse el dolo dentro de la estructura de la culpabilidad, sino dentro de la configuración misma de la acción penal. A la luz del esquema finalista, la culpabilidad es un constructo normativo que consiste en un

“juicio de reproche al autor que se fundamenta en el no omitir la acción antijurídica cuando podía omitirla... en este “poder en lugar de ello” del autor respecto de su voluntad antijurídica, reside la esencia de la culpabilidad... Toda culpabilidad es según esto “culpabilidad de voluntad, sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad” (Welzel, 1997: 166-67)

La concepción de la acción finalista repercutió en gran manera en la teoría de la culpabilidad, toda vez que su contenido está determinado por un puro juicio valorativo de reproche que se le hace a una persona por haber actuado antijurídicamente cuando tenía la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho. Según esta concepción, la estructura de la culpabilidad está constituida por la imputabilidad, no ya como su elemento, sino como su presupuesto; por la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho que se realiza y por la exigibilidad de una conducta conforme a la ley. Esto hace presumir que para declarar la Culpabilidad de un sujeto, éste debe ser libre tanto desde el punto de vista de sus capacidades psíquicas como desde las perspectivas de las circunstancias en las que actúa y de otra parte, se presume que dicha libertad hace a la persona susceptible de conocer y entender el alcance y sentido de sus actuaciones; en este caso, de atender al carácter antijurídico de su comportamiento, conformando el concepto de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad. Sin embargo, siendo que el primero constituye un elemento psicológico los finalistas lo normativizaron bajo el nombre de potencial conocimiento o posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad. Así, para afirmar la culpabilidad de una persona sólo se requiere que el sujeto haya podido conocer la contrariedad de su comportamiento con el ordenamiento jurídico y conocer el comportamiento antijurídico en todos y cada uno de los elementos que lo conforman.

Por esta razón, si tal conocimiento no es posible o si al sujeto no se lo podía exigir que actuara de forma distinta a como lo hizo, de ese sujeto no podrá predicarse la culpabilidad.

Si se tiene que la exigibilidad es el elemento normativo que utilizaron los neo-clásicos para avanzar de la concepción psicológica pura a la concepción psicológico-normativa de la culpabilidad, y logrando normativizar el otro elemento que constituye la culpabilidad, como lo es el conocimiento del carácter antijurídico del injusto, se ha construido entonces una concepción estrictamente normativa de la culpabilidad, la cual se atribuye a los finalistas.

Actualmente, una de las más modernas corrientes de pensamiento en materia jurídico-penal, como lo es el funcionalismo, señala que la culpabilidad no consiste en un fenómeno psicológico, sino en un problema de imputación de las normas que rigen los roles sociales que el sujeto está llamado a cumplir en la sociedad. No se trata, siquiera, de un problema propiamente jurídico, porque no depende estrictamente de normas de carácter jurídico-penal, sino que se traduce en algo que se le atribuye al sujeto según el papel social que esté desempeñando al momento de ejecutar la acción delictiva, expresando de esta manera lo que para ellos implica la exigibilidad*.

Este breve recorrido por las distintas concepciones de la Culpabilidad permite una visión general de lo que ha sido el desarrollo dogmático de este elemento del delito. Tal como puede apreciarse, el concepto psicológico obedece a las incipientes ideas que sobre la dogmática penal se habían esbozado hasta el momento y a sus primeros intentos de sistematización. Posteriormente la posición neo-clásica, que dio origen al concepto normativo o más bien psicológico-normativo de la Culpabilidad, es producto de las imprecisiones e inexactitudes propias de un primer intento de teorización como es el caso de la concepción psicológica y finalmente la culpabilidad vista a la luz de la teoría finalista del delito, logra erigir su concepto a partir de una noción fundamentalmente normativa lo que obedece fundamentalmente a la resolución que implicó en la ciencia jurídico-penal la nueva concepción de la acción como elemento del delito en cuya estructura se ubica el dolo.

*Para ampliar la noción funcionalista de la Culpabilidad y en general del Delito ver Jakobs;

No es pertinente señalar que uno u otro sistema es mejor que el otro, como tampoco es pertinente afirmar que la Culpabilidad entendida de una o de otra manera es más o menos exacta. Cada forma de concebirla representa un nivel en el análisis del delito y cada una acarrea consecuencias jurídicas y políticas distintas. Debe tenerse presente que la culpabilidad es uno de los elementos del delito que mayor repercusión tiene en el ámbito político de un país y que en consecuencia debe ser analizada con detenida precaución, toda vez que a partir de su contenido se pretenden materializar en el Derecho Penal y en todo el ámbito de la justicia penal los principios de justicia y proporcionalidad. Su concepción alejará o acercará a cualquier sistema jurídico-penal bien a la responsabilidad objetiva o bien a la culpabilidad a partir de la cual se desprenda una responsabilidad cada vez más subjetiva, es decir, más vinculada a la intimidad de las decisiones personales del sujeto, a su libertad, a su capacidad de decisión; en fin, a su expresión moral como forma de manifestación de su condición humana.

Hecho este breve recorrido teórico-conceptual, debe afirmarse que a los efectos de la presente investigación la culpabilidad debe entenderse como el juicio de valor que consiste en el reproche que emite un juez sobre la realización de un acto delictivo considerando la circunstancialidad en la que actuó el agente. La simple vinculación a que se redujo el concepto psicologista puro de la culpabilidad resulta insuficiente para explicar dicho nexo psíquico en los casos en los que éste no se percibe de forma tan nítida, como por ejemplo los casos de culpa inconsciente, en las hipótesis de no exigibilidad de otra conducta, y en los casos en los que el sujeto está exculpado por alguna de las causales de inculpabilidad contempladas por el legislador, en las que sí debe estar presente el nexo psicológico entre el hecho y el sujeto y sin embargo no se puede predicar la culpabilidad de este último.

El planteamiento funcionalista supone una perfecta delimitación de los distintos roles sociales que está obligado a cumplir el ciudadano en la sociedad y supone de parte del Estado haber agotado todas las posibilidades de brindar a sus co-asociados las mismas oportunidades de realización personal; sólo así pudiera

exigírsele al ciudadano el fiel cumplimiento de las obligaciones que conllevan cada uno de los roles que pudiera llegar a desarrollar en el seno de la sociedad. Este supuesto se asemeja en gran parte al de una sociedad altamente avanzada con capacidad de brindar a sus ciudadanos la posibilidad real de concretar sus metas y sueños personales.*

A los efectos del contenido de este trabajo, se trata de ajustar la noción de culpabilidad no sólo al sistema jurídico-penal vigente en Venezuela, sino también a la realidad que denota el modelo social a partir del cual se construye la estructura del delito. Tales características se reconocen en la concepción normativa de la culpabilidad, *“trayendo así a un plano de valor el corazón del Derecho Penal, que no puede latir en la rarefacta atmósfera del conceptualismo esquematizado y que tiene necesidad de vivir en un mundo concreto y vital...”* (Bettioli, 1995: 160).

En tal sentido, la noción que más se ajusta a lo anteriormente expuesto es la que considera la culpabilidad como un juicio de reproche que se formula en atención a elementos valorativos de orden jurídico.

2.- Concepto y Definición del Dolo.

Antes de abordar lo pertinente al concepto y definición del dolo, es importante señalar que aunque en el ordenamiento jurídico-penal venezolano se siga el sistema psicológico en lo que a la culpabilidad se refiere, ello no obsta para que a nivel doctrinal la culpabilidad en Venezuela pueda concebirse desde la perspectiva normativa, entendiendo que dolo y culpa son parte de los factores que se requieren para declarar el juicio de culpabilidad.

El hecho de concebir la culpabilidad como un nexo de carácter eminentemente psicológico no implica la prohibición de un análisis teórico-conceptual en el que se demuestre que la culpabilidad debe estar fundamentada en una exigencia normativa concreta. El juicio de valor que sirve de fundamento a la culpabilidad,

*Para profundizar sobre estas ideas revisar ciclo de Conferencias “Concepto y Límites del Derecho Penal” dictadas por el Dr. Juan Fernández Carrasquilla. Universidad de los Andes. Mérida-Venezuela. 1997. Ver la obra Homónima.(1994).

precisa de un contexto situacional que le permita al sujeto un comportamiento conforme a su nivel de madurez psicológica y de obediencia a la ley.

Tal como se ha venido señalando, el dolo es el elemento de la culpabilidad que supone la conciencia de lo que se hace y pone de manifiesto la libre voluntad de hacerlo. Dentro de la perspectiva psicológica del delito, el dolo constituye la forma más perfecta y acabada que adquiere el sentido de pertenencia que existe entre el hecho y el sujeto, por ello la responsabilidad penal que surge por la comisión del hecho delictivo a título doloso es la que en mayor medida restringe los bienes jurídicos del sujeto materializando la sanción penal.

El dolo constituye una noción técnico-jurídica que no debe identificarse únicamente con la voluntad ni con la representación ni con la intención que se tiene en el actuar. Es una noción que supone la conciencia, es decir, el conocimiento de lo que se hace y al mismo tiempo la voluntad de hacerlo, esto es, el elemento volitivo. El dolo implica una relación de correspondencia del sujeto con el hecho antijurídico y a su vez del hecho con la norma jurídica que lo tipifica, entendida ésta como parte integrante de un orden normativo general.

En el siglo antepasado Carrara (1988) reconoció en el dolo dos especies de elementos psicológicos (conciencia y voluntad) por esta razón, en su doctrina, el dolo supone el concurso del entendimiento y de la volición. Este autor define el dolo como: “... *la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley*” (1988: 73). Reconoce además que la esencia del dolo está en la voluntad porque es allí donde reside el impulso de la acción que más adelante se castiga por ser contrario o violatorio de la ley penal, mientras que la conciencia o intelecto no puede causar movimientos. De igual modo considera la voluntad como la esencia del dolo, ella permite graduar o regular su aparición y en consecuencia medir el grado de vinculación del sujeto con el hecho.

Autores venezolanos como Arteaga, Grisanti, Mendoza, Chiossone y Chuecos, entre otros, consideran que el dolo está constituido por estos dos elementos: elemento intelectual y elemento volitivo y que su esencia es la intención.

Así para Grisanti, el dolo: “... es la voluntad conciente encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito” (1991: 192), Chiossone lo conceptualiza “... como la voluntad conciente (intención) de cometer un hecho calificado como punible por la ley” (1992: 100); Arteaga Sánchez afirma que “el dolo consiste en la intención de realizar un hecho antijurídico. La esencia del dolo, pues, radica en la intención”(1997: 159); Mendoza Troconis señala que “el dolo se concibe mejor estimándolo: la acción y omisión previstas por la ley como delito doloso o conforme a la intención, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción u omisión de las cuales la ley hace depender la existencia de un delito, es querido y previsto por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión”(1989:211) y finalmente María Daniela Chuecos acota que “la voluntad convertida en intención sólo puede dirigirse a ocasionar un resultado en cuanto se lo representa. En otras palabras, que el mundo exterior debe aparecer en la conciencia en su modificación deseada; por lo que la previsión o representación del resultado es un elemento necesario pero no suficiente para la noción del dolo (deben concurrir ambos)(1990:53)

Estas definiciones demuestran que en Venezuela tanto la voluntad como la conciencia son elementos que deben concurrir para definir como dolosa una conducta y que el dolo puede identificarse en un primer intento con la intención, entendida ésta como la forma direccional y exteriorizada que adquiere la voluntad libre en este tipo de comportamiento. Sólo con la manifestación de voluntad que se concreta en acto (conducta antijurídica) puede delinquirse; nunca con el conocimiento o conciencia exclusivamente.

Ahora bien, una vez que se tiene claridad sobre el hecho de que una conducta dolosa exige la presencia de ambos elementos debe precisarse el contenido propio de cada uno de ellos para concretar, en forma técnica, en qué consiste realmente el dolo como forma de culpabilidad.

Cuando se afirma que para obrar dolosamente debe el sujeto tener conocimiento acerca de ciertos elementos del delito, ¿a qué se están refiriendo concretamente los doctrinarios? ¿De qué situaciones o hechos debe tener conocimiento el sujeto? ¿En qué consiste en última instancia el elemento intelectual del dolo? Sobre este planteamiento ha habido un consenso mas o menos considerable en la doctrina, estimándose que el conocimiento se refiere a situaciones concretas que implican la representación y en consecuencia la previsión de la situación en su totalidad.

En este sentido, para actuar dolosamente el sujeto debe tener conciencia de las situaciones o factores que se señalan y desarrollan:

- *Carácter antijurídico del hecho. Significación o sentido antisocial del mismo.
- *Elementos de la descripción típica del hecho. Circunstancias fácticas que agravan la pena.
- *Previsión de los hechos futuros que pueden derivarse de su acción.(Delitos de Resultado).
- *Curso causal de la acción delictiva.

Carácter antijurídico del hecho. Significado o sentido antisocial del mismo:

Es necesario suponer que el sujeto conoce que su hecho es de carácter antijurídico, es decir, un hecho que se contrapone al orden jurídico-penal establecido. El sujeto debe conocer la naturaleza dañina que caracteriza ese hecho en concreto, debe saber de su carácter perjudicial. Esto consiste en una valoración, para ello el sujeto debe ubicarse en un plano axiológico que le permita valorar o medir las consecuencias nocivas del hecho que ha perpetrado. El sujeto debe saber que con su comportamiento se concreta la violación al deber de obediencia que impone el legislador a través de las normas de carácter jurídico-penal. Es decir, el sujeto debe saber que su conducta es desobediente con respecto al mandato legal.

Este conocimiento no debe nunca confundirse con el conocimiento técnico sobre el carácter antijurídico del hecho. Por el contrario es un conocimiento que está

fuera del contexto técnico-jurídico, ubicado en el plano estrictamente social del sentido común que tienen todos los ciudadanos, del alcance y significación social de sus actos.

“Cuando se trata del conocimiento de la significación, un puro juicio sobre lo que es (existencial) en el mundo de la realidad es insuficiente. Es necesario una comparación valorativa, o sea, un juicio de valor que supone una toma de posición axiológica, personal del autor” (Frías, 1996: 282).

Del mismo modo en que los expertos en el área jurídica tienen un conocimiento técnico de las nociones y conceptos que manejan, el ciudadano común tiene también un conocimiento sobre los hechos y su significado, que aunque profano y vulgar satisface las expectativas exigidas para actuar dolosamente.

Al decir de Antolisei (1988: 251):

es suficiente que el sujeto tenga conciencia del carácter antisocial del hecho, lo cual significa que el agente tiene que darse cuenta de que perjudica a otros, es decir, que lesiona o pone en peligro bienes que no le pertenecen. No es preciso que el agente juzgue como antisocial su comportamiento basta que sepa que ese comportamiento lo juzga antisocial la generalidad de los ciudadanos y por lo tanto el ordenamiento jurídico que es expresión de sus valores.

Elementos de la descripción típica del hecho. Circunstancias que agravan la pena: La descripción típica de cada hecho delictivo reposa sobre ciertos elementos que son utilizados por el legislador para definir y delimitar la acción delictiva en sí misma. Todo ello de conformidad con el principio de legalidad penal que exige precisión y exactitud en la descripción de las mismas.

Entre estos elementos pueden mencionarse los siguientes: el núcleo o verbo rector que da vida a la acción delictiva. En el caso por ejemplo del delito de hurto, el sujeto activo debe conocer qué significa hurtar y cual es el significado del

hecho de ... apoderarse de un objeto mueble quitándolo del lugar donde se hallaba sin el consentimiento de su verdadero dueño para aprovecharse de él. (Código Penal Venezolano, art 451).

También el sujeto activo y el pasivo son elementos que forman parte de la descripción típica, bien porque estén expresamente señalados en la norma o porque puedan inferirse del texto legal. En términos generales, por sujeto activo se entiende, la persona que despliega la acción delictiva, mientras que por sujeto pasivo se entiende la persona titular del bien jurídico que ha sido vulnerado por el delito. El sujeto activo debe estar en conocimiento -siguiendo el ejemplo del delito de hurto- de que no es dueño del objeto mueble del cual se apodera, el agente debe saber que ése objeto no le pertenece y que por tanto no puede ejercer sobre él ningún poder de disposición.

Igualmente el agente debe conocer cuál es el objeto sobre el cual recae su conducta, es decir, lo que es objeto de la acción delictiva. Debe conocer que el objeto mueble del cual se apodera es precisamente un objeto mueble que no le pertenece y frente al cual se está comportando como su verdadero propietario. En el caso por ejemplo del delito de homicidio, el sujeto activo del delito debe saber que su acción delictiva tiene como blanco una persona viva distinta a él.

De igual modo, al sujeto le corresponde conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la comisión del delito. Debe saber por ejemplo que está actuando durante la noche o en un lugar solitario y despoblado en el que las posibilidades de auxilio para la víctima se ven considerablemente disminuidas, y en esta medida aumentadas las posibilidades de éxito en su propósito criminal.

Actualmente en la doctrina penal se entiende que el conocimiento de los elementos del tipo penal no se refiere exclusivamente a los elementos descriptivos utilizados por el legislador en la ley, sino que también abarca los llamados elementos normativos del tipo que implican una valoración que se hace conforme a las normas de cultura imperantes, de acuerdo al sentido común o conforme a un conocimiento jurídico arcaico. Entre estas expresiones pueden señalarse aleatoriamente las siguientes: ajenidad, falsedad, pudor, engaño, bien mueble, embargo, funcionario, documento público, entre otros.

El actuar doloso exige el conocimiento de las diversas características del tipo, por tanto, cuando se trate de características típicas normativas se exige el conocimiento de su significación. Al igual que sucede con el conocimiento del carácter antijurídico del hecho, se exige una valoración paralela del autor en la esfera del profano, es decir, una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial (Mezger, 1949).

El desconocimiento de alguno de estos elementos traerá como consecuencia una valoración negativa en lo que respecta a la culpabilidad dolosa del sujeto, toda vez que al estimarse como esencial el conocimiento de los mismos no puede afirmarse la culpabilidad dolosa del agente.

Esta misma situación se plantea en relación a las circunstancias fácticas que funcionan como agravantes de la pena, su desconocimiento por parte del sujeto se traduce en la imposibilidad de aumentar el quantum de la pena, tal como lo indica el propio legislador. Si al momento del hecho el sujeto no tenía conocimiento de determinada situación que funciona como un agravante de la pena, el juzgador no puede imputar esta agravación como si el sujeto hubiese tenido conocimiento de ella y más aún como si se hubiese valido de tal conocimiento para actuar con mayor seguridad o perversidad.

En este mismo orden de ideas, el elemento intelectual del dolo implica, por parte del sujeto, el conocimiento de que a raíz de su conducta puede generarse un resultado que consiste en una modificación del mundo exterior, que puede percibirse por medio de los sentidos y a través del cual se concreta la lesión o afectación de los intereses jurídicos protegidos penalmente. Esto es, el sujeto debe tener conocimiento de los hechos, factores o situaciones que existen en la actualidad.

En igual medida debe ser **previsivo frente a los hechos futuros** que puedan desprenderse de su comportamiento delictivo, como su consecuencia inmediata. El conocimiento de esta previsión debe entenderse dentro de los límites del sentido

común, saber el sujeto que su comportamiento va acompañado de un resultado que es su derivación lógica y que constituye la concreción de un daño o perjuicio a los intereses de otra persona o de la sociedad en general, no precisa de conocimientos ni datos de carácter técnico, es un conocimiento que está ligado a los límites que impone la convivencia en comunidad y al sentido común.

A esta situación está íntimamente vinculado el conocimiento del **curso causal de la acción delictiva** que a criterio de algunos autores debe exigirse al sujeto y a criterio de otros no. Quienes se inclinan por su exigencia afirman que es necesario que el sujeto sepa los alcances y consecuencias objetivas y reales de su comportamiento, sólo así puede prever los hechos futuros. Sin embargo, en aquellos casos en los que la desviación del curso causal de la acción delictiva sea de tal naturaleza que no haya podido ser prevista por el sujeto, porque escapa a las condiciones en las que normalmente se producen este tipo de hechos, pudiera considerarse como una situación excepcional en la que debe pensarse la posibilidad de no declarar la culpabilidad dolosa del sujeto.

Es conveniente recalcar que casi nunca existe por parte del sujeto un conocimiento preciso sobre este aspecto en concreto, razón por la que, un considerable grupo de doctrinarios, se inclinan por la idea de no exigirlo como parte del conocimiento que debe tener el sujeto para actuar dolosamente.

Basta que el sujeto tenga una idea lo suficientemente aproximada del curso del suceso y que el resultado, que finalmente se ha producido, no difiera considerablemente de aquel que él se haya representado y al cual haya orientado, inequívocamente, su conducta. Esto significa que las divergencias irrelevantes, o de escaso valor, que se produzcan entre lo que el agente se representó y lo que finalmente muestra la realidad como resultado, no tienen ninguna trascendencia para la declaración de la culpabilidad dolosa.

De otra parte, el elemento volitivo o voluntario del dolo consiste en que el sujeto quiera y desee la realización de la acción típica y del resultado que está íntimamente ligado a ella. Se trata de la actitud que asume el sujeto frente a la representación del hecho. Es, finalmente, la voluntad de producir o materializar el hecho representado.

“La esencia del dolo no puede estar sino en la voluntad, de la cual es una fase” (Carrara, 1955: 205). La sola representación mental de los hechos, ni el conocimiento que de ellos se tenga, pueden por sí solos caracterizar el comportamiento del sujeto, es necesaria una manifestación de voluntad que concrete esa representación mental, mediante la cual se modifique el mundo exterior.

Es importante recordar que en los sistemas penales de origen demo-liberal, como el sistema jurídico-penal venezolano el principio de culpabilidad funda sus bases en el actuar conciente, libre y voluntario del sujeto, siendo ésta la base fundamental del juicio de culpabilidad penal. Es, precisamente, esta voluntad la que da sentido al ámbito volitivo del dolo, ya que a través de su manifestación es que se dará forma a los pensamientos. En derecho penal sólo la idea que se ha manifestado en la realidad fáctica puede llegar a dañar.

En notas anteriores se ha señalado que es costumbre en la doctrina identificar el dolo con la intención, de manera que resulta importante elucidar el contenido de este concepto, toda vez que de allí se desprende la posibilidad de graduar o no el contenido del dolo y llegar a establecer las distintas especies de dolo que se manejan actualmente en la doctrina.

Se entiende como contenido de la voluntad y por ende de la intención aquello que el sujeto persigue como objetivo de su actuar y aquello que es necesario llevar a cabo para conseguir ese objetivo. Esto significa que no sólo se quiere aquello que directamente se busca o se pretende conseguir sino también todo aquello cuya producción se asume o acepta como probable o posible en el curso de la búsqueda de lo directamente querido.

En materia penal querer no sólo significa desear algo, estar vinculado frente a ese algo desde el punto de vista afectivo, sino que también significa asumirlo y consentir en que se produzca. Es decir, el hecho de representarnos como probable o posible la producción de un evento que no queremos de manera directa y no modificar nuestra actitud frente a la posibilidad de la producción del mismo, evitando que éste se concrete en la realidad, significa, en el ámbito jurídico-penal, actuar dolosamente.

Se quiere lo que directamente se busca, pero también lo que se asume o consiente en el proceso de búsqueda de lo directamente querido. Ambas situaciones deben identificarse con el actuar doloso porque se identifican con el querer, es decir, con la intención que es en última instancia el contenido del aspecto volitivo del dolo. Cada una de estas situaciones genera una graduación o un nivel de vinculación, en lo que a la voluntad se refiere, entre el sujeto y la producción del evento. Estos niveles de graduación dan lugar a los distintos tipos de dolo reconocidos en la actualidad por la doctrina penal.

Sin embargo, resulta pertinente señalar que a nivel doctrinario existen fundamentalmente dos posiciones, en cuanto al contenido de la voluntad y en consecuencia, en cuanto al contenido mismo del dolo. ¿En qué circunstancias debe entenderse que una conducta ha sido asumida por el sujeto? ¿Cuándo puede señalarse que el agente ha consentido en la producción de determinado evento que no constituye el blanco directo de su conducta?

En la tarea de dar respuestas a estas inquietudes se han expuesto en la doctrina varias teorías, a saber: teoría de la voluntad, teoría de la representación y las posiciones eclécticas o intermedias. El contenido de la teoría de la representación no difiere en su esencia del contenido de la teoría de la voluntad y las opiniones eclécticas han pretendido -tal como lo indica su denominación- posiciones intermedias en las que convivan mutuamente los planteamientos tanto de la teoría de la voluntad como de la teoría de la representación.

La teoría de la voluntad puede considerarse como la teoría clásica del dolo, su aparición en el ámbito penal se debe quizá a la influencia de la noción civil del dolo en esta área de la ciencia jurídica. Entre sus representantes puede mencionarse a Carmignani, Feuerbach, Carrara, Binding, Beling, Mezger, von Hippel, Merkel, Rocco y Manzini, entre otros.

Estos autores señalan que la esencia del dolo debe estar en la voluntad de llevar adelante un acto que se sabe contrario a derecho. Sostienen que su planteamiento no supone el desconocimiento de la representación porque la voluntad de algo en concreto presupone necesariamente la representación de ese algo, sólo que

para que haya dolo debe existir en el sujeto algo más que la representación mental del evento; la sola representación no trasciende al ámbito jurídico, necesita de una voluntad concreta que le imprima cierta forma y le dé existencia en el mundo de los acontecimientos.

Para los representantes de esta teoría el dolo es intención y ésta significa “tender a”, es decir, encaminar la conducta hacia ese algo motivado por la voluntad que se tiene de concretar ese propósito que antes se previó. Afirmar que una persona es autor de un delito porque llevó a cabo dolosamente la conducta que tipifica el legislador, pero al mismo tiempo señalar que esa persona no quiso esa acción, es una contradicción, sin asidero lógico, para los exponentes de esta teoría.

Para la teoría de la voluntad, el dolo es, con respecto al delito, la dirección final que se imprime a la voluntad como forma de buscar la materialización del propósito que implica ese delito. El dolo no puede entenderse como una noción suspendida en el aire sin referencias en un hecho particular, dolo significa querer algo que se ha previsto, sólo cuando se ha querido ese algo puede decirse que hay dolo.

Tal como lo expresó Binding “... *querer es causar, en el sentido de que aquel que pone en movimiento una causa con consciencia de su cualidad causal, quiere lo causado*” (Jiménez de Asúa, 1964: 395).

La teoría de la voluntad no pudo sostenerse firme frente a los ataques de quienes consideraron que no podía residir en la voluntad la esencia del dolo, las respuestas a las interrogantes sobre qué es lo que debe hacerse con los eventos que se producen en el interin de la comisión de un hecho delictivo y frente a los cuales el sujeto muestra total indiferencia o desprecio, no fueron satisfechas por los planteamientos de esta teoría.

Es así como nace la teoría de la representación. Ciertamente no puede darse a la voluntad la trascendencia que le dieron los “voluntaristas” en lo que a la definición del contenido del dolo se refiere, pero ciertamente no puede ignorársele del todo.

Entre los máximos representantes de esta teoría puede mencionarse a Almendingen, Frank, Bekker, von Liszt, Mittermaier y Zitelmann, entre otros. Exponen estos autores que sólo lo representado puede ser querido, haber querido una acción significa que de manera previa se ha consentido en su resultado. “*No sólo se responde de los resultados queridos como fin de la conducta, sino de los ulteriores que se revelan en la consciencia como unidos de modo inevitable al acto querido. Basta pues que sean representados para que se estimen como queridos juntamente con aquel resultado*” (Jiménez, 1964: 399).

La teoría de la representación no desconoce la voluntad como parte del dolo, sólo expone que no puede asentarse en ella la verdadera esencia de éste. Dan por sentado los representantes de esta teoría que conocer las circunstancias que acompañan la acción delictiva significa hacerse una representación de esa acción y en consecuencia se quiere la acción y su resultado. Una hipótesis en la que se dice querer una acción desligada de su resultado, sin habérsela representado previamente no es una hipótesis ajustada a las reglas de la lógica.

Por esta razón, Frank conceptualiza el dolo como “... *la representación -la consciencia- del resultado de la acción, unida al conocimiento de aquellas circunstancias que la hacen punible. La esencia del dolo no debe encontrarse en la voluntad, en la resolución, en la decisión, sino en la previsión, en la representación*” (Cfr. Cousiño, 1975: 662).

De otra parte, las opiniones que quisieron conciliar la voluntad con la representación para configurar el contenido del dolo, también se hicieron presentes planteando que no pueden admitirse ninguna de las dos teorías antes expuestas por ser unilaterales y que por el contrario la noción del dolo debe estar conformada tanto por el elemento intelectual, representación del hecho y de su resultado, como por el elemento volitivo, de marcado acento afectivo, sin que este último elemento se desligue del intelecto que le da trascendencia en el ámbito penal.*

*A esta posición ecléctica se acogen autores que en un primer momento se inclinaron únicamente bien por la teoría de la voluntad o por la teoría de la representación.

En opinión de Muñoz (1999:43-45) el dolo es la “*conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito*”. El dolo requiere de un elemento intelectual que significa que el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica, tal conocimiento debe ser actual, pues no basta que el sujeto hubiera debido o podido saberlo; y además requiere de un elemento volitivo que supone voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar. Este autor distingue entre dolo directo y dolo eventual a partir de la mayor o menor intensidad con que se presente tanto uno como otro elemento, señala que entre la intención coincidente en todo con el resultado y el simple querer eventual de ese resultado, hay matices y gradaciones, no siempre perfectamente nítidos.

Para estar frente al dolo basta añadir a la voluntariedad general de la acción el conocimiento de los elementos de la conducta típica, lo que llevaría a pensar que la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino sólo del comportamiento humano. Sin embargo es suficiente con entender que el dolo es la voluntad conciente resultante, es decir, sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano y que dicho dolo implica querer en el sentido de aceptar, tal es el parecer de Mir (1996) en relación a la conceptualización general del dolo como parte de la estructura típica del delito.

En relación a ello Roxin (1997) se expresa en los siguientes términos: se distinguen tres formas distintas de dolo: la intención o propósito, el dolo directo y el dolo eventual... bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persiga, el sujeto prevé que se producirán con seguridad y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad... el dolo es saber y querer (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal.

Según Jescheck (1978) el dolo significa conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal... la voluntad consiste en la resolución de ejecutar la acción típica, se extiende a todos los elementos objetivos conocidos por el autor

y que sirven de base a la decisión de la acción. La resolución distingue al dolo de las meras ilusiones, deseos y esperanzas.

Un acertado análisis del dolo, como elemento de la culpabilidad, pasa por revisar el contenido de ambos elementos. No puede desconocerse la presencia de la voluntad en el actuar doloso y, de otra parte, no puede concebirse el comportamiento voluntario frente a un evento que no ha sido representado por el sujeto. Esto puede apreciarse mejor en un estudio comparativo entre el dolo y la culpa, entendidos ambos como formas de la culpabilidad. Basta con señalar que ambos elementos son de vital importancia en la conceptualización del dolo y que no podría delimitarse correctamente su contenido prescindiendo de alguno de ellos.

3.- Clasificación del Dolo de Acuerdo a la Teoría del Delito.

Tal Como quedó señalado anteriormente, la presencia de la voluntad en la estructura del dolo permite graduar el nivel de vinculación que se genera entre el sujeto y su comportamiento doloso, de allí surgen las distintas categorías de dolo que tradicionalmente han sido reconocidas en la doctrina penal.

En este sentido, se tomará una clasificación del dolo, en la que se exponen las formas verdaderamente importantes de esta categoría de culpabilidad, sin caer en exageraciones que generen confusiones y obstruyan la posibilidad de comprensión de aquello que es totalmente claro.

Las categorías de dolo que conforman la clasificación que se desarrollará de seguida son las siguientes:

- Dolo directo inmediato
- Dolo directo mediato y
- Dolo eventual.

Dolo Directo Inmediato.

Esta forma de dolo se caracteriza porque en él “... *la voluntad es intención que va derechamente dirigida a la acción o al resultado... la voluntad va dirigida al fin inmediato que intencionalmente se propone el autor*” (Frías 1996: 286).

En este tipo de dolo la voluntad y la representación coinciden en la idea de conseguir un propósito concreto hacia donde va dirigida en forma definida la voluntad. El sujeto se representa el evento e imprime a su voluntad una dirección precisa en función de esa representación, hacia donde se dirige de manera inequívoca. Tanto la acción del sujeto como el resultado de ésta, se corresponden totalmente con su intención y su previsión. Al decir de Maggiore (1997:424),

“... se tiene dolo determinado (directo inmediato) cuando la intención exclusiva e inequívocamente se dirige hacia el delito cometido” (1954: 587). Para Muñoz Conde, estamos frente a esta figura cuando “el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad) (1999:45). Para Jescheck esta forma de dolo “significa que el autor sabe seguro que concurren o van a realizarse durante su acción determinados elementos del tipo, y en particular que prevé como segura la producción del resultado típico”(1978: 403); Roxin lo conceptualiza afirmando que “representa un “querer” la realización del tipo aún cuando el resultado sea desagradable para el sujeto. Las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aún cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias”

En el dolo directo inmediato tanto la voluntad como el intelecto que se ponen de manifiesto en la comisión de un hecho delictivo alcanzan su mayor nivel de perfección, llegando a identificarse plenamente con el propósito criminal que el agente se ha planteado, generando así la vinculación más estrecha que desde la perspectiva psicológica pueda establecerse entre un sujeto y su comportamiento, entendido éste como su decisión libre y consciente

Dolo Directo Mediato

A este tipo de dolo se le llama también dolo de consecuencias necesarias y se presenta en aquellos casos en los que el autor, aunque no quiere directamente la producción de ciertos eventos y ni su intención ni su voluntad van directamente

encaminadas a lograrlos, el sujeto los consiente y asume permitiendo en última instancia su producción.

Con respecto a esta materia han afirmado los doctrinarios, que querer es un término que adquiere en el ámbito jurídico-penal una connotación distinta a la que tiene en el lenguaje vulgar. Querer no significa simplemente desear algo, significa orientar la voluntad en función de un propósito concreto que previamente se ha previsto y representado mentalmente, de manera que todo aquello que en los términos normales de la lógica haya sido abarcado por la previsión, debe entenderse como querido por el agente.

Se quiere aquello a lo que directamente se encamina la voluntad, pero también, aquello que, unido a lo directamente querido, se prevé como parte del todo que constituye el hecho que deliberadamente se pretende conseguir.

Welzel explica claramente en qué consiste el dolo directo mediato en estas notas sobre la acción final. Señala este autor

“...una acción final de homicidio no sólo existe cuando la muerte era el objetivo principal de la actividad volitiva, sino también... cuando era solo la consecuencia accesoria necesaria aceptada por el agente. Una acción final puede, por tanto, poseer varios sentidos de acción merced a su referencia a las varias consecuencias producidas eventualmente” (Jiménez, 1964: 569).

En el dolo directo mediato están presentes tanto la voluntad como la representación, tal como sucede en todos los tipos de dolo, sin embargo en esta categoría del dolo la representación abarca el evento que directamente quiere y busca el agente, conjuntamente con los hechos a los que no va directamente encaminada la voluntad y que están unidos de manera necesaria al firme propósito del agente.

Finalmente, puede señalarse, que el dolo directo mediato se da cuando el sujeto al dirigir su voluntad hacia un determinado resultado que quiere directa o inmediateamente, se representa otros efectos o consecuencias que están unidos a

tal resultado en forma necesaria. Tales consecuencias necesariamente unidas al resultado directamente perseguido por el sujeto son también queridas por él, en cuanto que, en razón del vínculo necesario que las une a lo directamente querido, se entiende que el individuo ha consentido en ellas, aprobándolas y aceptándolo en su voluntad su producción.

Mezger (1949: 152) expresa estas ideas en los siguientes términos:

“La representación de que con el resultado intencionalmente perseguido están ligados, y, en verdad, necesariamente ligados otros resultados ulteriores. Cuando existe esta situación de hecho, es ya suficiente por sí sola para designar como querido a este resultado necesario de la acción. La representación de la conexión necesaria, traslada también necesariamente la voluntad de la acción al resultado concebido como necesario. Y es indiferente en que este último sea deseado o no por el sujeto, pues el efecto intencionalmente perseguido era para el autor, en tales casos, aún más deseado que la evitación de la consecuencia necesariamente ligada a él y por ello se le imputa al agente como querida esta consecuencia necesaria”.

La hipótesis de dolo directo mediato se presenta cuando el resultado no querido explícitamente por el agente aparece tan necesariamente ligado al evento directamente querido que su aceptación implica un querer que debe considerarse indirecto, pero en todo caso un querer caracterizado por una actuación voluntaria del sujeto.

Estimar que una cosa está necesariamente unida a otra y afirmar que se prevé y se quiere sólo una de ellas no es posible ni lógica ni jurídicamente.

Jiménez (1964:571) expresa estas ideas en los siguientes términos:

“...se puede no desear un resultado, pero si lo que queremos se liga a otro efecto antijurídico, que nos representamos como inexorablemente unido a nuestro propósito, al realizar éste, tenemos que acatar las otras consecuencias luctuosas, que entran

así en nuestra intención. Es evidente que la imputación de estas consecuencias necesarias de un hecho cuyo resultado se quiere, ha de hacerse a título de dolo, aunque esas consecuencias se presenten como no deseables”.

Finalmente es importante señalar que actualmente este tipo de dolo es incluido en la categoría del dolo directo y las distinciones que corresponden en la práctica a las situaciones que pertenecen a uno u otro caso, se hacen a partir de la noción de grados. En este sentido se han expresado Muñoz Conde, Roxin, Jescheck y Mir Puig entre otros.

El Dolo Eventual

El dolo eventual representa quizá el punto más álgido en la teoría de la culpabilidad dentro del universo de la teoría del delito. Su contenido pone a prueba la validez de todas las afirmaciones hechas a propósito del dolo, entendido como actuación consciente y voluntaria del sujeto y visto desde una perspectiva general.

La expresión “dolo eventual” se debe, históricamente, a Bohemero, quien por primera vez la utiliza para referirse a la previsión del resultado. Posteriormente en los albores del Derecho Penal, trabajan esta noción, Putmann y Feuerbach (Jiménez, 1964).

La categoría de dolo eventual es reconocida actualmente por la doctrina penal universal y es acogida en la gran mayoría de las legislaciones del mundo, en algunas de las cuales incluso es definida por el propio legislador, en el texto de la ley.

El dolo eventual puede entenderse como la forma menos perfecta o en todo caso menos intensa del dolo, por esta razón ha despertado tanta polémica el tratar de deslindar sus límites, con la llamada culpa consciente, que constituye si se quiere la categoría más extrema de las formas de expresión culposa del comportamiento humano.

Sin embargo, más allá de los problemas que por su propia naturaleza traiga consigo esta noción, no debe olvidarse que se trata de una categoría del dolo y

que es dentro del concepto general del dolo donde debe buscarse su validez teórica y científica.

Tal como lo señala von Liszt...

el dolo se da incondicionalmente cuando el autor tiene por seguro la producción del resultado y se da condicionalmente cuando el autor sólo lo tiene como posible, es decir, bajo la condición de que el autor no haya evitado la producción del resultado, pues no había llegado a la conclusión: “el resultado no sobrevendrá” (S.F. 413).

En términos generales puede afirmarse que la eventualidad de esta categoría de dolo se debe a que el resultado antijurídico que el agente se ha representado o ha previsto, puede presentarse o no y aun cuando el sujeto no esté seguro de ello. Es decir, el resultado antijurídico puede o no presentarse, y en esta posibilidad reposa la inseguridad del sujeto de que el mismo llegue a producirse. Por esta razón, con respecto a ese resultado criminoso, el dolo, es eventual “*En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como probable producción y aunque no quiere producirlo, sigue actuando admitiendo la eventual realización*”(Muñoz, 1999:45)

Esta falta de seguridad en la producción o no del resultado antijurídico es lo que distingue el dolo eventual del dolo directo inmediato, en el cual el agente se representa un resultado antijurídico que deliberadamente quiere y que trata de lograr encaminando su voluntad a la obtención del mismo; y del dolo directo mediato, en el que el sujeto tiene la certeza de que el evento antijurídico, que no quiere directamente, siempre se producirá, por estar irremediabilmente unido al evento querido directamente por él.

Es indudable que el agente se representa la posibilidad de que el hecho se produzca, de no ser así se estaría invadiendo un ámbito conceptual distinto al del dolo eventual. Efectivamente para el agente existe la posibilidad de que el suceso

se produzca en la realidad, así se lo debe haber representado y sin embargo actúa.

Esta representación no obsta para que el sujeto desista de su actuación y en consecuencia abandone la conducta a partir de la cual es probable que se genere el resultado criminoso. Es, a partir del no abandono de su comportamiento, de su evidente falta de interés porque no se produzca el hecho dañoso, que el sujeto previó, de donde surge la responsabilidad penal a título de dolo eventual.

En estos casos el reproche que corresponde al sujeto no puede ser a título de culpa sino a título de dolo eventual, porque la conducta del agente rebasó los propios límites de la imprudencia, de la negligencia, de la impericia y de la inobservancia, debiendo ubicarse la conducta dentro de los límites de la temeridad máxima o por encima de ésta. Este obrar temerario, consciente y voluntario, no puede confundirse con la simple imprudencia sino que debe valorarse como un obrar que al sobrepasar sus límites se transforme en una conducta temeraria, temible o peligrosa, que conlleva a la comisión voluntaria y consciente del delito (Martínez, 1988).

Si bien es cierto que el agente no quiere directamente el hecho delictivo -y así lo manifiesta- también es indudable que no ha querido evitarlo, porque la simple representación o previsión del mismo como posible, debería servir de condicionante al comportamiento del sujeto, haciéndole desistir de su conducta y sin embargo el sujeto actúa, asumiendo o consintiendo todo aquello que pudiese presentarse con motivo de su actuación.

En este orden de ideas se expresa también, Frías (1996: 287) al señalar que “... el dolo eventual sólo existe con relación a un resultado o una consecuencia que ha sido representada o prevista por el agente de una manera posible o aún probable”

Esta posibilidad o probabilidad del hecho es consentida y asumida por la voluntad del sujeto “...lo hipotéticamente posible en la representación, es hipotéticamente seguro en la voluntad... El asentimiento de lo representado

como posible, entra en la amplia fórmula de la voluntad consciente que caracteriza el dolo común” (Jiménez, 1964: 618).

El no querer el agente del delito, evitar el hecho, es demostrativo, desde el punto de vista psíquico, que el mismo forma parte del todo que podría denominarse “propósito criminal” del agente. En este sentido, surge para él la responsabilidad de carácter penal que trae consigo la comisión del hecho.

Lo que verdaderamente caracteriza esta categoría dolosa es esa especial forma de aceptación que expresa el sujeto frente al evento que posiblemente se producirá, pero que no es directamente querido ni deliberadamente buscado por el mismo. En tal sentido,

“obra con dolo eventual quien habiendo representado la producción del hecho típico como una consecuencia posible de su acción, acepta en su voluntad esa alternativa para el caso hipotético de que se realice ... En la actitud interna del sujeto el hecho típico no es un objetivo perseguido, sino una alternativa cuya posible realización le es indiferente” (Cury, 1992: 309)

Resulta pertinente señalar que el resultado criminoso que se imputa al agente, a título de dolo eventual, no necesariamente debe originarse de un actuar en forma ilícita. En todo caso, lo que se cataloga como ilícito es el resultado que se deriva de la actuación del agente, la cual no iba directamente encaminada a obtenerlo, pero que en todo caso, el agente se representó y consintió durante el proceso de actuación generadora del daño.

En este sentido, Jiménez (1964:585) conceptualiza el dolo eventual en los siguientes términos: “... hay dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo”

Esta conceptualización es demostrativa de la afirmación hecha anteriormente con respecto a la posibilidad del carácter lícito del hecho de donde se deriva el

suceso que se imputa al agente a título de dolo eventual. Cuando Jiménez (1964) de Asúa señala: “... *con tal de obtener el efecto que quiere ante todo*”, no debe entenderse necesariamente que dicho efecto es de naturaleza ilícita. El sujeto quiere ante todo llevar adelante una conducta que aunque no sea ilícita, sirve de origen a la posibilidad de que se produzca un hecho criminoso, como el que efectivamente se produce dando lugar a la aplicación de una pena.

El deseo del agente de llevar a cabo la conducta de la cual puede derivarse el efecto criminoso que se le imputará a título de dolo eventual, es, mucho más determinante para él que el abandono de su plan frente a la incertidumbre de que se produzca dicho efecto. Por esta razón afirman los doctrinarios que el hecho criminoso que finalmente se produce debe cargarse a la cuenta de los actos voluntarios del sujeto. Es decir, el hecho le pertenece bajo la forma dolosa de expresión del comportamiento, por haber sido previsto por él y asumido como parte de su comportamiento voluntario.

De igual forma, puede apreciarse la importancia que da el autor tanto al aspecto volitivo o manifestación de voluntad, como al aspecto cognitivo del dolo o representación del evento, integrando ambas nociones en esta conceptualización, reafirmando la idea de que el desconocimiento de alguno de estos elementos impediría arrojar un concepto técnicamente válido de este elemento de la culpabilidad.

La sola representación de la posibilidad del evento desnaturaliza el dolo como concepto jurídico y la voluntad no puede por sí sola fundamentar una imputación a título doloso. De forma tal que ambas nociones deben conjugarse en la configuración del concepto de dolo.

En este sentido, es acertada la siguiente afirmación de Jiménez (1964: 586) en cuanto a la posición que debe asumir cada elemento en el concepto mismo del dolo: “... *el dolo eventual será la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento consiente la voluntad*”

El sujeto se representa el hecho antijurídico como un efecto posible que, en virtud de su carácter eventual, y al ser asumido por su voluntad, finalmente se

produce. No debe confundirse la posibilidad de que el evento criminoso se lleve a cabo, con la posibilidad de que el sujeto se lo represente como probable.

La representación del evento siempre debe estar presente en la hipótesis de dolo eventual y el sujeto asumirá siempre la conducta que lo llevará finalmente a concretarlo. Lo que no es seguro para el sujeto, es que a partir de su conducta, efectivamente el hecho se produzca, es decir, existe para el sujeto un cierto nivel de duda e incertidumbre, pero no con respecto a la representación del hecho sino con respecto a la producción efectiva del hecho.

Por ello Mezger afirma que (1949: 163) “... las consecuencias de la acción no debe habérselas representado el autor como ligadas necesariamente al resultado propuesto, sino como posiblemente ligadas”. En caso de admitir que las consecuencias están necesaria y no posiblemente ligadas al hecho del agente, significa estar dentro del campo de acción del dolo directo mediato, de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias en el cual el sujeto tiene la certeza de que su acción delictiva está inseparablemente unida a otro efecto o consecuencia criminosa.

Es significativo aclarar que, para dar paso a la categoría del dolo eventual, el sujeto no debe confiar ni estar esperanzado en que su habilidad o destreza impedirán la producción del hecho criminoso que pudiese resultar de su conducta, porque esa confianza del sujeto denotaría, desde la perspectiva psicológica, una especie de no aceptación o una desvinculación del sujeto con el hecho, desde el punto de vista del querer, ubicando esta hipótesis en el ámbito de la culpa, más específicamente en el ámbito de la culpa con representación o culpa consciente.

La aceptación o asentimiento que pone de manifiesto el sujeto con respecto al resultado antijurídico que se puede producir por su comportamiento, extrae automáticamente este evento del ámbito de la culpa, para ponerlo a cargo del comportamiento voluntario y consciente del agente, es decir, para adjudicarlo a su autor a título doloso.

Finalmente en Venezuela, Arteaga (1992:132), en acuerdo con las ideas hasta ahora expuestas con respecto al dolo eventual señala:

... que si el sujeto prevé la posibilidad de que el resultado se verifique y a pesar de ello actúa, aceptando el riesgo de que se produzca tal resultado o actuando sin la segura convicción de que no se producirá nos encontramos ante la figura de dolo eventual...

Teniendo en consideración tanto la representación como la voluntad del sujeto, este autor expone las ideas básicas sobre las que descansa la noción de esta categoría de dolo, esto es, la representación de un efecto criminoso que es finalmente consentido por el sujeto y aceptado en su voluntad.

En el mismo orden de ideas, y haciendo énfasis en la situación de inseguridad que acompaña la decisión del sujeto, se expresó, anteriormente, Mendoza (1971: 218) al señalar que: “... cuando entre la intención y el resultado interviene una duda, una incertidumbre, entonces existe dolo eventual. Este actuar en duda está regido por la posibilidad, no por la seguridad, de que se llegue a un efecto desagradable que resulta ser antijurídico”

Tal como puede apreciarse, estos autores venezolanos coinciden con las ideas hasta ahora expuestas sobre el dolo eventual, afirmando que esta figura se caracteriza por una situación de incertidumbre con respecto a la producción de un evento dañoso, que siendo representado por el sujeto es asumido por su voluntad y efectivamente producido en la realidad.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la noción de dolo eventual exige la presencia tanto de la representación del hecho como de la voluntad del sujeto de acoger en su conducta la posibilidad de que el evento se produzca. Es precisamente esta orientación que da el sujeto a su voluntad, es decir, en el hecho de asumir en su conducta la posible materialización del resultado antijurídico, lo que caracteriza en última instancia esta categoría del dolo.

4.- El Dolo Eventual. Validez Científica

Tal como se ha venido exponiendo, el dolo eventual es una categoría de comportamiento doloso reconocida universalmente por la doctrina penal,

caracterizada por el hecho de que el sujeto asume, en su voluntad, la posibilidad de que se concrete un resultado dañoso que se desprende de su comportamiento lícito o ilícito.

¿De qué manera las circunstancias que particularizan esta categoría del dolo son asumidas en un planteamiento teórico válido o, en otras palabras, tiene validez el dolo eventual y bajo qué condiciones es aceptado por la dogmática jurídico-penal?

De acuerdo a lo que se ha venido planteando, la hipótesis de dolo eventual se presenta cuando el sujeto prevé que de su conducta pueda, posiblemente, derivarse un efecto dañoso o perjudicial y esta representación no obsta para que el sujeto modifique su actitud o desista de su comportamiento.

Esto significa que, el sujeto, más allá de representarse la posibilidad del resultado dañoso quiere irreversiblemente llevar adelante su acción, su comportamiento, concretando la posibilidad de que el resultado antijurídico efectivamente se produzca. La sola representación de la posibilidad del hecho no se considera como un factor de interés para el Derecho Penal, ya que ésta por sí sola no tiene ninguna relevancia o trascendencia jurídica. El solo pensamiento de la persona no produce efectos nocivos a los bienes que el Derecho Penal protege.

Sin embargo, esta representación significa que el sujeto tiene conciencia del evento, en este caso tiene conciencia de la posibilidad de que el evento se produzca. De manera que en esta hipótesis la sola representación no debe entenderse como simple pensamiento que tiene el sujeto sobre lo que posiblemente pueda pasar, sino que debe entenderse como una previsión, perspectiva desde la cual sí adquiere relevancia jurídica. La previsión es más que un pensamiento, es un pensamiento con conciencia de lo que se piensa y en consecuencia brinda al sujeto la posibilidad de encaminar su voluntad; su hacer o no hacer en función del significado de esa conciencia.

En la previsión, el sujeto valora el alcance de lo que piensa, mide sus consecuencias y sopesa la trascendencia de su comportamiento frente a lo representado. Previsión no es simple representación de lo que pudiera pasar,

prever es medir el alcance de los acontecimientos y, en ese sentido, orientar su comportamiento; todo ello en función de la premisa de considerar al ser humano en su carácter libre.

Esta orientación que el sujeto pone de manifiesto en su actitud frente a la previsión que implica el dolo eventual, es demostrativa de una característica fundamental de esta categoría de dolo, como lo es el hecho de asumir, de aceptar, de consentir que el resultado antijurídico se produzca. Esa actitud de consentir o de aceptar significa que el sujeto asume la producción del evento dañoso en razón de lo cual se le adjudica como producto de su comportamiento libre y consciente.

Sobre el particular han sido muchas las expresiones que se han utilizado en la doctrina para calificar la manera en la que el hecho no querido directamente por el sujeto llega a formar parte de su voluntad, a saber: “asumir”, “consentir”, “aceptar”, “asentir”, “aprobar”, “dar anuencia”, entre otras. El sentido que adquieren estas expresiones en el ámbito jurídico-penal denota la posibilidad de adjudicar al sujeto la responsabilidad de un hecho que no quiere en forma directa, pero que pudiendo evitarlo en función de la representación que sobre el mismo se formula, no lo hace; es decir, frente a un hecho que quiere en segunda instancia, que acepta o asume. No otro sentido debe darse a tales expresiones. Al respecto Jiménez (1964:617-618) apunta que:

“El elemento voluntad es esencial y asentir es un acto volitivo. Por eso no hay dolo eventual cuando no existe consentimiento del agente en la hipotética representación, que se ratifica para el supuesto de que lo posible se transforme en cierto... El asentimiento a lo representado como posible entra en la amplia fórmula de la voluntad consciente que caracteriza el dolo común”

“Es correcto exigir para el dolo eventual que pueda hablarse de un verdadero “querer” como “aceptar”. También es acertado señalar que para ese aceptar baste el “conformarse con” y que no requiere tanto como desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado. Pero dicha forma de querer concurre necesariamente siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente la conducta

que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto. Quien “toma en serio” la probabilidad del delito en el sentido de que no la descarta, ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa”(Mir Puig, 1996:248)

La representación del hecho, es decir, la previsión que tiene el sujeto de que el resultado dañoso pueda verificarse, debe funcionar como una advertencia al sujeto para que éste desista de llevar adelante su conducta y cambie el curso de su comportamiento a fin de asegurarse que de su comportamiento no surgirá el resultado dañino.

Sin embargo, esto no sucede y el deseo del sujeto de materializar su comportamiento es, en todo caso, más vehemente y firme que el hecho de abandonar su propósito, lo cual implica no sólo su conducta sino también la posibilidad de que el evento dañoso se verifique.

Esta inseguridad que se hace presente para el sujeto con respecto al hecho de que aparezca o no ese resultado dañoso, debe funcionar, en la idea de cualquier persona previsiva y que efectivamente no tiene la intención de causar deliberadamente un resultado antijurídico ni de asumirlo como resultado de su actuación, como un factor que le hace desistir en su propósito.

En la representación que se hace el sujeto de la situación total del hecho está presente la inseguridad e incertidumbre frente a la posibilidad de que el evento se produzca. Esta situación debe retraer la conducta del agente, debe modificar el curso de su manifestación de voluntad, de lo contrario es pertinente afirmar que al representarse el hecho y no desistir de él en función de querer que lo posible se haga real, el sujeto está asumiendo el riesgo que implica el hecho y tal como se señaló anteriormente, ésta actitud también forma parte del querer. Esto significa que por medio de la concreción de la voluntad, el sujeto consiente la producción de su propósito criminal.

En tal sentido, el sujeto asume en su voluntad la producción del resultado antijurídico y en una actitud de indiferencia frente a lo que establece la norma y

de desprecio frente a lo previsto por él, decide actuar más allá de sus inseguridades y dudas.

“Hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna, a la eventual realización de un delito, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia conciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo” (Bustos:1997:427)

Tal como anteriormente se ha señalado, querer no significa siempre - a los efectos del derecho penal- encaminar la voluntad y la intención de forma directa a la obtención de un objetivo específico, significa también asumir, aceptar o consentir que algo suceda.

Si el sujeto tiene conciencia de la situación, es decir, si tiene un conocimiento de las cosas proveniente del sentido común, y en base a este conocimiento actúa y da sentido a su voluntad, se tiene, evidentemente, una hipótesis de comportamiento doloso. Si además, dentro del conocimiento del sujeto está la posibilidad de que se produzca un resultado antijurídico y éste de igual forma actúa y concreta en hechos esta representación en una manifestación de voluntad, se tiene la hipótesis de dolo eventual, porque su voluntad no se ha modificado frente a la representación, bien de lo seguro o de lo posible.

Tal como lo señala Mezger (1946) sólo de una manera esporádica es incluido el ámbito de la duda, en la forma más grave de la culpabilidad, en el dolo, pero tampoco es posible no tomar en cuenta en absoluto, en la esfera del dolo, el ámbito de la duda, pues también lo posible puede ser recibido en la voluntad.

De esto se deduce que la validez científica del dolo eventual reposa en el asentimiento que tiene el sujeto frente a lo que antes se ha representado, toda

vez que este asentimiento significa aceptar desde el punto de vista de la voluntad libre y consciente tal representación.

En este sentido, se estima acertada la tesis de Martínez (1988) en Venezuela sobre el comportamiento temerario, consciente y voluntario que expresa el sujeto y que excede los límites del obrar imprudente como forma de comportamiento culposo.

Ha sido ampliamente desarrollada en la doctrina penal nacional e internacional la naturaleza voluntaria del actuar culposo, el sujeto que despliega una conducta imprudente, imperita o negligente actúa sobre la base de la expresión de un comportamiento voluntario, es decir, manifiesta una conducta que es producto de su decisión libre, sólo que las características de su comportamiento traen como consecuencia un resultado antijurídico.

Más sin embargo, el sujeto, con ese comportamiento, no busca deliberadamente un resultado antijurídico, su actuación no está impregnada de un propósito criminal. En la hipótesis culposa existe un actuar descuidado, negligente o imperito del que se desprende un resultado antijurídico. Estas formas de comportamiento no puede confundirse con el descuido que sobrepasa todo límite de la imprudencia propiamente dicha, en la que el sujeto asume en su voluntad aquello que se ha representado como posible o probable y que sin temor alguno de enfrentar el riesgo que significa la posibilidad de daño, llevar adelante su comportamiento.

En el comportamiento culposo el sujeto no asume la producción de un resultado antijurídico, éste se desprende de la naturaleza propia de su actuación, pero nunca ha estado ni en la representación ni en la voluntad del sujeto, por tanto no puede afirmarse que éste lo asuma.

En el caso de la hipótesis del dolo eventual, el sujeto demuestra tener dominio y control sobre la dirección que imprime a su conducta, de manera que por encima de la representación de la posibilidad de que se produzca el resultado antijurídico, el sujeto ha decidido libremente actuar y llevar adelante su comportamiento, asumiendo el riesgo de que efectivamente este resultado antijurídico se produzca.

Al representarse la posibilidad del resultado y asumir dicha representación en su voluntad, el sujeto ubica su comportamiento en el ámbito del dolo, extrayéndolo de la culpa en la que el sujeto simplemente despliega una conducta voluntaria que por sus características trae como consecuencia un resultado no querido por él, pero que tampoco ha evitado.

Es precisamente este poder de control que puede ejercer el sujeto sobre su conducta lo que determina que decida no desistir de la idea de llevar adelante su comportamiento y en consecuencia asumir la posibilidad de causar un resultado antijurídico, concretando así la hipótesis del dolo eventual. Para distinguir el dolo eventual de la simple imprudencia, señala Roxin (1997:425) que el

“dolo es la realización del plan, mientras que la imprudencia consciente es sólo negligencia o ligereza... En el dolo eventual los sujetos no actuaron de manera descuidada o irreflexiva, sino que se dieron perfecta cuenta de que su actuación podría conducir fácilmente a la muerte de “M” y precisamente por eso renunciaron a ese plan. Cuando después al fracasar el plan sustitutivo, volvieron al proyecto original se arriesgaron conscientemente a la muerte de “M” por muy desagradable que les resultara tal consecuencia. Incluyeron en su cálculo la -eventual- muerte de la víctima, la hicieron parte integrante de su plan y en esa medida la quisieron”

La responsabilidad penal que nace a propósito de esta categoría de dolo, es real toda vez que el comportamiento del sujeto es, como en todo comportamiento doloso, su decisión libre y voluntaria además de consciente. Su comportamiento abarca no sólo su actuación, su conducta como expresión de voluntad, sino también lo que posiblemente puede derivarse de esa actuación como un riesgo que el sujeto asume.

Sin embargo, y aunque esto ciertamente constituya materia de otro trabajo de investigación, debe reflexionarse sobre la denominación misma de esta categoría de dolo. Si bien es cierto que el sujeto se representa la posibilidad del resultado antijurídico y que a pesar de ello decide actuar, es también cierto que el dolo,

como forma de expresión del comportamiento humano, está presente antes de que dicho resultado se realice, de manera que la eventualidad no es una característica del comportamiento doloso sino de la aparición del resultado antijurídico que el sujeto se representa y que asume en su conducta.

El dolo, como expresión del actuar consciente y voluntario del sujeto está presente desde el momento mismo en que éste decide actuar, es decir, desde el mismo momento en que el sujeto despliega la conducta en la que asume la posibilidad de que el resultado se produzca. Si se analiza detalladamente la hipótesis del dolo eventual puede observarse, que del comportamiento del sujeto podría eventualmente derivarse ese resultado, de modo que la conducta ya ha sido desplegada y esto ha sido de manera libre, consciente y voluntaria, es decir, en forma dolosa.

De esta conducta del sujeto, puede o no originarse el resultado antijurídico que éste se ha representado. En caso de que dicho resultado antijurídico no se produzca, la conducta del sujeto no tiene relevancia para el derecho penal a menos que el propio comportamiento del sujeto, más allá de la aparición o no del resultado que posiblemente pueda presentarse, sea por sí mismo antijurídico. En caso de que el resultado se produzca, esta producción, en tanto que hecho delictivo, se habrá producido por la vía del dolo eventual.

5.- Conclusiones.

* La Culpabilidad constituye uno de los elementos estructurales del delito e implica un análisis en el aspecto subjetivo del mismo, atendiendo a la evaluación de la psiquis del agente del delito. La Culpabilidad tiene una base profundamente subjetiva o psicológica, informada de elementos objetivos o circunstancias externas, que permiten su graduación de conformidad con la circunstancialidad que rodea la producción del evento criminoso.

* En Venezuela la culpabilidad se maneja y se concibe a partir de dos nociones fundamentales: la libertad y la conciencia. Para que un sujeto sea señalado como culpable y por ende responsable penalmente de la producción de un hecho

delictivo, debe haber actuado exento de toda coacción o constreñimiento y además debe tener conocimiento de lo que hace y fundamentalmente del carácter antijurídico de sus hechos. El elemento libertad determina la voluntariedad que presume el legislador en todo comportamiento delictivo.

* No todo comportamiento típico y antijurídico tiene trascendencia para el Derecho Penal, pues para la determinación de la responsabilidad penal no sólo importa que el sujeto haya sido la causa material del delito sino también y por sobre todo, la causa moral, esto es, que el hecho le pertenezca en niveles de absoluta libertad y conciencia. Los comportamientos delictivos que no se hayan producido bajo estas condiciones carecen del elemento culpabilidad y no son capaces de generar responsabilidad penal.

* La culpabilidad se expresa fundamentalmente bajo la forma dolosa y bajo la forma culposa. El dolo implica una actuación voluntaria. Esta voluntariedad no siempre tiene una orientación directa y lineal, de manera que no en todos los casos el sujeto produce, únicamente, el resultado planteado, sino que en algunas situaciones el sujeto actúa con un propósito criminal definido, aunque su comportamiento delictivo esté orientado hacia la obtención de un fin determinado, el sujeto asume otras consecuencias jurídicas frente a las cuales está totalmente seguro o frente a las cuales no tiene sino sólo una gran incertidumbre. En el caso de esta última, la situación se maneja a partir de la aceptación de un riesgo que podría generar daño. Tales resultados aunque no son queridos directamente siguen formando parte de la voluntad del sujeto.

* En el dolo eventual el sujeto decide libremente llevar adelante su comportamiento más allá de la representación de que posiblemente pueda concretarse un resultado antijurídico. Es precisamente en esta dirección que el sujeto imprime a su voluntad, donde reposa la distinción de esta categoría de dolo con la culpa consciente y donde puede fundamentarse su validez científica. En el dolo eventual el sujeto asume en su voluntad no sólo lo que decide hacer sino lo que en su hacer se le presenta como posible o probable. En esta transformación del riesgo en lesión, el factor determinante es la voluntad del sujeto, la cual se pone de manifiesto cuando el sujeto acepta tomar para sí la

situación de riesgo, abandonando voluntariamente la posibilidad de no seguir actuando y en consecuencia de eliminar el riesgo latente y por tanto el posible daño. Esta decisión depende directamente de la manifestación de voluntad del sujeto y nunca, únicamente, de la representación mental que el sujeto tenga de lo que podría sobrevenir.

* El dolo eventual se caracteriza por la actitud que pone de manifiesto el sujeto al asumir un riesgo que podría llegar a convertirse en daño o lesión. La culpa se caracteriza por la indiferencia que demuestra el sujeto en prestar la debida atención en el comportamiento que despliega. En el caso del dolo el sujeto tiene conciencia de que asume un riesgo y de que a partir del mismo pueden generarse resultados, es decir, es un actuar conscientemente riesgoso, conscientemente peligroso para los bienes protegidos en la ley, es en última instancia un actuar temerario. En el caso de la culpa el sujeto no tiene conciencia de que producirá resultados dañosos, su actuar es inocentemente descuidado, y aunque voluntario porque es libre, no es intencional, no existe propósito criminal al cual dirigirse. Aceptar o consentir que un daño se produzca asumiendo para sí la situación de riesgo que la origina es distinto a producir resultados antijurídicos por falta de la debida atención que exige determinada situación. En ambos casos el sujeto se vincula psíquicamente con su hecho, pero cada hipótesis exige una actitud diferente por parte del sujeto. Esta independencia en el comportamiento del sujeto en uno u otro caso es lo que marca la diferencia cualitativa entre dolo eventual y comportamiento culposo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo B, N. (1992) *Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito*. Santa fe de Bogotá.
- Antolisei, F. (1988). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.
- Arteaga S., A. (1992). *La Culpabilidad en la General del Hecho Punible*. Caracas: Editorial Jurídica Alva.
- _____ (1997). *Derecho Penal Venezolano*. Caracas: Mac Graw- Hill.
- Bettiol, G. (1965). *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Editorial Temis.
- _____ (1995). *El problema penal*. Buenos Aires. Argentina: Editorial Hammurabí. S.R.L.
- Bustos R., J. (1986) *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.
- _____ (1997) *Lecciones de Derecho Penal (Volumen I)*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carrara, F. (1988). *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Bogotá: Editorial Temis.
- Cousiño, L. (1975). *Derecho Penal Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Cury U., E. (1992). *Derecho Penal. Parte General (Tomo I)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Chiossone, T. *Elementos Subjetivos de los actos jurídicos. En Revista de la facultad de Derecho N° 6* Edición de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Venezuela. 1967-1968.
- Chuecos, M. (1990) *El dolo Penal*. Mérida.Venezuela: Editorial Alfa.
- Frias C, J. (1996). *Teoría del Delito*. Caracas: Editorial Livrosca.
- Grisanti, H. (1991). *Lecciones de Derecho Penal Venezolano. Parte General*. Caracas: Editorial Móbil-Libros.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. (Tomo I y II)*. Barcelona: Editorial Bosch. S.A.
- Jiménez de A., L. (1964). *Tratado de Derecho Penal. (Tomo III y IV)*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Maggiore, G. (1954). *Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.
- Martínez R., J. (1974). *De la Culpabilidad y de la Imputabilidad*. Revista Jurídica del Colegio de Abogados, 2 (3), Mérida. 64-70.

- _____ (1988). *Dolo Eventual y Accidente de Tránsito*. Revista Cenipec, (11), Mérida, 87-100.
- _____ (1998) *La Preterintención y el Derecho Penal*. Caracas: Editorial Livrosca.
- Mendoza T., J. (1971). *Curso de Derecho Penal Venezolano*. Caracas: Editorial El Cojo S.A.
- Mezger, E. (1946). *Tratado de Derecho Penal (Tomo I y II)* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Mir P., Santiago (1996) *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona. España.
- Muñoz C., F. (1999) *Teoría del delito*. Bogotá: Editorial Temis.
- República Bolivariana de Venezuela. (2005) *Código Penal*. Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.768 del miércoles 13 de abril de 2005.
- Reyes E., A. (1990) *Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rodríguez D., J. (1973). *Derecho Penal Español*. Madrid: Editorial Carasa.
- Roxin, C. (1997) *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Von Liszt, F. (S. F.). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Reus.
- Welzel, H. (1997). *Derecho Penal Alemán*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. (1977). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Temis.