

ADRIÁN MARCELO TENCA



Dolo eventual

Viabilidad de su aplicación a los delitos en particular

Diferencias con la culpa. Política criminal

Autoría. Participación. Tentativa

Crisis de la figura. Jurisprudencia aplicable

Biblioteca de la Corte Suprema	
Nº de Orden	123.572
Ubicación	E3651



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
CIUDAD DE BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE GENERAL ✓

<i>Prólogo</i>	IX ✓
----------------------	------

CAPÍTULO PRIMERO

CULPA Y DOLO

§ 1. Estructura. Una primera aproximación	1
§ 2. Razones de una punibilidad diferenciada	3
§ 3. Ubicación del dolo: introducción	11
§ 4. Concepto causal de acción	11
§ 5. Concepto final de acción	13
§ 6. Concepto social de acción	16
§ 7. El causalismo	16
a) Exposición	16
b) Crítica. Nuestra posición	17
§ 8. El finalismo	18
a) Exposición	19
b) Nuestra opinión	20
§ 9. Aspecto cognoscitivo del dolo	23
§ 10. Aspecto volitivo del dolo	29
a) Dolo directo	30
b) Dolo indirecto o de consecuencia necesaria	31
c) Dolo eventual. Remisión	33

CAPÍTULO II

DOLO EVENTUAL.
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA APLICADA

§ 11.	Problemáticas para su definición	35
§ 12.	Metodología del análisis	35
§ 13.	Teoría del consentimiento	36
	a) Primera fórmula de Frank	36
	b) Luzón Peña	37
	c) Jiménez de Asúa	37
	d) Fontán Balestra	39
	e) Baumann	40
	f) Nino	41
	g) Argibay Molina	42
	h) Críticas	42
	1) Gimbernat Ordeig	43
	2) Roxin	44
	3) Corcoy Bidasolo	44
	4) Jakobs	45
	5) Mir Puig	45
	6) Malamud Goti	46
	7) Mezger	47
	8) El caso de la correa de cuero	48
§ 14.	La crítica de la crítica: la teoría positiva del consentimiento o segunda fórmula de Frank	49
	a) Jiménez de Asúa	49
	b) Posiciones contrarias	50
§ 15.	Teoría de la representación	51
	a) Schröder y Schmidhäuser	52
	b) Zielinski	52
	c) Sancinetti	53
	d) Jakobs	55
	e) Gimbernat Ordeig	57
	f) Sauer	59
	g) Bacigalupo	60

	h) Herzberg	60
	i) Puppe	61
	j) Frisch	62
	k) Críticas	63
	1) Herzberg	63
	2) Rodríguez Montañés	64
	3) Zugaldía Espinar	64
	4) Díaz Pita	65
	5) Mir Puig	65
	6) Mezger	66
	7) Bustos Ramírez	66
	8) Feijóo Sánchez	67
§ 16.	Teoría de la indiferencia, del sentimiento o de la motivación	68
	a) Soler	68
	b) Núñez	69
	c) Engisch	71
	d) Cury	71
	e) Críticas	73
	1) Zugaldía Espinar	73
	2) Sancinetti	73
	3) Malamud Goti	74
	4) Bustos Ramírez	74
§ 17.	Teorías mixtas o eclécticas	75
	a) Roxin: la decisión en contra del bien jurídico protegido (o del dolo eventual como integrante del plan del autor)	75
	b) Welzel: el "contar con" y el "confiar en que no"	77
	c) Mir Puig: el "querer como aceptar" y el "conformarse con"	78
	d) Stratenwerth: el "conformarse"	80
	e) Corcoy Bidasolo: la imprudencia como error	80
	f) Creus: "aceptación o conformidad"	82
	g) El aprobar en sentido jurídico: el caso de la correa de cuero	84
	h) Jescheck: el "considerar seriamente" y el "tomar en serio"	85
	i) Mezger: el "tomar a su cargo"	86
	j) Zaffaroni: el "aceptar seriamente"	86

k) Feijóo Sánchez: la "imputación subjetiva"	88
l) Críticas	89
1) Sancinetti	89
2) Zielinski	89
3) Bustos Ramírez	90
4) Jakobs	91
§ 18. La posición de Bustos Ramírez	91
§ 19. La postura de Kaufmann: la evitabilidad del resultado	94
a) Exposición	94
b) Críticas	95
1) Hassemer	95
2) Zielinski	96
3) Bustos Ramírez	96
4) Roxin	96
5) Jakobs	98

CAPÍTULO III

DOLO EVENTUAL Y DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

A) PLANTEO DE LA CUESTIÓN

§ 20. La estructura del tipo omisivo	101
§ 21. La omisión propia y la omisión impropia	102
a) Omisión propia	102
b) Omisión impropia	102
1) Concepto	102
2) Posición de garante	103
§ 22. Modalidades para establecer la posición de garante	104
a) Limitaciones normativas (o codificación de la posición de garante)	104
1) España	104
2) Alemania	104
3) México	104

b) Limitaciones doctrinales	105
1) Stratenwerth	105
2) Bacigalupo	105
a) Cuidado de un bien jurídico determinado frente a los peligros que puedan amenazarlo	105
b) Cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de los bienes jurídicos ..	105
3) Muñoz Conde	106
a) Función protectora de un bien jurídico ..	106
b) Deber de vigilancia de una fuente de peligros	107
4) Maurach	107
§ 23. El tipo subjetivo en los delitos de omisión impropia	107
§ 24. Inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia	108
§ 25. Dolo eventual en los delitos de omisión impropia	110

B) RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DOLO EVENTUAL EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

§ 26. Introducción	111
§ 27. La causa "República Cromañón"	111
a) La resolución de primera instancia	112
1) Situación procesal del explotador del local bailable	112
2) Situación procesal de los integrantes del grupo de música	116
b) La resolución de Cámara	117
1) Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Posición de garante	117
2) Realización del riesgo en el resultado	121
3) Conocimiento que tenían los imputados sobre el riesgo creado	122
a) La representación de Chabán	122
b) La representación de los integrantes del grupo de música	123
4) Imputación objetiva	123

c) El dolo eventual en los delitos de omisión impropia (o comisión por omisión) en la opinión de la Cámara	125
1) Crítica al fallo de primera instancia	127
2) Diferencia entre el dolo de lesión y el dolo de peligro. Posibilidad de aplicar al caso la figura del estrago seguido de muerte con dolo eventual	128
a) El dolo eventual respecto al delito previsto en el art. 186, inc. 5° (calificación legal de Chabán)	129
b) Inexistencia de dolo eventual por parte de Chabán respecto al resultado muerte	131
c) El error en la valoración del riesgo, acorde con el art. 189, párr. 2°, del Cód. Penal (calificación legal de los integrantes del grupo de música)	134
d) El fallo del Tribunal Oral	136
§ 28. El caso "Sosa"	144
a) Voto de la minoría. Homicidio simple por omisión impropia con dolo eventual	145
b) Correlato con la causa "República Cromañón"	146

CAPÍTULO IV

AUTORÍA, PARTICIPACIÓN Y DOLO EVENTUAL

§ 29. Introducción	149
§ 30. Coautoría	149
a) Plan previo	151
b) Exceso en la coautoría	152
§ 31. Conflictiva relación entre coautoría y dolo eventual	153
§ 32. La interpretación jurisprudencial. El plan del autor y el modo de acreditarlo. Dolo eventual en la coautoría	153
§ 33. La coautoría en la omisión	156

§ 34. La conflictiva relación entre coautoría omisiva y dolo eventual	156
a) La misma pregunta y la misma respuesta. El caso "República Cromañón"	156
b) Lo referido por la Cámara	157
§ 35. Participación	158
§ 36. Instigación	159
a) Medios	161
b) A un autor determinado y a un hecho determinado	161
c) El delito instigado debe ser al menos tentado	162
d) La posibilidad de instigar omisivamente	162
e) El exceso en la instigación	162
§ 37. La instigación en el Código Penal argentino	163
§ 38. La conflictiva relación entre instigación y dolo eventual	164
§ 39. La interpretación jurisprudencial. Aceptación del dolo eventual en la instigación	165
§ 40. Complicidad	169
a) Formas	169
b) Exceso en la complicidad	170
§ 41. Aplicación del dolo eventual en la complicidad ...	170

CAPÍTULO V

DOLO EVENTUAL Y LA VIABILIDAD DE SU APLICACIÓN EN ALGUNOS DELITOS EN PARTICULAR

§ 42. Introducción	173
§ 43. Homicidio calificado	173
a) Homicidio con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso	173
b) Homicidio con el concurso premeditado de dos o más personas	174
c) Homicidio "criminis causæ"	174
§ 44. Abandono de persona	176
§ 45. Injurias	180

§ 46. Exhibiciones obscenas	183
§ 47. Privación ilegítima de la libertad	183
§ 48. Hurto	183
§ 49. Homicidio en ocasión de robo	184
§ 50. Estafa	186
§ 51. Administración fraudulenta	186
§ 52. Apropiación ilícita de cosas perdidas o tesoros ...	187
§ 53. Incendio y otros estragos	187
§ 54. Propagación de enfermedades	188
§ 55. Asociación ilícita	188
§ 56. Apología del delito	190
§ 57. Atentado a la autoridad	191
§ 58. Peculado	192
§ 59. Encubrimiento. Receptación	192
§ 60. Falsificación de moneda	194
§ 61. Falsificación ideológica	194
§ 62. Libramiento de cheques sin provisión de fondos	195
§ 63. Bloqueo y frustración de cheque	197
§ 64. Contrabando	200
§ 65. Estupefacientes	202
§ 66. Delitos contra la libertad de elección de AFJP	203
§ 67. Evasión simple	205

CAPÍTULO VI

DOLO EVENTUAL Y TENTATIVA

§ 68. Introducción	207
§ 69. Un fallo paradigmático	207
§ 70. La tentativa y su problemática	209
a) Fundamentos de su punición	209
1) Postura objetiva	210
2) Postura subjetiva	210
3) Teoría de la impresión	211
b) El comienzo de ejecución	212

§ 71. La tentativa con dolo eventual. Su factibilidad en el derecho penal argentino	214
a) El fallo de la Cámara de Casación. Sus argumentos	214
b) El artículo 42 del Código Penal	217
1) Posturas restringidas	218
2) Posturas amplias	219
§ 72. Jurisprudencia	221

CAPÍTULO VII

EL TIPO CULPOSO. CULPA CONSCIENTE E INCONSCIENTE. DIFERENCIAS CON EL DOLO EVENTUAL

§ 73. Caracterización	223
§ 74. El tipo objetivo	223
a) Resultado	224
b) Violación al deber de cuidado. El principio de confianza	225
c) Nexo de determinación (imputación objetiva en el tipo culposo)	226
§ 75. Tipo subjetivo	227
§ 76. Culpa consciente y culpa inconsciente. Definición	227
§ 77. Razones para su diferenciación	227
§ 78. Punibilidad de la culpa inconsciente	229
a) Posiciones a favor de la punibilidad	230
b) Posiciones contrarias a la punibilidad	231
§ 79. La culpa en la jurisprudencia	233
§ 80. La problemática de los accidentes de tránsito	236
a) Casos resueltos a partir de la culpa con representación	236
b) Casos resueltos a partir del dolo eventual	238
§ 81. La causa "Cabello"	240
a) El fallo del Tribunal Oral	240
1) Hecho que el tribunal tuvo por probado	240
2) Resolución y calificación del tribunal	241
b) Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal	247
§ 82. El delito culposo de omisión	249

CAPÍTULO VIII

DOLO EVENTUAL: UNA CREACIÓN
DOGMÁTICA EN PERJUICIO DEL IMPUTADO

§ 83.	Dogmas y axiomas	251
§ 84.	Una estructura endeble	252
§ 85.	Evolución histórica	253
§ 86.	El derecho penal moderno: sus presupuestos. La potestad del Estado para imponer penas. El bien jurídico protegido	255
	a) Mecanismos	256
	b) El "ius puniendi". Sus límites	261
§ 87.	La teoría de la pena	264
	a) La teoría absoluta	265
	1) Sus principales exponentes	265
	2) Aportes y críticas	269
	b) Las teorías de la prevención	271
	1) La prevención general	271
	a) Prevención general negativa o de amenaza	272
	b) Prevención general positiva	275
	1) Prevención limitadora	276
	2) Prevención fundamentadora	276
	2) La prevención especial	277
	c) Teoría de la unión o ecléctica	279
§ 88.	Teoría del delito y teoría de la pena. La resocialización	282

CAPÍTULO IX

POLÍTICA CRIMINAL Y DOLO EVENTUAL

§ 89.	Dolo y política criminal. El dolo eventual como correctivo, la resocialización como impedimento	285
§ 90.	Un principio de solución. Una teoría de la pena que prescindiera de la prevención especial	288

§ 91.	El libre albedrío: una eterna discusión	289
	a) El problema de la resocialización	292
	b) El aspecto teórico	292
	c) Los problemas conceptuales	293
	d) Dificultad de la temática tratada	296
	e) Resocializar o socializar	297
	f) El hombre sociable	298
	g) La imputabilidad importa la sociabilidad del individuo	299
§ 92.	Una teoría de la pena garantizadora de los derechos humanos	303
§ 93.	Hacia una nueva clasificación de los tipos penales	308

CAPÍTULO X

CRÍTICAS AL DOLO EVENTUAL.
RAZONES PARA SU ELIMINACIÓN.
PROPUESTAS ALTERNATIVAS

§ 94.	Un punto de partida	309
§ 95.	Las dificultades probatorias y el dolo eventual. Su intrascendencia respecto de la cuestión tratada	310
§ 96.	Dolo directo	311
	a) Presupuestos	311
	b) Plan del autor	311
	c) Grado de probabilidad	313
	d) Motivos del autor	314
	e) "Querer" y "desear": dos conductas diferentes ...	315
	f) "Querer" y "aceptar": dos conductas diferentes. El dolo siempre requiere de un "querer"	315
	g) Prueba del dolo	316
	h) La falsía del plan del autor	319
§ 97.	Dolo directo de segundo grado, indirecto o de consecuencias necesarias	320
	a) El dolo indirecto requiere de un querer, un plan y una finalidad	320
	b) Dolo indirecto y probabilidad del resultado ...	320

c) Utilización que la teoría de la representación hace del dolo indirecto para conformar un dolo sin voluntad	321
d) Principales expositores	322
e) Dolo indirecto y probabilidad del resultado: otra interpretación equívoca de la teoría de la representación para obtener un dolo sin voluntad	323
§ 98. Dolo directo y dolo indirecto. Significado de las palabras. Redefinición de dolo	325
§ 99. Ampliación del marco punitivo. La culpa consciente como dolo eventual	326
a) Sancinetti	326
1) La redefinición del dolo	326
2) El límite entre el dolo y la imprudencia no proviene del tipo objetivo	330
b) Zielinski	331
c) Jakobs	332
d) Frisch	333
§ 100. El dolo eventual no es dolo. La finalidad y la equívoca referencia de las distintas teorías	333
a) Zaffaroni	333
b) Roxin	335
§ 101. Imputación objetiva, relación de causalidad y tipo objetivo	336
§ 102. Las teorías del consentimiento, del sentimiento y las eclécticas	337
§ 103. Dolo eventual y dolo directo: su confusión	338
a) El caso de los mendigos de Loffler	338
b) El caso de la correa de cuero	338
c) El caso Lacmann	338
d) El caso de los traficantes de heroína	339
§ 104. Las nuevas fenomenologías de riesgo. El dolo eventual tiene estructura de tipo culposo y se le aplica la pena del doloso. Pena y reacción social. El dolo eventual como respuesta a la "sed de justicia" (o sed de venganza)	339
a) La circulación vial y los accidentes de tránsito	339
b) El contagio sexual de sida	344
c) El lanzamiento de piedras sobre vehículos en marcha	345

§ 105. Dolo eventual y delitos de omisión impropia	347
§ 106. Dolo eventual y coautoría	349
§ 107. Dolo eventual e instigación	350
§ 108. Dolo eventual y el exceso previsto en el artículo 47 del Código Penal. Vulneración del principio de responsabilidad por el hecho propio	350
§ 109. Dolo eventual y tentativa. Incompatibilidad	351
§ 110. Culpa consciente e inconsciente. Su punibilidad diferenciada	354
a) La culpa inconsciente es punible	354
b) La culpa consciente merece de un reproche mayor que la inconsciente. La "doble violación al deber de cuidado"	355
§ 111. Propuestas de política criminal	356
<i>Bibliografía</i>	359