

Sproviero

# Dolo

La voluntad  
como presupuesto  
de la sanción



GHERSI-CAROZZO  
editores

**I.S.B.N. N° 950-681-001-X**

*Hecho el depósito de ley 11.723.  
Derechos reservados.  
Impreso en la Argentina.*

**© GHERSI-CAROZZO  
Uruguay 471  
(1015) Buenos Aires  
Teléfono 49-8968**

JUAN HORACIO SPROVIERO

**DOLO**  
**LA VOLUNTAD COMO PRESUPUESTO**  
**DE LA SANCIÓN**



**GHERSI-CAROZZO**  
editores

BUENOS AIRES - 1986

## INDICE

Prefacio . . . . .	11
1. Voluntad. Concepción genérica . . . . .	13
2. Voluntad como noción creadora de culpabilidad. Voluntad: culpa y dolo . . . . .	17
3. Causal única de culpabilidad . . . . .	19
4. La subjetividad. Elementos complementarios-concu- rrentes de la voluntad . . . . .	24
5. Necesidad del conocimiento objetivo de la voluntad como contenido de la sanción . . . . .	29
6. Voluntad y delito. Cronología de la relación . . . . .	32
7. Referencias históricas. Gradaciones de la voluntad . . . . .	34
8. Teoría de la voluntad . . . . .	40
9. Teoría de la representación . . . . .	42
10. Teoría representación-voluntad . . . . .	43
11. Representación. Elemento intelectual . . . . .	43
12. Voluntad dolosa . . . . .	45
13. Dolo . . . . .	46
14. Dolo en el derecho penal argentino . . . . .	50
Definición del dolo. Autores y proyectos argentinos . . . . .	53
Interpretación de la definición precedente . . . . .	54
Proyecto Tejedor. Justificación de su desestimación . . . . .	57
Interpretación de la definición de S. Soler, R. C. Nú- ñez y C. Fontán Balestra . . . . .	59



	Código de 1886. Proyecto de 1891 .....	64
	Proyecto Coll-Gómez, año 1937 .....	67
	Proyecto Peco, año 1941. ....	68
	Código de 1951 (proyecto) .....	71
15.	Dolo: Directo, mediato y eventual .....	74
	Dolo mediato .....	74
	Dolo eventual .....	76
16.	Presunción de dolo .....	80
17.	Legislación española .....	85
18.	Códigos latinoamericanos .....	86
	Dolo .....	86
	Dolo eventual .....	92
19.	Normativismo. Finalismo de la Acción. Imputabilidad .	93
20.	Elementos subjetivos del delito. Delito preterintencional.	97
21.	Preterintencionalidad. Antecedentes .....	99
22.	Ultraintención. ....	102
23.	Antijuricidad. ....	104
24.	Fuerza moral subjetiva. Fuerza física del delito. ....	104
25.	Dolo en la tentativa. Prueba .....	106
	Carencia de idoneidad en la tentativa .....	110
	Voluntad normativa .....	113
	Voluntad con representación. ....	114
	Voluntad con conciencia. ....	114
	Voluntad genérica. Voluntad específica .....	115
	La voluntad decisoria .....	116
	Unidad de voluntad en el acto doloso .....	117
	La voluntad origina la sanción. ....	118
	Voluntad condicionada .....	119
	Proclividad delictual de la voluntad .....	120
	Incapacidad mental subsumida en la voluntad im- punible .....	120
	Plurivoluntad. ....	121
26.	Frustración del hecho criminoso. Asimilación con la tentativa .....	122
27.	El elemento intelectual .....	126
28.	Instigación y complicidad .....	127
29.	El injusto de los delitos dolosos. ....	130
	Tipo subjetivo (dolo). ....	130
	Dolo directo .....	131
	Dolo eventual .....	132
	Conocimiento de circunstancias del tipo .....	133
	Elemento subjetivo (injusto) .....	133
	Autoría dolosa .....	134
30.	Reproche penal. Culpabilidad .....	135
	Culpabilidad dolosa. ....	137

31. Acción penal . . . . .	138
32. Dolo en los delitos de omisión. . . . .	139
Omisión impropia . . . . .	142
33. La acción criminosa. Voluntad . . . . .	150
Proceso evolutivo. Gradaciones . . . . .	151
34. Voluntad en el dolo. Elemento integrativo . . . . .	157
La voluntad absorbe la consciencia . . . . .	162
Voluntad delictiva. Causal de sanción. Teoría de la voluntad pura . . . . .	165
Voluntad de consumación. . . . .	166
Voluntad de desistimiento. . . . .	168
Voluntad definitiva . . . . .	169
Voluntad abstracta . . . . .	170
35. Voluntad en el delito doloso imposible. Imputabilidad .	170
Voluntad suspensiva . . . . .	171
36. Relación entre la voluntad y gravedad del resultado doloso . . . . .	172
37. Teoría de la voluntad pura. Justificativos e inconvenientes para su adopción . . . . .	175
Bibliografía . . . . .	181

## *Prefacio*

*La incidencia de la voluntad en la conformación del dolo ha sido la motivación y el punto donde se han polarizado todos los esfuerzos para dejar establecida la relevancia de aquélla como presupuesto obligado de éste.*

*La gravitación ejercida por la voluntad para la efectivización o cristalización de la acción es una de las pautas que deberá ser resaltada en oportunidad de adjudicar la sanción pertinente a tal comportamiento del agente.*

*Se constituye, entonces, en presupuesto de la sanción por aplicación transitiva, ya que al ser el detonante de la acción, sin cuyo auxilio no podrá ésta concretarse, deberá guardar una relación de causalidad inobjetable con la sanción, ya que la pena a establecerse dependerá de la eficacia adjudicable a la voluntad.*

*La lectura de esta obra contribuirá a despejar algunos interrogantes, puesto que las respuestas propiciadas tienden a restablecer la preponderancia que algunos autores y distintas teorías otorgaran primegiariamente a la voluntad.*

*No significa ello que la sanción esté condicionado a la comprobación del ejercicio exclusivo de la voluntad, pero esta última ejerce con su intervención una obligada influencia sobre aquélla, que deberá soslayar cualquier intento que no implique la consideración de la voluntad como presupuesto integrante de la resolución ponderativa del reproche.*

*No se ha desperdigado el concepto de dolo, sino contrariamente se la ha asignado el rol protagónico que le corresponde dentro*

*del quehacer delictivo, pero se le ha adjudicado a la voluntad la preponderancia que debe en rigor de verdad tener, dentro de la fórmula sancionatoria, ya que es factor de incidencia prácticamente excluyente para la acción y el elemento obligado para su consideración en la aplicación de pena.*

*Se han esbozado distintas teorías que referencian los estímulos de cada época de su vigencia, como asimismo se ha elaborado una teoría de la voluntad pura que queda sometida al examen crítico del lector, donde se proclama cierto absolutismo de la voluntad para la conformación dolosa y sanción retributiva consecuente. No pretendemos con ello ningún paternalismo, pero sí recalcar y poner de resalto la excelencia de su conceptualización para la definición contenida en la sanción, esto es, la ponderación como presupuesto del hecho doloso y consideración de la voluntad para formalizar el reproche contenido en la pena.*

*La voluntad queda exteriorizada en la concreción del hecho, el que no podrá acriminarse como doloso si se excluye la consideración de la voluntad como factor altamente contributivo para su formalización.*

*La lectura medulosa de los distintos aspectos de la voluntad, desarrollados en este trabajo, permitirán concluir con la significativa trascendencia que debe otorgársele como presupuesto de la acción y, por tanto, poniendo en función el carácter transitivo, el fundamental papel que juega dentro de la sanción, la que deberá consultar todo lo atingente a la específica y concreta voluntad, para que pueda ser oponible jures et de jure.*

*Para que la sanción no admita posibilidades en contrario y lleve la certeza que atañe a su esencia, deberá sujetarse a consolidar el papel de la voluntad en el desarrollo de la acción merecedora del reproche, destacando su intervención como antecedente de la pena misma.*

*Debemos admitir, con cierta inexorabilidad, que la voluntad hace a la sanción del mismo modo que el delito se corresponde con la pena. La ejecución o actividad dolosa lleva como connotación el desempeño de la voluntad en su caracterización de presupuesto del mismo dolo, adjudicatario en definitiva de la propia sanción.*

JUAN H. SPROVIERO

## 1. VOLUNTAD. CONCEPCION GENERICA.

La voluntad orientada a la consecución del ilícito y cumplimentada luego de atravesar las etapas que llevan a la elaboración total de aquélla, es el factor o causal motivadora excluyente para conformar la sanción que corresponde a la inobservancia o transgresión de la regla o norma penal. La voluntad deviene entonces como sustratum del quehacer criminoso y se constituye en el básico elemento de referencia para tener por acreditada y justificada la condena a imponer. Ésta depende de la relevancia que se haya otorgado a aquélla en relación al "quantum". Los complementos que se adicionen no tienen sino entidad complementaria y juegan en función que se le asigna con referencia al conjunto. Individualmente carecen de potencial y su consideración sería solamente una abstracción sin posibilidad cualitativa.

Al empalmarse la voluntad hacia su propia definición está aceptando las consecuencias que irrogará el ejercicio de la libertad de elección; al decidirse por una actividad donde se implica el delito, actúa valorando circunstancias de tiempo y lugar sometiendo a la sanción que engendrá su propio libre albedrío. Fue la voluntad la que optó por el quebrantamiento de la regla, al tener plena noción del resultado por razón de la representación y representatividad del hecho.

La exteriorización de la voluntad sintetizada en la ejecución de ésta, es la suma o resultante final que adquiere vigencia y se actualiza por motivo del acto libre de elección. No estuvo la voluntad sujeta a ninguna coerción que la decidiera en el camino elegido; tampoco cabe aludir a restricciones que impidieran su "desplazamiento" o minoraran el efecto positivamente graficado o representado. Las pautas o condicionamientos que le imponen la gravedad de la posición asumida están dadas con prelación:

si no obstante ellas, persiste en su actitud o tesitura transgresora, es la voluntad la que origina la represión en la relación causal de representación o motivación y conducta efectivamente desplegadas.

La autenticidad del acto o quehacer delictivo es la secuela obligada del ejercicio de la voluntad. La investigación debe encaminarse a localizar el elemento subjetivo y de allí en más “rastrear” su trayectoria —de la voluntad— para calibrar su responsabilidad, ya que allí se originará la sanción o pena. El estudio analítico de las distintas fases que conforman la voluntad —desde su inicio hasta el pronunciamiento individualizado en la exteriorización— habilitarán y ya no globalmente, sino específica e inequívocamente, la gradación sancionatoria. El efecto de la sanción actuará en función de la entidad o relevancia de la voluntad. Esta última al escoger en libertad, se ha decidido por el quebrantamiento de la regla y ese pronunciamiento lleva la connotación obligada del castigo, ya que la voluntad ha conformado la conducta típica del hecho reputado ilícito y no obstante comprender el carácter de ilicitud ha embestido contra un orden jurídico establecido previamente. Ese ataque a la institución violada es inspirado por y en la voluntad del sujeto activo quien, no obstante saberse titular en ejercicio de un comportamiento anómalo y transgresor, ha producido el desequilibrio normativo a sabiendas y en pleno goce y uso de sus sentidos. Ha visto; ha palpado el carácter delictual del hecho y sin embargo su voluntad persistió en la ejecución no obstante los frenos inhibitorios que le proporcionaba la moral y todo el ordenamiento positivo.

Cuidadosamente el sujeto activo ha ido aceptando, en compartimentos estancos, las posibilidades o alternativas que seguirían a su comportamiento. En forma gradual ha ido desechando las circunstancias que perturbarían su cometido o contribuirían a la individualización del autor aunque en oportunidades se hace abstracción de determinación inmediata de autoría y la elección queda reducida a oportunidades ciertas y precisas. Va entonces adquiriendo personalidad la actitud a asumir en definitiva y es la voluntad entonces la encargada de decidir el modo, lugar y tiempo de consumación del hecho reputado más tarde ilícito.

Luego de toda esa decantación persiste el sujeto activo en su afán de armonizarlo con la propia ejecución y es la voluntad la que se perfila para su perfección y se pronuncia como única responsable de la actitud que luego será reprochada penalmente. La evidencia del delito, accionado por la voluntad —única habilitante para la puesta en marcha— pone también en funcionamiento la implantación de la pena por parte del órgano de aplicación.

La captación de la figura penal se asimila a la personalidad



del autor y es la voluntad la que decide su incorporación definitiva, originando el hecho caratulado delictuoso, ya que no obstante conocer la gravedad que su actitud eleccionaria causará, optó por el camino de la transgresión y se sometió voluntariamente a la posibilidad de la sanción.

En la escala de valores de responsabilidad corresponde enfatizar en torno a la voluntad y ponderar su gravitación excluyente para una posterior sanción o pena, ya que al tener objetivamente representadas las distintas posibilidades, optó la voluntad por la inclinación delictual, incidiendo exclusivamente en la posición a adoptar por parte del sujeto activo. La voluntad es la última etapa del proceso de elaboración en el espectro mental o subjetivo del sujeto activo. La conducta a observarse dependerá de la incidencia de aquélla en este último. Cuando la decisión se adopta ello es consecuencia del disfavor que presta la voluntad a los contenedores establecidos por la moral y la ley. Hace abstracción de las limitaciones para prodigarse en la cristalización del hecho por el cual optara, sabiendo o conociendo su calificación de ilícito; a pesar de ello insiste en su temática de ponderación que inclina aquella voluntad a su adopción, a despecho o en desmedro de otros valores cuya consideración relega interesadamente en mérito a la propia elección del hecho delictual, merecedor siempre de castigo o condena.

Se produce la aprehensión subjetiva del hecho y se va adecuando a las contingencias que señala la propia voluntad; ésta adquiere papel protagónico al desempeñar un rol decisivo ya que es ella la que transforma la posibilidad en hecho cierto, real y tangible. El imperio de la voluntad sobre los otros elementos subjetivos le permite decidir tomando partido por una de las alternativas posibles; si soslaya el aspecto delictual o negativo y se pronuncia por la bonanza de lo lícito, el reproche no tendrá ocasión de producirse; pero si escoge la consumación de lo ilícito resultará irremediable la intervención del órgano de aplicación de la ley, ya que estamos en presencia del hecho evidente de transgresión de la norma.

El aspecto volitivo debe ser contemplado y analizado de la manera más objetiva. La preeminencia de la voluntad determina la materialidad del hecho y esta no es más que una consecuencia de aquella imposición. Todos los elementos que coadyuvan a la formación de la decisión final se orientan y confluyen en la voluntad y es ésta la que conducirá a la materialización del acto que se fue gestando hasta adquirir personalidad propia, concluyendo con el ilícito merecedor del reproche posterior. Pero ello no significa que deban ser considerados unitariamente, pues sólo en su conjunto pueden ser valorados y en tanto se canalicen en

función de voluntad. Cuando concurren sin superponerse y se afiata el concepto de delito y no obstante ello se practica el acto merecedor de punición, es indudable que la voluntad ha obrado con una incidencia principal que lleva a materializar el hecho punible. Es de toda lógica jurídica analizar la disputa que se opera volitivamente en el sujeto activo al captar los elementos que atañen a la esencia del hecho delictual. El hombre aparece como refractario a tomar una decisión de adhesión al hecho criminoso, pero ese estado dubitativo concluye al eliminar preceptos y solidarizar mental y espiritualmente con el ilícito y esta consecuencia es la síntesis de la voluntad que le dá su conformidad y posibilita su concreción. Es decir que la incertidumbre originaria, producida por la captación de elementos contrapuestos, da paso a la certeza emanada de la voluntad, que es la que en definitiva concreta, mediante la ejecución del hecho, la sujeción a ella de todos los factores contribuyentes.

La voluntad depura los excesos provocados por la asimilación de causales exógenas o de contorno, haciéndole adquirir a la figura resultante la tipicidad que la hace condenable, es decir que a toda la combinación de elementos asimilados volitivamente, sucede la pureza que otorga la intervención de la voluntad, que es en definitiva la que decide la adhesión al hecho. Es entonces rescatable cualquier juicio que señale a la voluntad como productora de tal ilícito, pero esta concurrencia no es compartida sino que opera de modo excluyente. Ello equivale a consagrar la voluntad como moderadora de toda relación; se produce la circunstancia o hecho punible mediante la intervención de aquélla.

Ineludiblemente es de aceptación universal el principio de receptación sin restricciones de la voluntad como elemento no ya constitutivo, sino determinante del hecho concretado o materializado, traducido por quebrantamiento o transgresión de la regla.

El evento en consideración avala el criterio sustentado de ser la voluntad causante final o decisor último del delito, ya expuesto en su realización mediante su ejecutoriedad. El inicio lo señala la voluntad; su perfeccionamiento puede obedecer a contingencias independientes, pero debe privar el criterio y formar consenso que el acto emana de la voluntad. Las consideraciones de reprobación o asentimiento que pueda merecer el concepto de voluntad como determinante del ilícito no pueden aceptarse sin ser sometidas a la sana crítica. Expurgados todos los elementos recién entonces podrá colegirse sobre la circunstancia de ser la voluntad inexcusablemente la promotora del ilícito en punto a concepción y aceptación. El sometimiento de la decisión a la misma y propia voluntad permite concluir en forma concordante que

todas las posibilidades de concreción quedan sujetas a la aprobación última o al impulso motor de la voluntad; ésta queda costreñida a un proceso de evolución permanente lo que autoriza a caracterizarla como una dinámica constante. Su desplazamiento no se reduce a cánones preestablecidos sino por el contrario va incorporando nuevos elementos que luego del lógico proceso de decantación originan la ejecutoriedad del hecho.

El hecho cristaliza por razón de la voluntad; ésta se acciona para la producción del acto referenciado.

## 2. VOLUNTAD COMO NOCION CREADORA DE CULPABILIDAD VOLUNTAD: CULPA Y DOLO.

La voluntad en el gráfico de subjetividad es la caracterización de la propia culpabilidad, ya que ésta es el desarrollo de aquélla, pero evolucionada y proyectada con las características de la culpa. Al establecerse el nexo de causalidad entre ambas circunstancias, la culpabilidad deviene autorizada o mejor dicho estructurada por obra o mediación de la voluntad. Es ésta, precisamente, la que le hace asumir una personalidad que hace viable y necesaria la sanción, por el solo hecho de haberse determinado la referencia culpabilidad. Pero ambos términos son integrantes no disociados de una fórmula que requiere la presencia de ambos ya que mal puede hablarse de culpabilidad divorciada del concepto de voluntad, así como tampoco puede inferirse la ausencia de voluntad en una demostración cierta e irrefutable de culpabilidad. La voluntad deviene en acto previo y básico determinante de culpabilidad, ya que ésta es el resultado de una libre elección. La decisión adoptada y que lleva a la responsabilidad culpable tiene como antecedente la intervención o participación de la propia voluntad, quien decide en última instancia la búsqueda o desarrollo del ilícito. En esa relación de causa a efecto se conjugan todos los elementos subjetivos del delito sintetizados o reducidos en su enunciación a la pura voluntad. Aparecería la culpabilidad como una noción accesoria emanada de la voluntad, razón principal de la relación. De allí se infiere que culpabilidad sin voluntad no se concibe; lo contrario sería consentir con la "posibilidad" de la generación espontánea de la figura; mas ello no resulta indispensable en la relación o situación inversa, ya que la voluntad existe con prescindencia de la culpabilidad; el nexo lo establece la voluntad, pero la relación no puede generarse por vía de culpabilidad.

Cuando se produce el hecho o circunstancia criminosa mere-

cedora de sanción, la voluntad ha descartado una conducta que no sea otra que la típica penal y ha ejecutado el acto transgresor ordenando su cumplimiento; de allí en más se conformará una culpabilidad asumida por imperio de la voluntad. Abstracción hecha del efecto o posibilidad sancionatoria, surge la culpabilidad nacida de la voluntad, porque ésta es precisamente la que da vida a aquella al decidir la consumación del hecho criminoso mediante la transgresión de la regla.

La voluntad es el elemento oculto; el valor final que debe investigarse para lograr ecuanimidad o justicia en el resultado y ese aspecto o fase psicológica debe constituirse en motivación suficiente para no retacear su estudio analítico y profundo —de aquella voluntad— lo que redundará en beneficio de la sana y justa aplicación de la regla. La voluntad, engendradora de culpabilidad, sería la causante del trastocamiento del orden jurídico, ya que ella imprime su sello personal para la realidad del ilícito. Si bien la esencia de la culpabilidad puede atribuirse a la existencia y persistencia de actitudes particulares y especiales, otorgada por los elementos integrantes o constitutivos de la subjetividad, la valía, la trascendencia y aún propia calificación del hecho, la da en forma no sólo preponderante, sino exclusivamente, la voluntad. Es ésta la que da un tinte delictual al hecho y que hace nacer, iteramos, a la propia culpabilidad.

Porqué se produce el reproche y se pone en movimiento el aparato represivo de la ley, sino por obra de una voluntad que va cimentando la culpabilidad, dándole fisonomía personal.

Pero así como la culpa es coetánea e inmediatamente subsiguiente a la voluntad y aquella es ordenada por ésta, el dolo contrariamente es hecho o circunstancia sobreviniente, ya que la voluntad crea una culpabilidad y el dolo es aditamento que no nace de la voluntad, sino de las características del propio hecho que aparece como más gravoso; se tiene representación del hecho delictivo genérico y luego de su estructuración puede sobrevenir el dolo; es decir que en sus comienzos surge una culpabilidad pura arrastrada por la voluntad; los matices a título de dolo serían por demás específicos y nacerían del hecho ya consumado. Sobre el tópico ha de volverse al considerar la voluntad en conexidad con el dolo sobreviniente.

La culpabilidad nace con la voluntad; el dolo es subsiguiente y surge con prescindencia de la voluntad, pero más tarde, al proyectarse, recibe también el concurso de la voluntad, no pudiendo dejarse de admitir que se origina por causa o en razón de la voluntad. Ello depende del enfoque que se haga, ya sea ponderando la voluntad como generadora del dolo o surgiendo éste con independencia de la voluntad. Ello también dependerá de los expositores

de las distintas teorías, cuyas argumentaciones se pondrán de relieve a lo largo de esta presentación. La voluntad da calificación al hecho a título de culpa pero también concurre para la gestación del hecho a título de dolo, que por otra parte podría haber nacido con prescindencia de la voluntad.

### 3. CAUSAL UNICA DE CULPABILIDAD.

Las causales determinantes de culpabilidad son, a través de la doctrina y de los teóricos del derecho, las que enumera la ley. Pero se omite la consideración de la voluntad como iniciadora del hecho que requiere más tarde la intervención del juzgador. No con ello se pretende negociar un revisionismo de los principios generadores de la sanción, pero sí consolidar la voluntad como factor gravitante o de incidencia exclusiva en la comisión del hecho. La influencia de la voluntad en la realización del hecho no goza de consenso y se referencia a la culpabilidad idónea para la determinación delictual. Pero la culpabilidad tiene su origen en una voluntad incentivadora que se mueve dentro de "zonas libres" y que hacen decidir la culpabilidad al materializarse el hecho.

Y la voluntad no puede graduarse para conceptuar el hecho; o bien acepta la promoción o ejecución, o consiente con el quebrantamiento de la regla al decidirse por la comisión de la conducta delictiva. En uno u otro caso queda autorizada la voluntad para enrolarse en el delito o marginar el quehacer típico penal. Estas gradaciones, de admitirse, dificultarían la calificación delictiva, ya que se despersonalizaría al no poder atacarse jures et de jure como delito. La admisión de una simple prueba en contrario quitaría la posibilidad de reproche; por ello la voluntad da precisión al hecho y no cabe otra alternativa de ser aquella gestora del hecho delictual o ejecutora del acto carente de contenido penal.

La voluntad es una noción conceptualmente subjetiva y es precisamente ella la que señala el camino o la elección del medio para la ejecutoriedad del ilícito. Esta característica de la voluntad, de ser determinante de la comisión del hecho más tarde reprochable, la hacen en cierto modo exclusiva y restringen las posibilidades de admisión de otros elementos para tipificar la conducta merecedora de pena, ya que aquella se basta a sí misma para encasillar el quehacer dentro del ilícito. No puede entonces excluirse la voluntad al considerar la sanción que corresponde a una conducta ya que aquélla es causal, o mejor dicho, contenido de la transgresión.

La voluntad en su exteriorización choca con el orden jurídico establecido y al pretender trascenderlo quiebra la normatividad y se acoge al perjuicio que de ello dimana: la sanción. La exigibili-

dad de la manifestación de propia voluntad, al transgredir la regla, es condición innata para movilizar los resortes de la pena.

Cómo se valora la voluntad para la determinación de la culpabilidad, queda reservado al estudio del caso concreto, el que goza de modalidades propias, pero siempre sometido a la exclusiva preeminencia de la voluntad que impone al sujeto activo un comportamiento determinado. Es esta la que actúa en función de culpabilidad ya que le ha impreso el sello distintivo de su participación excluyente.

Insistimos en la razonabilidad de la apreciación precedente, ya que es la voluntad la que ofrece la posibilidad al sujeto activo, pues éste, conocedor del medio jurídico, transmite la pormenorización del mismo para que la voluntad —poder decisorio— actúe en consecuencia. Pero sin omitir considerar que es la propia voluntad la encargada de la valoración, no sólo del medio jurídico, sino encargada también de producir u ordenar el sesgo que lleva a la sanción por comisión del acto ilícito.

La causa de justificación de la antijuridicidad debe buscarse en la voluntad; la motivación que esta encuentre significará el obrar o conducta consecuente. Y al obrar de tal modo no puede pretender una exculpación ya que la voluntad no está en condiciones de alegar una motivación justa para la transgresión.

La voluntad se constituye en el antecedente inmediato y obligado de la culpabilidad y ese elemento subjetivo que puede resultar extraño es el único posible de valoración para una ecuánime o justa retribución penal, sintetizada en el hecho cierto de la resolución condenatoria por parte del juzgador.

Una valoración fuera de lo normal hace inferir que se ha propiciado una actividad interesada; que la valoración es incorrecta y supedita la consecuencia a la decisión última de la voluntad, ya que si bien la normatividad le indica el respeto al sistema, la conjunción de otros factores de apreciación y aprehensión subjetiva le llevan a la adopción de una postura marcada por aquella voluntad, que goza del poder irrestricto consiguiendo vulnerar la norma.

Por qué inicialmente es la voluntad la encargada de obstruir el libre desarrollo de la licitud, proclamando la excelencia de su autoridad al hacer escoger —al sujeto activo— el campo delictual, ya que de tal modo se genera la instrumentación al transgredirse la regla.

La voluntad hace una apreciación originaria muy objetiva que luego va acomodando, asintiendo o rechazando aquella formación estructurada ab initio, cuya resultante será bien la marginación del delito, o incurrir contrariamente en su comisión, lo que implica el juego de la sanción. El desarrollo lógico y cronológico de todas las etapas conformativas serán las examinadas al momento del



juzgamiento donde la voluntad se constituirá en el centro o polo de atención por parte del órgano de aplicación. La gestión de la voluntad deberá destacarse al momento de la gradación de la pena, que si bien de modo ostensible no puede pronunciarse en relación a ella, ésta debe constituirse en el elemento de mayor predicamento para lograr la convicción necesaria que lleve a la sanción. El estudio de las fases configurativas y la determinante, o sea la voluntad, son las que efectivamente llevan la certeza y posibilitan una resolución razonablemente justa.

La voluntad no es un estado psicológico sino la cumplimentación final de todo un proceso; es la concatenación de etapas que se van desarrollando sin superponerse y adquiriendo relevancia de modo integral, es decir que debe desecharse la valoración unitaria de sus componentes, para considerarla en su estructuración final de voluntad propiamente dicha.

El fundamento de la sanción debe ser coincidente con la trascendencia de la voluntad, ya que es ésta la que origina la culpabilidad. No pueden asimilarse analógicamente ambos conceptos, ya que uno es producto de la ejercitación del otro. La inacción de la voluntad paraliza la culpabilidad. Ambos resultan dinámicos, pero este es matiz diferencial, puesto que en la voluntad, nace con ella, en tanto el estatismo de la culpabilidad se dinamiza con la aceleración que le impone la voluntad.

Al hacer una apreciación objetivada del medio jurídico que resultará luego atacado, está enfatizando o ponderando un personal interés y cuando el ataque se produce engendrando la lesión es llegado el supuesto de penalizar a título de exclusividad a esa voluntad transgresora que se exterioriza por medio de la actitud física o por una conducta omisiva. A no dudarlo se produce una colisión de intereses personales que agreden al ordenamiento jurídico y situaciones protegidas por éste y que se ven desvirtuadas por la actitud descomedida, o destemplanzas del sujeto activo. Este responde a las directivas de una voluntad que luego será pasible de la calificación de culpabilidad.

Cuando se trastoca el orden normativo; cuando se produce la subversión de la voluntad, alzándose contra los condicionamientos o pautas que impone la regla, surge la culpabilidad como despojada de todo aditamento y personalidad propia, cuando en rigor de verdad se trata del ejercicio de la voluntad el que lleva a la alteración del orden preestablecido. Cuando actúa en función de un derecho se adecúa a las facultades que le otorga la ley, pero cuando trasciende el marco de lo permisivo está representando el abuso del derecho, lesivo a los intereses de terceros beneficiarios. Y es la voluntad la que en definitiva hace uso o abuso para concluir con o en la culpabilidad a condenarse ulteriormente.

Entre la virtud del deber y el egoísmo del interés es la voluntad la que autoriza el sentido direccional, habilitando la sanción por el hecho de la transgresión que acepta y ordena. En definitiva, la causal de culpabilidad está dada por la propia voluntad que escoge no solamente el medio idóneo sino el mismo resultado delictivo.

Es bien sabido que para los estudiosos del derecho, la culpabilidad sobreviene a título de dolo o culpa desestimándose en esa concepción el estudio unitario de la voluntad que quedaría comprendido o implicado en los límites de aquella; parecería que del tronco común de la culpabilidad se derivara tanto el dolo cuanto la culpa, quedando englobado o comprendido todo elemento subjetivo en el rótulo de la culpabilidad.

Si para la caracterización de la culpabilidad es necesario analizar los elementos integrantes del concepto, para la ubicación de la voluntad como causante de la culpabilidad resulta innegable que la indagación de su naturaleza psicológica deberá también practicarse. Queda compendiado dentro de la culpabilidad ese factor gravitante del hecho ilícito, que es la voluntad, pero aquí se hace el análisis objetivo de esta última con abstracción de su inclusión dentro de la culpabilidad.

Es la voluntad la que consiente o desaprueba la acción que originará la culpabilidad y tal puesta en ejercicio es única con imposibilidad de compartirse.

La voluntad en su equivalencia de culpabilidad, por ser ésta consecuencia del ejercicio de aquella, es una posición que debe aceptarse como de contenido o valoración psicológica, reforzada o robustecida por las concepciones del derecho, que ocurren en la instancia reprochando aquella conducta o actividad subjetiva emanada de la exclusiva voluntad. El derecho lleva el signo distintivo de la valoración que hace de una actitud subjetiva y conducente a una categórica y clara expresión de culpabilidad que se inicia en la voluntad. El estado psicológico está conformado por la voluntad que empalma a la culpabilidad y la valoración queda constituida por el ejercicio del derecho que conduce a la punición definitiva de la voluntad-culpabilidad, lo que no significa dualidad, sino una conceptualización omnicomprendiva. No se advierte en ello dualismo alguno ya que la culpabilidad quedaría expuesta a la ejercitación de la voluntad.

Siempre que se referencia un concepto de manera cualitativa, o lo que es lo mismo, implicando su valoración que se canaliza en el sentido de la propia regla, se referencia también la culpabilidad, y con ello se acude a revitalizar la voluntad como desencadenante de la desestabilización jurídica al pronunciarse por una exteriorización de la voluntad delictiva.

La sola mención del ejercicio de la voluntad que se encierra en

el concepto de culpabilidad, trae a la consideración la presencia de un elemento valorativo ya que la primera obliga al análisis del aspecto subjetivo ante la evidencia cierta del hecho. Esta es precisamente la circunstancia final que ha de oponerse a la ley penal.

La actitud subjetiva determina la culpabilidad y la aceptación de esta premisa es elocuente para concluir que la esencia o naturaleza de ella no es más que la voluntad.

El enfrentamiento del autor y del hecho, amén de la aprehensión psicológica que pueda practicar el sujeto activo y que le hace adquirir la representación del hecho mismo en sus resultados, ya sean los buscados conscientemente y aun los calificados preterintencionales, están expresando la vigencia irrefragable de una causalidad psicológica cuyos factores contribuyentes se reducen al autor del hecho —reputado antijurídico— y al propio hecho.

El ejercicio de la voluntad origina la acción que concluye en la transgresión y el resultado —la acción— no puede simplificarse en su contenido, aduciendo su objetividad, ya que la conducta es el resultado del hecho decisorio de la voluntad; ésta es la que decide el modo de realización de aquella conducta. Equivale este concepto a admitir como inexcusable la presencia del elemento subjetivo en todo supuesto de quebrantamiento normativo, pues es la voluntad la circunstancia decisoria y razón originaria y excluyente de la transgresión. La acción es representativa de la ulterior culpabilidad y aquella responde a la influencia de la voluntad, ya que es ésta la que lleva a su pleno desarrollo y cristalización delictual. La voluntad rige en el evento y la acción es la elaboración o consecuencia de su intervención originaria.

La voluntad gesta la acción; ejerce su predominio ostensible y absoluto y le da una orientación y posición direccional, de la que podrá apartarse —la acción— solamente mediante una revisión circunstanciada que pueda hacer la voluntad. Pero la acción sólo no tiene envergadura estructural para modificarse por sí; necesita indefectible e imperiosamente del concurso de la voluntad.

La culpabilidad pondera como factor único integrante a la voluntad. Las exigencias de la culpabilidad se reducen al marco que le imponga la voluntad. Y es la voluntad la que le da al derecho el elemento idóneo para su cristalización como delito y es permisiva entonces de la intervención de éste para sancionar la conducta típica. Es la voluntad la que autoriza la participación del derecho, al violar la regla y conformarse una culpabilidad, por cierto criminosa.

El presupuesto para todos los autores es la culpabilidad, pero ahondando en la sede específica de la misma a título de culpa o en razón del dolo, aparece con relativa independencia la noción de voluntad, pero siempre sometida al concepto genérico de la culpa-

bilidad. Insistimos en revitalizar el concepto unitario de la voluntad, otorgándole entidad cualitativa, ya que aquella es generadora de la responsabilidad emergente de la culpabilidad.

Al despojarse la voluntad de todo aditamento extremo y extraño, queda incólume el principio de ser motivadora de la propia culpabilidad. Preservar la homogeneidad de este elemento subjetivo es asegurar la eficiencia y justeza de la sanción al tipificarse el sesgo, motivador de la intervención de la ley.

La condición eficiente de la acción estaría dada por la propia voluntad, cuya existencia queda asegurada por ser causal única del movimiento y desplazamiento de la primera.

Al ponerse en ejecución la voluntad, busca una manifestación concreta; una solución o respuesta sin ambigüedades al interrogante planteado, pero de contenido jurídico; debe producirse una relación de causa a efecto entre el resultado y el propio obrar.

Cuando se produce la colisión por la captación subjetiva o aprehensión psicológica del medio jurídico destinado a transgredirse, por parte del sujeto activo, la voluntad es la causante y a ella debe atribuirse la comisión del ilícito con prescindencia de cualquier otra motivación o causa.

Cuando la culpabilidad trasciende la imposición de la voluntad y se orienta de manera distinta a la originariamente conceptuada se produce una variabilidad que puede traducirse por inmutabilidad de la voluntad, ya que es esta la aprehensora psicológica del medio jurídico y es ella también la que ordena el cambio produciendo el hecho delictivo, sea a título de culpa, dolo o preterintencionalidad, conforme sean los elementos constitutivos, haciendo la salvedad que el dolo es adquirido luego de permanecer en expectativa, ya que la voluntad lo absorbe o asimila dando una modalidad distinta a la figura típica penal surgida. La voluntad tampoco puede prever el supuesto de resultado no querido, ya que tal representación no pasaría de mera abstracción; es entonces de colegir que la preterintencionalidad no tiene cabida o mejor dicho no puede funcionar como integrante de una pretendida relación causal integrada por la voluntad y la imposición del resultado.

No podría concretarse vinculación entre voluntad y resultado no querido, por la sola circunstancia de no tener representación en el sujeto activo el resultado no buscado. Se trataría de una abstracción en el supuesto del dolo, como corolario de la exteriorización de la voluntad; como circunstancia complementaria y ajena a la específica actividad de la voluntad.

#### 4. LA SUBJETIVIDAD. ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS- CONCURRENTES DE LA VOLUNTAD.

El primordial participante de la culpabilidad —voluntad— se ve

confluído por otros factores subjetivos que se avienen a su concurrencia, pero de modo complementario.

El elemento subjetivo básico y sobre el que se estructura la culpabilidad está dado por la voluntad. Esta concurrencia al accionar —o acto delictuoso— le da una característica que hace a la especificidad del hecho reputado criminoso. Vale decir que esta complementación de los elementos subjetivos dan la particularidad a la concepción genérica delictual otorgada por intervención de la voluntad.

Recordemos que la posibilidad de catalogar o rotular los distintos factores subjetivos que integran lo que devendrá hecho delictivo, no resultará fácil; ello dependerá del contenido que aquellos factores tengan y trascendencia que le otorgue la voluntad. En última instancia la voluntad actúa como reservorio de todos los elementos subjetivos que se dimensionan, conforme sea la atención que le merezca a la voluntad. Es ésta la que los acepta o neutraliza, o bien rechaza. De allí surgirá el comportamiento último del sujeto activo en tal o cual dirección, pero ya integrado el concepto delictual por intervención de la voluntad. Los elementos subjetivos contribuirán para la calificación específica del hecho cuya generalidad ya está dada por la voluntad. Pueden asimilarse a las circunstancias expectantes que adquirirán vigencia conforme sea la dispensa que le otorgue la voluntad. De ésta dependerá su integración complementaria para la ejecución delictual o su marginación para la elaboración del hecho ilícito.

Los elementos subjetivos del delito actúan con independencia de la voluntad, determinante de culpabilidad; la voluntad puede hacer abstracción de ellos sin modificar su estructuración de contenido esencial, mas inversamente tal no puede acontecer, por ser aquellos complementos no devenidos imprescindibles ni reputados necesarios para la activación de la voluntad que propondrá el acto ilícito y decidirá su ejecutoriedad. Estos elementos subjetivos merecerán también el análisis objetivo del juzgador, pero en su carácter de meros integrantes complementarios de la voluntad, donde radica la esencia o razón de ser del hecho criminoso merecedor de la sanción. La voluntad resulta orientadora y propicia la ejecución del hecho delictual con prescindencia de su concreción.

Existe un propósito o finalidad que acucia para el desarrollo de la voluntad que dará nacimiento a la acción típica; la obtención de un resultado que el sujeto activo se propuso. La actividad desarrollada imprime al hecho un carácter delictual y esa circunstancia reveladora de la voluntad, con la presencia o no de elementos subjetivos complementarios, es lo que trae aparejada la necesidad de sanción. La concreción en un resultado, previamente propuesto, es ingrediente independiente de la pena a imponer. Existe una

consumación delictiva, sin concreción aún, del fin perseguido. El resultado es prescindente; el juego de la voluntad y elementos subjetivos que podrán asistir a es lo que moviliza la sanción, la que deviene consecuencia del resquebrajamiento del orden jurídico producido.

La voluntad, a través de su cristalización —la acción—, persigue la obtención de un fin, el que obtenido o no, es configurativo de la sanción y en aquel accionar cristalizado de la voluntad se prescinde de la consideración de los elementos subjetivos que persisten en su modalidad de abstracciones frente al supuesto concreto de la voluntad.

La antijuridicidad del acto se conforma a la pretensión delictiva del sujeto activo, cuya voluntad propicia la alteración normativa dando paso a la sanción. Ello con independencia de lograr armonía entre propósito y resultado, ya que la resultante del obrar —delito— provoca la adecuación de la pena al caso concreto. El elemento subjetivo es sobreviniente a la aprehensión del medio por parte de la voluntad; luego de sopesadas todas las circunstancias por parte de ésta, persistirá o no la actividad complementaria de los factores subjetivos en su adecuación a la voluntad.

El propósito o fin propuesto guarda relación directa cuando se vincula su asistencia o concurrencia al hecho delictivo; su examen fuera de la posibilidad delictiva no es significativo para su valoración, puesto que tanto voluntad como factores subjetivos se los referencia para el evento de la transgresión de la regla; ante el hecho típico y relevante penalmente. La voluntad debe estar identificada con el tipo penal resultante de su ejercicio. Cuando no se adecúa al tipo referenciado el carácter delictivo desaparece por el solo hecho de no transgredirse ninguna regla del ordenamiento legal; existiría ausencia de delito por inexistencia de motivación de la voluntad que no escogió una conducta penalmente típica.

Cuando se busca una definición concreta y de fundamentación irrefutable, se menciona al delito como acción antijurídica de naturaleza culpable; es decir que se lo referencia como acción lesiva a la norma, que hace nacer una culpabilidad y esta no puede sino tener origen en la voluntad que ordena un procedimiento determinado. La aprehensión psicológica del medio jurídico el cual va a trastocar se hace por captación de la voluntad, trasmisora final de la decisión delictual que llevará a la culpabilidad. Existen aparte de la voluntad otras referencias subjetivas que van a aditarse a las primeras, pero sin transmitirle características especiales, sino participando de las modalidades que le imprime la voluntad.

Si se excluyera la culpabilidad el reproche no se formularía y por ende sería de admitir una voluntad enderezada a no transgredir la regla.



La culpabilidad no es sino la exteriorización de la voluntad concretada en el hecho punible que hace funcionar el reproche; este reproche no es sino la repulsa de la ley ante el orden jurídico conmocionado.

La voluntad se estimula con el medio; la motivación para crear las condiciones de desarrollo está dada por la predisposición de asimilación a conceptos que van dirigidos a lesionar la juridicidad, obedeciendo a premisas que le imponen un comportamiento particular y típico. Se trata de presupuestos que condicionan la vigencia del ilícito a la aprehensión por parte de la voluntad, del medio jurídico ya previamente agredido por la concepción o representación que tuvo el sujeto activo y que traerá obligadamente la aplicación de la sanción.

El estudio de la motivación desencadenante de la sanción dependerá de la atención que merezca al juzgador el estudio profundizado de la misma voluntad, ya que la razón de la sanción guarda estrecha relación con los fundamentos dados por la voluntad para informar la transgresión o justificar la violación del ordenamiento jurídico u ordenamiento positivo.

Maurach dice que "la acción es una conducta humana dominada por la voluntad". Vemos aquí reproducido el concepto cuyo epicentro está localizado en la voluntad. La preponderancia de esta última se resuelve con la trascendencia que le otorgan los autores alemanes, quienes destacan la vitalidad de la voluntad como contenido o substancia de la acción. Esta no puede concebirse sin recurrir a la noción de voluntad. La particularidad de la voluntad o mejor dicho las particularidades, son aceptadas parcialmente por la doctrina para justificar la culpabilidad; ésta sería un presupuesto, un mero factor coadyuvante demostrativo de la existencia de aquélla, que se evidencia precisamente por una exteriorización —llámesele culpabilidad— que pone en movimiento el aparato de la sanción.

La valoración de las circunstancias o condiciones externas sujetas a la aprehensión psicológica debe ser hecha por la voluntad. Es esta la que sopesa beneficios y desventajas y mediante un procedimiento selectivo de decantación acepta ciertas modalidades que se canalizan para concluir con la subversión del medio jurídico al que embate para poner en ejercicio o actividad a la sanción, etapa última del proceso abierto por mediación de la voluntad.

Esa valoración o apreciación subjetiva es la que lleva al movimiento impulsor del quehacer ilícito. Prescinde de sobrecargas y

procede al descarte de notas sin significación para poder así ingresar a la lesión jurídica o al estricto delito, para guardar mayor preciosismo. Se debe producir una relación de causalidad que evidencie la presencia de la voluntad y el delito consiguiente.

La voluntad desecha ciertas condiciones y se pronuncia selectivamente para lograr el resultado buscado. Frustra determinadas circunstancias mediante su absoluto rechazo y hace uso del "derecho preferencial" hacia ciertas posturas que originarán la transgresión, la que se presenta ahora como inevitable. De tal manera su arbitrio está indicando la existencia delictual subsiguiente. El campo operativo de la voluntad se proyecta dimensionalmente y queda circunscripto sólo una vez que se haya producido la aprehensión del medio jurídico elegido para lesionarlo. Recién allí se produce la restricción operacional de la voluntad, que queda limitada al medio elegido. Puede sufrir modificaciones posteriores pero ello como consecuencia de la actividad de pluries elementos subjetivos que van a tener incidencia sobre la aprehensión originaria de la voluntad. Pero la influencia que pueden ejercer es solamente formal, puesto que acumularán factores que afirmarán la elección practicada por la voluntad o la atenuarán, conforme sea el grado de receptación por parte de la voluntad.

La conformación definitiva de toda la subjetividad sintetizada en la voluntad y valores complementarios quedará reflejada en el hecho delictual, producto de la decisión de la primera, cuya idoneidad origina a su vez la referenciada transgresión.

Los aditamentos subjetivos que complementan —pero no suplen— a la voluntad, son quizá los que posibilitan la calificación del hecho a título de dolo. Las modificaciones que se operen tendrán una valoración muy significativa conforme sea la trascendencia de aquella influencia, en orden a expansión de la voluntad. Dentro de una escala de valores —de 1 a 10— aun ocupando el último de los estamentos señalados (10) la voluntad seguirá siendo factor esencial y las modificaciones no podrán incidir en lo substancial sino en las alteraciones formales del hecho digitado por la voluntad y destinado a modificar el estrato jurídico, que trae como consecuencia la aparición de la sanción.

La sanción sería la consecuencia final de la elección efectuada por la voluntad y que entró en actividad por mediar una culpabilidad demostrativa de la autoridad de la voluntad, ya que aquélla surge por decisión de esta última.

Es innegable la adjudicación de prioridad que debe otorgarse a la voluntad como elemento basal o integral de la noción de culpabilidad. A su influjo se operan todas las agresiones y acometimiento al medio jurídico y ese trastocamiento o subversión da paso a la secuela obligada de la pena.

La voluntad está dotada de fuerza y goza de preeminencia sobre todos los restantes factores subjetivos a los que impone la modalidad y adecúa al hecho que modificará o alterará el *sustratum jurídico* y que no es otro que el obrar o hecho delictual.

Todos los elementos subjetivos se someten a la decisión final de la voluntad y tienen apenas el carácter de complementarios, mas no excluyentes, cuyo ejercicio queda reservado a la voluntad.

##### 5. NECESIDAD DEL CONOCIMIENTO OBJETIVO DE LA VOLUNTAD COMO CONTENIDO DE LA SANCION.

La voluntad del sujeto activo se opone a la "voluntad" de la norma y la transgrede con su actividad.

La culpabilidad se asienta sobre la reprochabilidad de la voluntad, cuando ésta merece sanción es llegada la oportunidad de admitir que se ha demostrado eficientemente su exteriorización, es decir la culpabilidad.

La pena que sucede al evento demostrativo de culpabilidad es la sanción a imponerse sobre la voluntad. Se ha producido la aceptación de la voluntad para obrar contra derecho; va a ejercitar actividad contrariando la regla, cuyo contenido trasciende. La voluntad tiene representación —a través del sujeto activo— del hecho a cometer y no es conocimiento abstracto; sabe que antijuridicidad es obrar contra el derecho; el conocimiento que adquiere no es óbice para culminar el ilícito. El nudo gordiano radica en saber si ante una situación concreta se ha delinquido; el concurso de la voluntad queda implícito ya que todo quehacer típico lleva como connotación la decisión implícita en la voluntad.

Las motivaciones del comportamiento humano son consideradas desde distintas ópticas, pero la valía a los efectos condenatorios se obtiene mediante un enfoque amplio de la voluntad, pero no obstante su amplitud, debe circunscribirse al acto decisivo y determinante de la concreción ilícita que está gestada, ordenada y cumplimentada por la voluntad ejercitada.

Hay un ordenamiento que debe ineludiblemente ser observado y respetado; cuando la conducta del agente se manifiesta contraria a aquel ordenamiento concluyendo con la inobservancia de la regla, surge la pena como retribución a aquella manifestación de voluntad encerrada en la más tarde culpabilidad; la voluntad refuerza su tonicidad y se estructura de tal manera que llega a inferir la lesión del ordenamiento legal; la reacción que sugiere tal apreciación se condensa en la necesidad de represión traducida por sanción.

La conducta del autor cuyo hecho se reprocha se ajusta a la exigencia de conducirse de un modo racionalmente preestablecido;

el comportamiento inverso es el señalado por la juridicidad y al cual está obligado a respetar. El acatamiento a los cánones que referencia hacen de obligatoriedad sus reglas. El hecho que la voluntad —desencadenante de culpabilidad— se aparte de la observancia de su representación, traen la culpabilidad como accesorio indiscutido y con ello se introduce también la condena. La condena, amén de resultar preventiva, es la recuperación de una asepsia perdida por decisión de la voluntad, de turbar el desarrollo normal del acontecer dentro del escenario jurídico.

Es menester llegar a formular un juicio con contenido de eticidad jurídica, pues equivaldría, al imponer la pena retributiva, a consolidar la necesidad de conocimiento en referencia a la intensidad de las motivaciones, así como llegar a comprender el proceso de formación e integración de la voluntad. Siempre se produce una colisión entre la acción voluntaria y los valores que ampara el orden jurídico. La voluntad se ha pronunciado contra el derecho acreditado. Han quedado contradichas las reglas vigentes y la retribución de la pena se consigna como única posible dentro de un marco alterado por la “inconducta” de la voluntad. Y no se diga que puede caracterizarse a esta última como “buena” o “mala”; simplemente es voluntad enquistada en el orden jurídico y que motiva la reprimenda sancionatoria. Y ello no a modo de medida ejemplificadora, sino como sostén de un orden jurídico desestabilizado por la “inconducta” de la voluntad que ha optado por una alternativa conducente a la culpabilidad.

Pero si bien la voluntad, inequívocamente, genera culpabilidad, la oportunidad volitiva de determinación es de difícil concreción; en el supuesto, al dirigir voluntariamente la acción contra el bien protegido o tutelado penalmente, procede en detrimento del sentido ético y con menoscabo del orden social, abstracción hecha del daño infligido al orden jurídico. No se ajusta la conducta al mínimo de exigencias que le impone la normatividad y empalma y aun empuja su voluntad a la comisión del hecho reputado ilícito. Se trata de voluntad “creadora” de ilicitud que debe ser retribuida con el precio de la pena. Existe “conciencia de la voluntad” dirigida a minorar la regla misma, ya que se trata de actos de voluntad destinados a perjudicar la eficiencia jurídica y que una vez procesados devienen reprochables al ser configurativos de culpabilidad.

En todo este trabajo la culpabilidad queda enmarcada por la voluntad, ya que esta sería la razón o causa eficiente de aquella. La vida de la culpabilidad sería consecuencia de la existencia de la propia voluntad. Aquella dependería de la preexistencia de ésta y quedaría convalidada la estructuración de la culpabilidad sobre la base de la jerarquización de la voluntad.

La culpabilidad se orienta —itérase— en el sentido de una vo-

luntad reprochable. El conocimiento de obrar en contraposición al derecho, crea el conocimiento de la misma antijuridicidad convirtiéndose en elemento básico de esa estructura delictual y que lleva como obligada connotación la retribución de la pena o lo que es lo mismo, el reproche de la ley por el hecho típico.

La acción humana es el reflejo de la opción elaborada y concretada y esa opción la realiza la voluntad y a ella quedan sometidos todos los elementos subjetivos que en mayor o menor grado serán esgrimidos por la voluntad para robustecer la noción de quebranto del orden jurídico. Pero la intervención de estos factores subjetivos es a título de mera complementación y cualquier intento de encasillarlo de manera unitaria y con vida propia tropezará con la trascendencia del concepto de voluntad, que es precisamente quien les da vida y autoriza su permanencia o desestima su participación.

La voluntad deviene entonces genérica y en ese amplio campo de aplicabilidad los restantes elementos subjetivos resultan especificidades o particularidades de la conceptualización originaria. La subsistencia o materialización de estos últimos dependerán de la trascendencia o relevancia que les otorgue la voluntad. El centro de la resultante delictual deberá buscarse en la voluntad; todo intento de caracterización de la voluntad debe canalizarse hacia el delito que origina aquella, ya que su obrar posibilita la culpabilidad, y es sólo la voluntad la decisora en toda incursión delictiva, ya que producida la aprehensión, la estructura y orienta hacia y hasta la consumación del ilícito.

La voluntad puede y debe graduarse por parte del sujeto activo, ya que las esferas definidas de “justo” e “injusto”; “bien” y “mal” no le resultan desconocidas, contrariamente son perceptibles fácilmente para ella; al escoger por el rompimiento del orden e ingresar al campo delictivo, está respondiendo a impulsos que redundan en perjuicio del correcto entendimiento jurídico.

El saber reprimir impulsos que no vulnerarían la voluntad significaría la prescindencia del derecho penal en el supuesto específico; desaparecería su función preventiva atento a la inutilidad de su empleo por inexistencia de lesión. La pena se ubica para retribuir una culpabilidad emanada del ejercicio de la voluntad.

La actividad prohibida o expresamente vedada y aun implícita por su condición de atentatoria al sostenimiento del orden jurídico revelan la existencia de voluntad; en su mérito debe recurrirse a la pena, por el solo hecho de su comprobación; la observancia de las prohibiciones deviene rigurosa, pues de tal modo se margina una alteración probable del sistema jurídico y sus proyecciones sobre el aspecto eminentemente social. Las prohibiciones son los frenos inhibitorios o los contenedores de la voluntad en su desplazamiento.

to hacia el fin propuesto de la lesión jurídica. La voluntad hace abstracción del efecto y de la pena misma para conducirse o canalizarse hacia la consecución del fin delictivo. Resultaría primordial la inquietud subjetiva de producir el dislocamiento jurídico y todos los esfuerzos de aquella estarían encaminados hacia la referenciada finalidad.

Al individuo se le exige un determinado comportamiento implantado por la sola observancia de la regla; al rebelarse la voluntad contra un orden establecido se formaliza la constitución o aparición de la culpabilidad. Las oscilaciones de intensidad de las motivaciones así como el proceso formativo de la voluntad, deben canalizarse dentro de un cuadro de posibilidades para que pueda surgir la pena y acomodarse objetivamente para una justa aplicación. El carácter retributivo de la sanción lo da el hecho de la alteración producida por el ejercicio activo de la voluntad. Este conocimiento de la voluntad engendradora de la condena es el contenido vital de la propia sanción. Con relación a la aplicación de la pena debe adquirirse certeza de las motivaciones de la voluntad que llevan a transgredir el orden jurídico. Obtenido el resultado de este análisis será llegado el momento de valorarlos, para estimar de tal modo el quantum de la sanción, sin omitir considerar que es la voluntad la causal excluyente de la culpabilidad.

El carácter prioritario que se le hace asumir ante la realidad del ilícito, pondera el carácter de exclusivo elemento de culpabilidad, sobre el que deberá enfatizarse, dado que el reproche penal se origina en el ejercicio de la voluntad exteriorizada en la acción a examinar. Pero el estudio de esta hará retrotraer a la investigación de la propia voluntad, que es en definitiva quien conformará el ilícito.

Ilícito y voluntad son los términos de la relación causal, que no podrán desconocerse al momento de adecuar el reproche al hecho cierto investigado.

## 6. VOLUNTAD Y DELITO. CRONOLOGIA DE LA RELACION.

Resulta asaz necesario compulsar opiniones de meritorios estudiosos y tratadistas de derecho en torno al concepto de voluntad así como su evolución hasta el momento actual. La regla determinante de la autoridad de la voluntad, así como el carácter orientador en su relación con los elementos subjetivos, ha sido el de su incidencia gravitacional en la realización del hecho antijurídico. Todos los esquemas diagramados hacen inferir que al nuclearse plurifactores alrededor de ella, la voluntad impone su criterio. Hace girar en torno suyo elementos concurrentes pero en carácter de ocasionalidad, ya que se sirve de ellos conforme convenga a la



elección practicada para infiltrarse en el medio jurídico que desbaratará, propiciando de tal modo la intervención de la pena, que acude supletoriamente pero en función del acaecer delictivo. Hace suyos la voluntad— los aditamentos subjetivos y les da mayor o menor preponderancia para que se avengan a su necesidad o conveniencia. Al decidir “per se”, la voluntad se desembaraza de pre-conceptos —elementos subjetivos— y los asimila de acuerdo a las circunstancias o los desestima si con ello obtiene el resultado o fin perseguido o representado. El propósito perseguido y la obtención del resultado serán las causales motivadoras de su aceptación o rechazo, sea éste total o simplemente parcial. La voluntad los usa en función de medio o resultado, pero su arbitrio es el que decide la inclusión.

Dice Carrara<sup>1</sup> que el determinismo del hombre le lleva a proceder en consecuencia; su facultad de obrar implícita también una independencia o una libertad que habilita la elección sin restricciones. Su propia libertad lo sujeta a la exigencia de una rendición de cuentas en lo que a comportamiento se refiere. Una elección libre presupone un condicionamiento a pautas o valores preestablecidos los que al ser trascendidos ponen en movimiento la sanción. El orden jurídico le impone un comportamiento; la voluntad al trascenderlo o no acatarlo está rebasando los límites permisivos, configurando con su conducta el hecho típico reprochable. Cuando se presentan alternativas, voluntariamente el hombre se inclina por una u otra postura; al enrolarse en forma definida en una de ellas lo aceptó y por así quererlo, procedió en consecuencia. Pero, dice Carrara, “su voluntad es menos espontánea, porque se halla aminorado el arbitrio en el momento de la determinación”. Prosigue expresando el ilustre autor que “esa disminución de espontaneidad se torna favorable para quien violó la ley, pues la fuerza moral del delito se aminora”. Es decir que la benignidad o “paternalismo” de la ley se produce al concretarse la reducción de los elementos subjetivos en la violación de la ley. Al reducirse la influencia de los elementos subjetivos se aminora la imputación o cargo formulado.

La voluntad dentro de la teoría de la degradación limita el arbitrio del hombre en su referencia a las violaciones. Toda determinación limita el arbitrio. Este está condicionado por la voluntad como circunstancia plenamente determinante. Supedita el autor, la voluntad en cuanto a su espontaneidad, a la aminoración del arbitrio en el momento de la determinación. Al gozar de una indiscutible libertad de elección y poder conducirse con prescindencia de cualquier otro valor, el acto lleva voluntariedad y es

<sup>1</sup> Carrara, *Programa de derecho criminal*, parte general, Temis, Bogotá, 1956, vol. I.

ésta la que decide la aceptación o repulsa de las posturas que se le presentan. La voluntad sería autodeterminante y funcionaría supeditada a la intensidad o limitación del arbitrio. Ello favorecerá la minoración de gravedad del hecho delictivo. Sin embargo, la autonomía de que goza la voluntad, conforme el autor, se restringiría en beneficio del arbitrio. A él se remite el tratadista sintiendo con su trascendencia.

La voluntad faculta la elección o la determinación del obrar, pero se trata de una elección que no pasa de ser una abstracción. Lo concreto estaría dado por aquella voluntad que orienta la elección y la hace incursionar en el campo específico del delito.

## 7. REFERENCIAS HISTORICAS. GRADACIONES DE LA VOLUNTAD

La culpabilidad era noción desconocida en la antigüedad y no pasaría de mera pretensión y con carácter de utopía tratar de preconizar la posibilidad existencial de la voluntad; al carecerse de conceptos referenciales se sujetaba la pena al resultado de la actividad. La promoción del castigo se agudizaba en razón del autor o ejecutor del acto reputado criminoso. Todo se circunscribía a la observancia del resultado y al reconocimiento de la autoría para imponer un castigo. La gradación emergente de causales exculpatorias o agravantes al tener su nexo de relación con la propia subjetividad, lo que resultaba indudablemente desconocido, no podía gravitar ni considerarse en el efecto de la sanción. La "inconducta de voluntad" era de imposible capitalización para la aplicación de penas; sólo admitía ésta al autor y resultado, con abstracción de elementos que el tecnicismo llegó a ponderar para enfatizar en torno a su trascendencia y consideración. La relación anímica; el aspecto estrictamente volitivo surge muy a posteriori como circunstancia valorizante o justificativo de la actitud reprochada.

La intencio, o propósito encaminado a la consecución del ilícito y el juego indudable de la voluntad, dentro del concepto o noción de intención, espiritualiza al derecho haciéndole adquirir dignidad autónoma. La propia voluntad que es la que engendra o posibilita la actividad delictiva contenida en el concepto genérico, se coloca frente a la intención, que sería su especie. La noción espiritualizadora fue introducida por el derecho romano estableciendo distingos de culpabilidad, conforme sea el criterio de la intención. Pero debía llegarse al derecho alemán para construir un sistema, que amén de definido estableció las diferencias que hacen al ejercicio y "combatividad delictiva" de la voluntad. Sin desechar las argumentaciones de objetividad que resultan esclarecedoras, pero no tema de esta elaboración, la sistematización lograda en el

aspecto subjetivo obliga al meduloso análisis y centra la atención en la voluntad, a la que confluyen la imputabilidad, el dolo y la culpa.

La antijuridicidad enfrentada con modalidades propias a la voluntad, sería la motivación o referencia vinculatoria con toda participación subjetiva representada por la voluntad. El aspecto externo de la imputabilidad en una relación obligada con la voluntad. La antijuridicidad es el desborde del medio jurídico convulsionado por la intervención de la voluntad, que accede a él por decisión libre de esta última. El elemento objetivo en su conexión con la voluntad, siendo ésta la causante del desbordamiento de aquél. Pareciera que la antijuridicidad con representación formal de la imputabilidad se encasillara en el ordenamiento positivo, pero restrictivamente, ya que el elemento subjetivo —voluntad— condiciona su existencia. La personalidad de la antijuridicidad —imputación— estaría dada por el hecho de haber sido rebasada o trascendida por la voluntad.

La acción psíquica —preeminencia de factores subjetivos— con preferente atención de la intención, es determinante para la corroboración de la presencia de voluntariedad en el acto prohibido por la ley. Este enunciado del positivismo suscitó críticas así como también la adhesión de primeras figuras del derecho y fue argumento esgrimido a modo de premisa para fundamentar la validez y eficacia de los elementos subjetivos. Es indudable que el positivismo englobó en el concepto de culpabilidad todas las posibilidades del ilícito y conductas merecedoras de atenuación o eximentes para que fueran reputadas criminosas. Ello fue motivo de la necesidad técnica de definición jurídica y se logra muy aposteriori, al concretarse en la doctrina la implantación retributiva de la sanción pero no divorciada de la culpabilidad, esto es, la eficacia y necesidad incontrovertida de la pena cuando la voluntad asume la “responsabilidad” de autoría de quebrantamiento del orden jurídico, trasuntado en la culpabilidad.

El positivismo admite la existencia del dolo y de la culpa como integrantes o constitutivos de la culpabilidad y dan fundamento a los sostenedores de la voluntad en su única consecuencia, que es la referenciada culpabilidad. De tal modo tampoco aceptan las postulaciones de quienes se embarcan en la demostración de una responsabilidad sin culpabilidad. La antinomia surge de su propio enunciado. El mérito que cabe a las escuelas o sistemas tanto italiana cuanto alemana, es sin duda haber recogido los antecedentes o creando los propios para destacar la preponderancia de los elementos subjetivos en la conformación de la culpabilidad.

Los autores nacionales —y esto vale a título simplemente de acotación, por lo sintético del concepto— no guardan consenso al

referirse a los presupuestos que hacen al derecho penal en su concepción general, o a la más específica de la culpabilidad.

Soler<sup>1</sup> hace un análisis profundo pero mesurado de la culpabilidad, enrolado en una doctrina que lo tiene por expositor eficiente. No hay consenso en compartir sus postulaciones pero no por ello deja de gozar de los merecimientos que impone la jerarquía de sus fundamentos. Alude a la imputación como presupuesto de la culpabilidad, pero ésta no se identifica con el dolo o culpa, conforme se trate de uno o de otra, es decir, que el *sustratum* aparece como admisible para ambas.

Tendrían un denominador común originado en la culpabilidad. Al no establecerse distinciones formales y englobarse en el rótulo de culpabilidad —dolo y culpa— se hace nacer la noción “culpable”, cuando la capacidad de obrar se manifiesta avasallando el orden jurídico obligadamente respetado. Como se ve, las distinciones no son oponibles por existir un concepto común a ambas. En el capítulo pertinente se volverá sobre el particular.

En definitiva acepta el autor, la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad. La advertencia de Fontán Balestra<sup>2</sup> al requerirse la imputabilidad como exigencia de la responsabilidad, es la plausible consecuencia de aceptar la responsabilidad penal cuando certeramente puede adjudicarse la autoría del hecho criminal. También aquí la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad. Pero el último de los autores admite sin ambages que la culpabilidad se basa o erige ante la certidumbre de la preexistencia del acto delictuoso, que es lo mismo que decir o aceptar que la valoración se hace ante la evidencia del hecho concreto, que no es otra cosa que el mismo quehacer ilícito. De tal manera y solamente así puede inferirse y concluirse que la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad. El matiz diferencial queda establecido por la toma de razón o prioridad que le otorga el factor o elemento valorativo. No puede por otra parte admitirse siquiera como preconcepto la posibilidad de culpabilidad sin el hecho cierto y concreto del reputado delito.

La culpabilidad presupone el hecho sobre el que incidirá ésta y es precisamente la configuración del acto criminal. No podrá acriminarse la primera sin la comprobación previa de existencia del segundo. Sólo en esta instancia podrá válidamente hablarse de culpabilidad. Se puede hablar de responsabilidad penal cuando inequívocamente puede adjudicarse la realización del hecho —ideal o

1 Soler, *Derecho penal*, T. II, p. 14 y ss.

2 Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II.

material—. Cuando concurren ambas circunstancias —delito y autor— podrá hacerse referencia a la responsabilidad penal. Este es el *ley-motiv*, para que el autor soporte las consecuencias de su conducta y que hace habilitante el reproche. Nace la responsabilidad de la preexistencia de la imputabilidad, elemento intrínseco de la relación.

Cuando se verifica o comprueba la imputabilidad como generadora de responsabilidad, es llegada la oportunidad de aceptar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

La voluntad es atribuyente del delito. Las acciones punibles son el resultado de la actividad del hombre para que pueda endilgársele a aquella voluntad la promoción o ejecución del hecho delictual. La culpabilidad implica la voluntad. La culpabilidad comprende a ésta así como a la imputabilidad, que es uno de los elementos constitutivos de la primera; tal la posición de un sector del pensamiento penal alemán, pero al fin se produce cierto revisionismo y se vuelve a hacer mención a la culpabilidad de manera genérica.

La imputabilidad es la caracterización de la culpabilidad al promoverse la posibilidad del ilícito; culpabilidad es omnicomprendiva de imputabilidad y ello es tan cierto, como cierta su condición de presupuesto —imputabilidad— de la culpabilidad. Pero ambos términos, culpabilidad-imputabilidad están correlacionados con el concepto de responsabilidad y sobre ellos se volverá al encasillarse las nociones en compartimentos estancos y verse su interconexión a posteriori de la aparición del delito. La culpabilidad es el ligamen obligado de la imputabilidad. Pero, previamente a su posibilidad "existencial" deben determinarse condiciones que hacen a aquella noción y sin las cuales su aparición no se produciría. Estamos referenciando tipicidad y antijuricidad. Ello como dato último ya que la lesión jurídica debe ser antepuesta a la actividad puramente culpable del sujeto. La lesión del ordenamiento; la intervención productora del desborde de la norma es el *sustratum* de la culpabilidad; ésta aparece una vez producida la lesión de la regla. La tipicidad es el sustento de la culpabilidad ya que con el aditamento de la antijuricidad promueve el surgimiento de la mencionada culpabilidad.

La culpabilidad se conforma, o si se quiere, se insinúa con cierta definición cuando se trata de corroborar la actuación del autor en el acto antijurídico. Cuando es comprobable la autoría señalando objetivamente el camino de la lesión, se constituye la tipicidad en antecedente obligado de la culpabilidad; aun es más, no podrá concebirse la culpabilidad sin adentrarse en la tipicidad; así como tampoco podrá elaborarse una doctrina de aquélla sin considerar la necesaria existencia de la antijuricidad. Ambos términos se

conjugan armónicamente y su análisis independiente resultará de imposible concreción. Para que se pueda actuar en función de culpabilidad, debe adecuarse ésta a los propios conceptos de tipicidad y antijuridicidad. Lo contrario sería violar un orden establecido lógicamente y cronológicamente para comprobar el hecho definitorio del juego de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Este criterio de los tratadistas alemanes valora el aspecto típico del acto *engendrador de culpabilidad*, a diferencia de los positivistas italianos que otorgan preponderancia a los elementos subjetivos, haciendo depender el delito de un cartabón que se rotula "injusto". Esta noción de "injusto" sería para el positivismo la razón de ser del hecho reputado ilícito.

Al hacer referencia a la culpabilidad —*strictu sensu*— debe adaptársela a las contingencias que ofrece la voluntad, ya que aquella no es más que la exteriorización de ésta, cuando apremiada por el hecho de la aprehensión psicológica del medio jurídico tiene que optar o bien por mantener su uniformidad, o trastocarlo mediante el acto delictual.

Existe entre ambos voluntad-culpabilidad, una relación insoslayable. En tanto se logre armonizar ambos conceptos, dependerá la eficacia y la certeza de la sanción. A esta exigencia se llega para resaltar la relación necesaria culpabilidad-pena en todas legislaciones.

Hubieron intentos iterados de incluir dentro de la culpabilidad modalidades que trascendían las en definitiva aceptadas, tratando de otorgarles matices propios, pero participando de la noción genérica de culpabilidad. Pero todos esos esfuerzos seguidos a lo largo de la "historia" de la culpabilidad quedaron relegados a meras expresiones de deseos, concluyéndose que las dos únicas especies se circunscriben o reducen al dolo y la culpa; los demás fueron aditamentos accidentales que al no lograr imponerse fueron diluyéndose hasta desaparecer de la consideración de la culpabilidad. Todo acto cometido en perjuicio del orden jurídico es de naturaleza dolosa o de índole culposa. Los elementos subjetivos que transitan para su conformación deben ponderarse para concluir en forma fehaciente con la calificación correcta. Ese primer encasillamiento del acto delictual es subsiguiente a la culpabilidad que se desprende de la comisión del ilícito que deviene con sus características de tipicidad y antijuridicidad. Es entonces definitivo y aceptado con casi unanimidad de consenso que la culpabilidad asume solamente dos modalidades: culposa y dolosa.

La exigibilidad del obrar debe ceñirse al deber de acatar la regla legal. Esa exigibilidad es el contenido trascendente de la culpabilidad. Y si tal no se resuelve, la culpabilidad desaparecería. Aquella sería la condición de la culpabilidad. Existe un aspecto vincular entre dolo y culpa que habilita el concepto de culpabi-

lidad. Al tratar específicamente del dolo y la culpa se ha de ver que al ser ambos configurativos de la culpabilidad guardan diferencias que, no obstante advertirse, no por ello desaparece el nexo o vínculo. La diferencia de características no obsta al desarrollo referenciado.

Dolo. Lo consigna del siguiente modo Carrara<sup>3</sup>: “Intención de ejecutar un acto contrario a la ley”.

El dolo tendría como sustento a la propia voluntad amén de la “consciencia”. Ambas expresiones están tipificando las aspiraciones de las dos teorías enfrentadas o contrapuestas. La intención como distintivo de la teoría de la voluntad y la consciencia vinculadora de la teoría de la representación. Carrara se pronuncia por la “voluntad consciente”. Al hacer recaer en la intención todo el esfuerzo de su construcción, valora la actitud de la voluntad como sustento de su teoría. Aparece la asociación de la voluntad con la consciencia de comisión del ilícito, o lo que es lo mismo, la violación del derecho.

Haciendo referencia a la definición expuesta por Jiménez de Asúa, puede afirmarse que “es la voluntad conscientemente dirigida a la realización del acto típicamente antijurídico”. Ella es lo suficientemente idónea como para significar que la orientación de la voluntad está empeñada en la promoción del acto típico con su connotación obligada de antijuridicidad.

Soler (citado por Jiménez de Asúa): “Existe dolo no solamente cuando se ha querido un resultado sino también cuando se ha tenido consciencia de la criminalidad de la propia acción y a pecar de ello se ha obrado”.

Otra cita de Jiménez de Asúa es la relativa a la que hace Núñez: “Obra dolosamente el autor que en el momento del hecho tiene la intención de cometer el delito o que por lo menos asienta su realización”.

Siguiendo con las citas expuestas por el eximio maestro del derecho, digamos que transcribe la acepción dada por:

Fontán Balestra: “Que el autor del hecho haya ejercido su capacidad de comprender la naturaleza criminosa de la acción y la de determinarse libremente”.

Y finalmente transcribese a continuación la definición que del dolo hace el propio Jiménez de Asúa: “Dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior, con consciencia que

<sup>3</sup> Carrara, *Programa de derecho criminal*, Parte General, Temis, Bogotá, 1956, Vol. I.

se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto y con representación del resultado que se quiere o consiente”.

Dentro de la estructura del dolo es indispensable hacer referencia a las teorías dominantes para otorgarle un contenido genuino. Pero para ello es necesario no desperdigarse, sino contrariamente centrar las observaciones en las teorías que lograron su imposición y persistieron en el mantenimiento de sus nociones. Es cierto que fueron depuradas y actualizadas a los valores reales, mediante la adopción de nuevos conceptos que se ensamblaron en la estructura originaria de la teoría.

En la “teoría de la voluntad” se dio participación al factor “consciencia”, pero sin prodigarse en relación a su virtualidad o al *rigorismo de su integración*, ya que la *preponderancia le fue otorgada a la intención o voluntad*. Pero ello no significa la adopción de la voluntad como elemento excluyente, ya que debe recurrirse a la consciencia como contribuyente de la ecuación. Resulta necesario no prescindir de la realidad que ofrece, tanto la voluntad cuanto la consciencia.

En la “teoría de la representación” como una sujeción a la consciencia, la característica se centraba en encontrar el origen del dolo en el factor de la propia representación; es decir en el propio conocimiento y recurriendo a la previsionabilidad del reputado autor.

Existe por fin, otra teoría, de alto valor conceptual y de significativa gravitación, en la que aparecen reunidos los elementos o factores distintivos de las teorías precedentemente enunciadas, adquiriendo trascendencia las conclusiones a que llega. Se trataría de una construcción caratulada como “voluntad consciente”.

Al margen de la teoría de la voluntad; de la representación y la última señalada, como de conjunción o armonización de los elementos característicos de ambas —voluntad y consciencia— tuvieron difusión algunas otras, haciéndose necesario enfocarlas en su oportunidad mediante un análisis exhaustivo y que habilite apreciar los puntos de coincidencia o disidencia con las ya esbozadas. Ello será motivo de un ulterior y detenido estudio. Pero advertimos que las nuevas teorías, con lineamientos aparentemente propios, quedan inmersas en alguna de las que responden a la concepción clásica y por tanto subsumidas en el ordenamiento que propician las teorías ortodoxas. Otras en cambio no logran notoriedad por apartarse del esquema donde debe estructurarse o conformarse el dolo.

## 8. TEORIA DE LA VOLUNTAD.

La dificultad consiste en determinar correctamente cuál es el



factor de incidencia directa para la estructuración del dolo. Decirse por uno de los elementos constitutivos —voluntad-conciencia— resulta tarea nada fácil; lo arduo o urticante de la cuestión reside en una circunstancia de valoración en beneficio de uno u otro de los elementos descriptos. La acción es el resultado de la misma voluntad y es innegable entonces su influencia para que el impulso pueda expresarse. Es la voluntad la que lo acciona y pone en circulación y la consciencia tiene un papel de mera espectación; sin lugar a dudas entonces que es la voluntad la que pasa a ser definitiva del dolo. El elemento intelectual no puede extenderse con autonomía, ya que carece de fuerza para lograr el impulso que generará la acción.

El quid de la cuestión radica o se origina en la posibilidad de considerar a una u otra como substancial o admitir de modo definitivo la concurrencia de ambas circunstancias. Lo que sí no admite dudas es la valoración de la voluntad como factor indiscutible de la acción. Es decir que la preponderancia de la voluntad se hace innegable en la estructuración del dolo, concurriendo sólo accesoriamente la consciencia o factor, o elemento intelectual. No puede decirse que deba prescindirse de este último, pero es la voluntad la que señala el camino y formaliza al propio dolo.

El intelecto no tiene fuerza o eficacia suficiente para lograr el “impulso” que plasma la acción; se hace obligatoria la presencia de la voluntad como determinante de la estructuración final del dolo. Tal concepción ha suscitado críticas y muchas voces se alzaron enfatizando en torno a la “irrealidad” de la teoría. Su más firme expositor fue sin lugar a dudas el mismísimo Carrara y su exposición de la teoría de la voluntad, si bien encontró reacciones, no por ello dejó de ser compartida, si bien se agregó como concepto direccional de la voluntad encauzada hacia un fin y ello se representa por la intención, que significaría el último término de aquella voluntad.

En esa corriente, también se alinean los promotores o sostenedores del dolo como voluntad orientada a la consumación del ilícito, o lo que es lo mismo —para ellos— adquirir representación de ese hecho sin que la voluntad se oponga; es decir que al tener cabal representación del resultado por el ejercicio de la voluntad, ésta no se detiene y prosigue su marcha hacia el delito. Pero la voluntad no se concluye luego de movilizar los impulsos originarios de la acción.

Estas acotaciones referidas incidentalmente a la teoría de la voluntad están contribuyendo para una demostración palmaria de que ello si bien reconocido en su condición de elemento determinante, resultaría incompleta para dar una respuesta válida a todos los planteos que pueden formularse. Tiene que existir una repre-

sentación que acuda en su auxilio —de la voluntad— para estructurar el dolo. Pero lo que resulta evidente es que no puede producirse su marginación —de la voluntad— pues de tal modo se llegaría al concepto erróneo de asimilarlo al supuesto concreto de culpa consciente. Voluntad más consciencia son los términos obligados y que deberán complementarse recíprocamente e influenciarse de igual modo para llegar a configurar el dolo.

La síntesis de ambos términos sería de acuerdo a ello la solución para la determinación del dolo.

## 9. TEORIA DE LA REPRESENTACION.

Al no pretender este trabajo pormenorizar en torno a exponentes de las distintas teorías, se hace una concepción genérica, para tratar más adelante de adentrarse en sus particularidades, pero de modo también conceptual. Por ello se ponen de relieve las características más remarcables, pero sin espíritu de crítica, sino a modo de mera exposición.

Dijimos que la teoría ve el dolo, o le resulta configurado en el exclusivo elemento de la representación; en el conocimiento que tiene el autor. La teoría nos ayuda a valorar ciertas circunstancias y condiciona lo querido a lo realmente representado. Equivale ello a decir que lo realmente querido, debe coincidir con la representación que de ello se tenga; la preeminencia de esta representación es la que autoriza la distinción entre dolo y culpa. Hay un resultado querido y representado, robusteciendo esta última la estructura de "lo querido". Resultaría comprometido buscar el deslinde de dolo y culpa, ateniéndose a la representación del resultado, sin acudir en procura de la voluntad, cuya cumplimentación resultaría no solamente necesaria, sino obligadamente insustituible lo que advierte sobre la armonización o necesidad de conjunción de voluntad y representación. Esta teoría que sujeta todo el elemento delictual no puede sobrevivir si la voluntad no acude en su auxilio.

Los que buscan sustituir la voluntad por la representación van a la búsqueda de un dolo falto de volición ya que la intervención del factor intelectual determina la representación; de tal manera puede concluirse que se trataría en la emergencia de un dolo incompleto que desnaturalizaría a la culpabilidad.

La teoría de la representación al consagrar la hegemonía del elemento intelectual, descartando toda intervención volitiva está anunciando su propio fracaso, ya que la prescindencia de la voluntad o la falta de consideración de ésta, trae aparejada la mala conformación o deficiente estructuración del dolo. Esto lleva a la admisión de una solución ecléctica, donde jueguen armónicamente y se conjuguen tanto voluntad cuanto representación.

El autor del hecho conoce primero la existencia de una conducta en determinado sentido por la existencia de una obligación; de allí en más puede trascender al orden jurídico —lesionándolo— o abstenerse de quebrantarlo. Esta conclusión es el resultado de la armonización de voluntad y representación.

#### 10. TEORIA REPRESENTACION-VOLUNTAD.

La estructuración del dolo se sirve de ambos elementos resultando estos vitales y trascendentes. La representación es el aporte del elemento intelectual y la voluntad la complementación volitiva. Mediante la aplicación de pautas que están condicionadas por la actividad de los dos elementos se resuelve el dolo, que aparece estructurado sobre bases ciertas y de aceptación universal, ya que no puede negarse la necesaria participación de los factores señalados para llegar a la conclusión de un dolo determinado. No puede sustraerse la voluntad para posibilitar la existencia del dolo; como tampoco puede dispensarse de consideración al elemento intelectual (representación). El juego armónico de ambos origina la teoría en examen y se aproxima a una realidad más objetiva, ya que una preeminencia de la voluntad es posible, pero asistida por la representación.

Una posición equidistante de todo extremo pero ponderando la presencia de la voluntad y enfatizando sobre su participación para la estructuración del dolo y asistido, reiteramos, por un necesario elemento intelectual (representación).

#### 11. REPRESENTACION. ELEMENTO INTELECTUAL.

Culpabilidad es la representación del hecho como típico y anti-jurídico. El conocimiento (elemento intelectual) que requiere el dolo es conocimiento de los hechos y conocimiento de su significación.

El autor debe conocer las modalidades que hacen al tipo, como también los medios conducentes al resultado. Para que el tipo legal se dé es de rigurosa observancia el conocimiento de las circunstancias o relación de hechos; ello da la representación del tipo que será objeto de la intervención legal. Revela la necesidad para el autor de conocer las circunstancias accesorias del tipo reglado por la norma. El conocimiento debe ser indudable en relación al tipo. No puede omitirse que es elemento de indiscutible vigencia. Al tiempo el resultado debe ser querido y esto lleva como connotación la prelación de la representación. Pero esta significación no implícita que las secuelas de la acción sean previstas íntegramente

es decir, que las derivaciones del resultado pueden resultar desconocidas.

Ciertas particularidades pueden ser ignoradas; es de toda lógica la falta de previsión en posibles ramificaciones del resultado; ello no significa dejar de formalizar el tipo legal; los accesorios del resultado pudieron muy bien no haber sido previstos y carecerse de representación.

Hay una concatenación muy estrecha entre el conocimiento del hecho y la tipicidad por ser un acto que se formaliza no obstante su prohibición. Los hechos que lesionan el orden jurídico están reglamentados por la ley y su sanción es consecuencia del proceder contrario a la prohibición. Hay un conocimiento del hecho que se desprende de la protección que le dispensa la ley; al trastocarse el orden por razón de su violación, se pone en funcionamiento todo el sistema represivo que custodia el ejercicio de la actividad jurídica del hombre.

En definitiva, los elementos intelectuales del dolo estarían en directa relación con la "necesidad" del conocimiento de los hechos. Esta sería la substancia del dolo; estaría dada por los elementos intelectuales valorados en razón del conocimiento que tenga de los hechos, pero de una manera genérica y sin particularizar sobre su eficiencia o relevancia jurídica. El tecnicismo de interpretación no sería exigible sino solamente resulta imprescindible conocer la naturaleza de los hechos.

La antijuridicidad del acto es requisito del dolo. Se debe tener conciencia que el conocimiento de lo injusto del acto resulta imperioso dentro de la formulación de la culpabilidad, cualquiera que sea la teoría que lo trate.

La acriminación no sería procedente contra aquel que careciera de la conciencia necesaria para calificar su proceder como atentatorio a la estabilidad de la regla. Cuando se distorsiona el orden jurídico debe existir conciencia que la actividad ha desnaturalizado el derecho que consagra la norma, al oponerse y castigar el comportamiento típico. El reproche aparece por haberse trascendido lo permisivo de la regla e ingresar en una órbita de prohibición por ser causante del orden jurídico subvertido. Debe existir entonces una plena conciencia de la antijuridicidad. Debe tenerse conocimiento del obrar antijurídico, pues al formar parte de la naturaleza del dolo, ese conocer implícita la certeza que debe presidir el reproche, cuando éste se formule. No puede omitirse que esta manifestación adquiere envergadura y relevancia plena, ya que el reproche es el antecedente de la sanción. Al requerirse conocimiento del hecho por parte del sujeto activo, es indudable que se deja expedito el camino del reproche o de la acriminación que concluye con la sanción retributiva.

Se requiere solamente, pero de modo significativo, que el sujeto tenga consciencia o conocimiento que el acto es contrario a la ley; debe saber que está transgrediendo una normalidad jurídica, pero con una concepción que no requiere tecnicismo, sino de un modo genérico, aunque concreto en su referencia a la lesión jurídica que su conducta provoca.

Se produce la asimilación de la consciencia de la antijuridicidad al propio delito, es decir que para que pueda reprocharse su perpetración; para que proceda el acuse, el sujeto debe tener consciencia de haber procedido con conocimiento de la ilicitud.

Sintéticamente, para determinar con exactitud y reprobar una conducta a la que se ataca de dolosa, debe arbitrarse la fórmula que habilite a concluir que existió en realidad consciencia de la criminalidad del acto. De esa manera solamente se podrá lograr la certeza ineludible para la justa sanción por comprobación del dolo. Lo definitivo en torno al elemento intelectual haciendo a la naturaleza del dolo, es admitir que quebrante con consciencia el orden jurídico. Quien procede dolosamente tiene consciencia y adquiere conocimiento que está activando la reacción del ordenamiento legal quebrado por el comportamiento típico y antijurídico del sujeto activo.

Concluamos con la necesidad ineludible de requerir el dolo conocimiento del hecho, para que pueda formalizarse el reproche. La tipicidad, la antijuridicidad y la responsabilidad, actúan de consuno para conformar la culpabilidad, en definitiva demostrativa de la voluntad y motivación de la sanción. El conocimiento del hecho no es otro que el elemento intelectual configurativo del dolo.

## 12. VOLUNTAD DOLOSA.

Junto al elemento intelectual que comparte la integración del dolo, es obligada la referencia a la voluntad ya que es esta precisamente la motivadora de la culpabilidad que es tratada en el epígrafe como dolosa. La representación asentada en el conocimiento del hecho requiere el concurso del elemento afectivo, que es transmitido, o mejor dicho, participado, por la voluntad.

Representación y voluntad hemos visto precedentemente, son elementos que actúan para generar la estructura del dolo.

Es innegable que la representación al formularse en el sentido de lo realmente querido no puede dispensarse del concurso de la voluntad, así como tampoco la voluntad puede prescindir del auxilio de la representación, ya que resulta contradictorio que aquella pueda querer como resultado aquello de lo que no tuvo representación.

Esa armonización de teorías (voluntad-representación) lleva a la síntesis necesaria para tipificar el dolo en su consideración estructural; cualquier ensayo que se haga de modo unilateral o pretendiendo dar valor de unidad exclusiva a uno de tales factores, caerá por una razón de consecuencia, ya que resultará imposible la consideración de la voluntad sin representación, como asimismo la representación con desconocimiento o abstracción de la voluntad consciente. Debe haber voluntad, no solamente representación. Se quiere algo que se formaliza acudiendo a la voluntad; pero tampoco puede desecharse la posibilidad que sea la voluntad la formalizadora de un resultado, es decir que aquella pueda originar la representación, que al ser abstracción, su constitucionalidad puede estar dada por la propia voluntad como preexistente a la misma representación. Esta acotación enaltecería a la voluntad otorgándole una valoración propia, donde la representación accedería secundariamente y por razón de la voluntad en la estructuración del dolo. La trascendencia de la voluntad consciente actualiza su vigencia sobre la representación que quedaría supeditada a la primera, sin desconocer indudablemente su valor, pero con dependencia de la voluntad.

Las modalidades delictivas, todo aquello que guarda relación con el hecho mismo y aun sus implicancias ulteriores, deben ser captadas en toda la intensidad posible; pero esta captación no debe obtenerse tan solamente a través de la representación, sino también por la voluntad.

La voluntad accede de tal modo a lo realmente querido. El resultado de esa elección voluntaria, sea en razón de acción u omisión, es el resultado precisamente deseado; es la consciencia querida y la irremisible conclusión entonces es su aceptación también por la voluntad necesaria del agente, puesto que, en libertad, impuso un resultado.

Se trata de un proceso volitivo cuya incidencia es notoria, ya que el resultado es el querido por la voluntad que de tal modo contribuye a la estructuración del dolo.

### 13. DOLO.

Es la estructuración de la responsabilidad criminal plasmada como fundamento de esta última; como esencia de esa responsabilidad y a cuyo título responde ante el hecho de la violación de la regla. Casi todas las legislaciones lo definen de manera expresa y asientan sus consideraciones en un artículo específico. No sucede así con nuestro Código, pero sus antecedentes de codificación fundaron la responsabilidad en la voluntad. Rescatamos en este capí-

tulo las consideraciones vertidas por Núñez<sup>1</sup> (propias y elaboradas por distintos autores) así como el comentario personal que suscitan sus conclusiones. Traían definiciones de dolo el Proyecto Coll-Gómez; Peco y el Proyecto de 1951.

Dice el autor: "El dolo no es, en materia penal, un actuar artificio... no es el dolo malo en el sentido del Digesto... ni la mala intención".

La voluntad es la determinante del delito. Se resuelve el hecho con la existencia de la voluntad que orienta a la consumación delictiva, con un preconcepto arraigado y sintetizado en la comprensión de la criminalidad del acto y la dirección de la acción. Pero al determinarse la voluntad hacia la concreción del delito, hace reposar la estructura del dolo no ya en la comprensión sino en la voluntad. No es suficiente la comprensión de la criminalidad del acto y dirigir su acción; es necesario que arbitre la voluntad el impulso para consumar el delito.

La voluntad sería la determinante. "La representación del resultado determina el contenido de la voluntad". La consciencia o representación tiene una significación distinta para el autor en consideración. Obraría con dolo quien ha conocido los hechos y el derecho aplicable que fundamenta la conducta que en la oportunidad ha observado. Se busca entonces hacer aplicable el derecho en el caso del dolo, cuando el autor tenga comprensión del hecho. La responsabilidad se acreditará y acrecentará cuando más se acerque a comprender el hecho. De otro modo no tiene por qué responder penalmente.

La calificación del delito por parte de la ley ante un hecho determinado y una conducta no reputada como delictiva, su autor no está sujeto a ningún tipo de sanción, por más que se quiera establecer un paralelismo entre ambos supuestos. Dice Núñez que la "responsabilidad delictiva debe fundarse en la comprensión del carácter del hecho por parte del autor".

Se entendería entonces que de no mediar la comprensión de la naturaleza del ilícito sería incongruente la aplicación de sanciones; que la responsabilidad surgiría solamente del "saber" por parte del sujeto activo que encuadraría dentro de una relación de causalidad con la propia responsabilidad. Al no existir comprensión del hecho, se debilitaría la responsabilidad delictiva; ésta quedaría sujeta a la trascendencia de la primera. Una indagación por cierto difícil y de dudoso resultado.

La voluntad es la que definitivamente determina el dolo. Este se constituye con asistencia inexcusable de la voluntad. Cuando

<sup>1</sup> Ricardo C. Núñez, *Derecho penal argentino, Parte General*, Bibliográfica Omeba, 1960, t. II.

sobreviene la sanción como efecto correspondiente a un comportamiento irregular o típico, este es el resultado del acto voluntario. El sujeto activo supo del acto criminoso; tuvo conocimiento o consciencia de su materialidad y criminalidad y no obstante ello ejercita su consumación; este ejercicio se lo está otorgando la propia voluntad y de tal modo ese acto se estructura doloso, ya que se perfecciona a expensas del medio jurídico alterado o lesionado por conducto de la voluntad.

Al hacer referencia al dolo no puede soslayarse la noción de voluntad asociada irremisiblemente al primero. Al conocer o adquirir comprensión del acto criminoso el agente va a su acometimiento —contra el orden jurídico— mediante el ejercicio de la voluntad. La inserción de ésta en la ejecutoriedad, convierte en doloso al acto. Es innegablemente el efecto de la intervención de la voluntad. De no mediar esta, no podría suscitarse la noción de dolo.

**Dolo:** Intención encaminada a la ejecución del hecho, con conciencia —del hecho reputado ilícito— o la previsión de su resultado mediante representación.

Aquí la intención está dirigida a la ejecución del hecho delictivo, con consciencia del quebrantamiento de la regla. Aun teniendo como posible el resultado, ello no es óbice para detener al sujeto activo quien ataca el orden jurídico no obstante prever que el acaecimiento del resultado representado puede materializarse. En el primer supuesto sabe del delito que su acción engendra. En el segundo caso el resultado, apareciendo como probable, es previsible; sin embargo persiste en su conducta típica y penalmente reprochable. Aquí se ha estructurado el dolo, que existe originariamente; no se produce la adquisición dolosa, ya que ella nace con la representación habida, sea como delito a cuya búsqueda ocurre o como probabilidad del acontecer delictivo también representado y previsible para el agente.

El dolo debe tener “vida” al momento del hecho. Debe existir al decidirse la ejecutoriedad y que esta tenga principio de productividad; allí debe existir el dolo; en el momento que pueda acusarse de actividad delictiva, no insinuada, sino ejecutoriada con la promoción solamente del ilícito. Los antecedentes y consecuencias del hecho no llevan implícitas la connotación del dolo, sino que éste nace en el instante mismo del hecho. Las materialidades previas o posteriores no pueden computarse como configurativas de dolo. La estructuración queda formalizada en el instante mismo del hecho reputado delito. Las posiciones anteriores no tienen relevancia ni adquieren envergadura para su consideración jurídica o para calificar el acto como doloso. Las materialidades posteriores no gozan de significación cuanto de entidad para ponderarlas



como demostrativas del dolo, ya que éste debe existir, adquirir vigencia, al momento preciso del hecho. El dolo quedará determinado por la conducta y al momento de producirse el acontecer sin observancia de posiciones anteriores o posteriores al momento u oportunidad de la conducta dolosa. El encasillamiento se logra mediante la aprehensión del momento del hecho, que da carácter doloso al acto. La imputación criminosa nace allí y solamente allí a título de dolo.

La tipificación del hecho como doloso sobrevendrá exclusivamente de la conducta observada por el sujeto activo al momento del hecho. Esa conducta de la oportunidad o momento del hecho es configurativa del dolo y es éste el concepto que debe prevalecer y la circunstancia que debe observarse al momento de la tipificación del quehacer reputado delito. La estructuración del dolo se concreta canalizando la conducta al momento del ilícito para concluir con su culpabilidad.

En orden a la voluntad, el dolo tiene una forma de expresión dada por la misma voluntad del agente frente al hecho; esa manifestación queda acreditada por la intención —dolo directo y el dolo eventual—.

La intención es corroborante del resultado querido por su autor; se desenvuelve mediante la acción destinada a producir el resultado. También puede realizar o cumplimentar estadios que la norma definirá como intencional. La propia definición al ser tan concluyente le hace participar de la modalidad que le atribuye, ya que considera la intención como voluntad orientada al resultado; su mira está pendiente y sujeta al resultado, pero ello no significa que se asimile a éste.

Existe dolo directo si el agente conoce con anterioridad, es decir con prelación que la consecuencia de su acción lleva a tal resultado inequívoco, o cuando tuvo previsión de tal resultado como secuela de la acción dirigida en tal sentido. Si no obstante este antecedente, que no es otro que la representación obrante, continúa con su actividad de manera voluntaria, arribando a un resultado que es la secuela obligada de su conducta, o el estado final de su actividad, se está en presencia del dolo directo. Es su voluntad lo que permite la ejecutoriedad del acto tenido como doloso, ya que no obstó a su acometimiento la representación habida. Debe advertirse que se tratará en el supuesto de una actividad voluntaria. El papel protagónico está reservado a la voluntad que actúa libremente y sin restricciones que le impongan un comportamiento a priori. Ese desplazamiento en libertad de la voluntad, traducido en la acción que aquella ordena, califica al dolo como directo. La influencia que recibe la acción está dada solamente por la voluntad.

En el caso del dolo eventual no sólo difiere el comportamiento, sino que el resultado se presenta aquí como posible. Al asumir una posición determinada que puede originar tal resultado, es decir que admite la posibilidad del mismo y actúa sin impedir la realización, se estructura el dolo llamado eventual. Al admitir la posibilidad, corresponde a la misma sin detener su acción. Se produce el menoscabo a la regla ya que asiente con el resultado posible. Al acomodar su conducta aceptando el resultado como posible —el resultado representado— está aceptando también el comportamiento que sabe ilícito. El contenido doloso se lo proporciona la actividad que le imprime la voluntad a sabiendas de la posibilidad cierta de producción del resultado.

En el dolo eventual se acepta el resultado y se acomete mediante la acción; al representarse el resultado como posibilidad, debe conformarse al producirse el mismo, ya que el riesgo en que se empeñara implícitamente el resultado en definitiva dado. Al aceptar como posible el resultado, optó por aceptar el riesgo que ello significaba. El agente no desiste de su acción no obstante la posibilidad del resultado y esta última no es posibilidad remota sino contrariamente es circunstancia factible de concreción. Al persistir en su conducta, sin condicionar su voluntad, está aceptando el resultado dado. La voluntad decidió el perfeccionamiento del acto impulsando la acción, teniendo convicción de la posibilidad del resultado. Al representarse este como próximo y correspondiente a la propia acción está aceptando que el mismo se produzca y no por ello se detiene, sino por el contrario no ensaya acciones tendientes a su impedimento. El resultado tuvo cabida en su volición, ya que ésta al prever el hecho no reacciona en sentido opuesto, sino que persiste en su actitud de consumación u obtención del resultado. La ilicitud es consecuencia de una representación aceptando las contingencias de su resultado. El dolo eventual es sancionado en atención a su persistencia resolutive, ya que se estructura en base a la seria posibilidad del resultado obtenido; a pesar de ello la voluntad no se detiene y el agente arriesga una conducta sin ninguna prevención en razón del resultado. El sujeto actúa con conciencia a despecho de la prudencia que le aconsejaría el ordenamiento jurídico; hace tabla rasa con todas las limitaciones que impone la norma y aun conociendo de la antijuridicidad de la acción, acomete con la posibilidad de obtención de un resultado determinado.

#### 14. DOLO EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO.

Como se refiriera precedentemente en esta presentación el Código nacional específico no trae una disposición concreta y pre-

cisa del dolo, pero ello no obstante se resuelve mediante la meridiana claridad con que se expone el artículo 34 del Código Penal, donde en forma genérica expresa la impunidad. Esto es que debe inferirse del precepto al concepto de dolo ya que ninguna disposición advierte sobre la existencia del dolo de manera cierta, sin abstracciones. El precepto habilita la posibilidad interpretativa, pero es nada concreto ya que hace una remisión de carácter general, sin referirse derechamente al dolo.

Hemos visto a lo largo de este trabajo que los autores ensayan la definición y guardan consenso en cuanto a su inserción en los códigos de esta sede; así lo han comprendido las legislaciones más modernas, las que adoptan una postura donde se define elocuentemente al dolo sin efectuar remisiones o dejar que el juzgador hurgue en procura de la calificación. Al expresar que existe dolo en determinados supuestos están obligando a su consideración en base a esa definición que haría taxativo tal supuesto. Al dejar librado al criterio del órgano de aplicación la presencia o existencia del dolo, se torna sumamente riesgoso, ya que una captación subjetiva puede distorsionar la propia relación fáctica que se presenta. Es de toda eficiente práctica jurídica determinar en los cuerpos codificados la noción precisa del dolo para remitir al juzgador a las disposiciones pertinentes y no dejarlo librado al arbitrio suyo, donde la subjetividad puede deformar la propia realidad. Si bien el dolo debe ser asistido con una gran valoración del elemento subjetivo, su encuadre debe ser preciso y objetivo para no caer en injustos o equívocos reiterados. Volviendo a la consideración de los hechos dolosos, dentro de nuestro ordenamiento legal y su referencia precisa al artículo 34, éste en su inciso primero, expresa que “no son punibles quienes al momento del hecho... no pudieron comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. En torno a esta última exigencia mucho se dijo respecto a si ambos conceptos debían coexistir o si la presencia de uno resultaba suficiente para quedar asegurada la impunidad.

Soler<sup>1</sup> considera que no es imperioso ni exigible condicionar el dolo a la presencia de ambos conjuntamente —comprensión de la criminalidad del acto y dirigir sus acciones— bastando que ocurra uno solo de los supuestos para que quede perfeccionado el dolo. La conducta o actividad que se adecúa a uno u otro de los supuestos es suficientemente idónea y necesariamente categórica para determinar el dolo; el que deban concurrir en forma simultánea es una pretensión alejada de la exigencia de la ley. Es entonces acep-

<sup>1</sup> Soler, obra cit., p. 15.

tado por el autor que la presencia simultánea no es requerida para tener por acreditado el dolo.

Una sola de las posibilidades que se presente es de por sí determinante. La norma, del modo en que está expresada, daría pábulo a esta interpretación y por ende a su aceptación, ya que contrariamente sería convenir con una conclusión que la ley no admite ni manifiesta. Sin embargo la posición asumida por Fontán Balestra<sup>2</sup> deviene para nosotros correcta, ya que insiste en la interpretación amplia, y no del modo restrictivo que lo hace Soler. Así, considera que ambas posibilidades deben darse de consuno para configurar el dolo. El hecho trae punibilidad, cuando ambos elementos concurren para generar el dolo.

El hecho delictivo accede a la imputabilidad, pero ésta es independiente de aquél. La imputabilidad requiere la presencia de ambas condiciones. Si una de ellas falta no podría hablarse sino de impunidad. La ausencia de una excluiría la imputabilidad; es entonces definitivo aceptar como necesarias ambas presencias para concretar imputabilidad. La ley requiere comprensión o entendimiento del acto ilícito, pero todo ello dentro de un marco de libertad; que el sujeto actúe libre de toda coacción y con cabal conocimiento del hecho reputado y aceptado ilícito.

Es concluyente entonces el autor mencionado al exigir la concurrencia de ambas condiciones para que se configure al obrar doloso. Ello guarda consonancia con el espíritu que anida en la ley y que por una razón de orden gramatical aparece distorsionada en aquella esencia. Esta opinión precedente es compartida por Jiménez de Asúa. Es de adherir a la opinión de Fontán Balestra. Ambos elementos no se oponen ni se excluyen, pero tampoco es precedente la viabilidad del uno con prescindencia o abstracción del otro. Hay un resultado previsto, lesivo al derecho y un desplazamiento —inteligencia— encaminado a la comisión u obtención del resultado. Este desplazamiento es querido por el agente y armoniza con la previsión o representación del resultado.

La coincidencia o coexistencia en el momento del hecho habilita una apreciación concluyente: ambos resultan necesarios para tener por acreditado el acto doloso.

Por último, participa Alfredo Molinario de la posición sustentada por Fontán Balestra al considerar la necesidad de concurrencia de las dos posibilidades, esto es, comprensión de la criminalidad del acto y haber dirigido sus acciones.

<sup>2</sup> Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, Abeledo-Perrot, t. II, p. 268.

*Definición del dolo. Autores y proyectos argentinos*

Todas las definiciones que a continuación se suceden están tomadas de la obra de Luis Jiménez de Asúa (Tratado de derecho penal, t. V). La interpretación hecha a todas las argumentaciones del dolo, así como las acotaciones que se explicitan son de la exclusiva autoría del presentante. Y si muchas veces compartimos la exposición y adherimos parcial o totalmente a tales enunciados, ello obedece a un proceso analítico reflexivo del cual se da debida cuenta en la referenciada explicitación.

La autoridad de los expositores y la claridad de sus enunciados tornan sobreabundosas, quizás, las razones de adhesión a los mismos; pero al manifestar oposición a referencias clasicistas u ortodoxas deben exponerse las razones que así nos hacen conducir. Va de suyo que no se pretende con ello innovar en el mosaico jurídico en examen.

“Hay crimen cometido con dolo, cuando el agente se propone la realización del crimen proveniente de su acción, como objeto intencional de ella y a sabiendas de que la resolución tomada es ilegítima y punible” (Proyecto Tejedor, art. 3).

Existe dolo no solamente cuando se ha querido el resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado” (Sebastián Soler).

“Obra dolosamente el autor que en el momento del hecho tiene la intención de cometer el delito, o que por lo menos, asiente a su realización (Ricardo C. Núñez).

“Existe dolo cuando el autor del hecho haya ejercido su capacidad de comprender la naturaleza criminosa del acto y se determinó libremente en su acción” (C. Fontan Balestra).

“El delito es doloso cuando el resultado de la acción u omisión que lo constituye responde a la intención que se tuvo al ejecutarlo. (Proyecto Coll-Gómez - 1937 - art. 4).

“El delito será doloso cuando el autor ejecute un acto típicamente antijurídico, con conciencia, voluntad y representación del resultado que se quiere o ratifica” (Proyecto Peco, 1941, art. 7).

“El delito será doloso cuando se cometiera conscientemente y voluntariamente o si, juzgándose sólo como posible su consumación, se consintiera no obstante en ella para el caso de que aconteciere” (Proyecto 1951 - art. 13).

“El agente obra con dolo si habiendo comprendido la ilicitud de la acción u omisión, incurriere en ella voluntariamente. Cuando

el delito se integrara con la producción de un acontecimiento dañoso o peligroso habrá dolo si además el agente: 1º) Quiso el resultado de su acción u omisión. 2º) Aún no queriendo el resultado se le represente como consecuencia probable de su conducta” (Proyecto 1953, art. 35).

“La voluntad criminal es la libre decisión de cometer un hecho ilícito” (Proyecto Villegas, Urarriza y García, art. 3).

“Obra con dolo quien en el momento del hecho comprendió la criminalidad del acto y dirigió sus acciones” (Juan P. Ramos).

“Dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior, con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto y con representación del resultado que se quiere o consiente” (Luis Jiménez de Azúa).

### *Interpretación de la definición precedente*

Al hacer referencia al resultado, se acepta sin discusión de ser la consecuencia del delito plasmado con la representación debida y ejecutoriada conforme aquella intencionalidad, lo que da certeza a la premisa de que todo resultado doloso es consecuencia del delito desarrollado y concretado en aquel resultado. La relación causal entre el propio delito y su resultado, es innegable, ya que se concatenan ambos hechos o circunstancias para la adjudicación acriminatoria del dolo. Pensar o suponer un delito carente de resultado o aceptar ambos términos mediante una concepción independiente, como si se tratara de compartimentos estancos, dentro de la estructura general, no dejaría de ser mera abstracción que no sería factible de computar para su viabilidad. En otras palabras, no puede ni debe aceptarse siquiera ya como posibilidad el razonamiento que habilita a concluir con un delito carente de resultado.

La definición en examen ofrece como variante de jerarquía el haber adoptado como patrón no el absolutismo de la teoría de la voluntad, donde esta campea sin sujeción a atadura alguna a ningún otro presupuesto, ni tampoco haberse identificado con el rigorismo de la teoría de la representación. La posición ecléctica asumida permite la conjunción armónica de ambos factores con identidad propia, que tampoco se pierde, sino contrariamente subsiste en la construcción elaborada del dolo y aquí desarrollada. Y al hacer referencia concreta al hecho reputado doloso no se encasilla la definición en el delito consumativo, sino también alude esque-

maticamente al hecho criminoso doloso conocido como de omisión.

La relación circunstanciada de los hechos; el acontecer lógico y cronológico de los mismos queda incluido como elemento valorativo para la determinación del tipo que será en definitiva la pauta que adjudicará cuantitativamente la sanción. En la observancia del desarrollo de los hechos canalizados al delito, se encontrará el encasillamiento dentro del ordenamiento positivo, habilitando la sanción; esto es, la individualización y participación en el hecho, del factor intelectual, precisamente el encargado de que el agente adquiera conocimiento de la naturaleza criminoso del acto; es también excluyente para el sujeto, ya que adquiere consciencia mediante él —elemento intelectual— que está procediendo a una destabilización del orden normativo. El resultado que el agente se representa, mediando su propia voluntad, contribuye a enaltecer la naturaleza del dolo, tratase del dolo directo o eventual, haciéndolos trasuntar mediante un único concepto, es decir recogiendo los o aunándolos en la misma noción.

La conformación o estructuración del dolo está costreñido a la adición de elementos que le dan origen y le perfilan en aquel carácter. De modo genérico adelantamos que se trata en el supuesto específico, del elemento intelectual aditado al psicológico o afectivo. En toda referencia al dolo debemos atisbar en procura de su individualización, ya que ambos participan de la esencia de aquel y le proporcionan las peculiaridades que más tarde advertirán sobre su existencia —del dolo—; estos factores son, como queda dicho, el intelectual y el psicológico. Quizás la adopción de unos de los elementos componentes del dolo, bajo la denominación de psicológico, sea más acertada que las otras designaciones ensayadas, ya que el término es omnicompreensivo de todo el espectro volitivo. Es aceptable esta denominación a la evidenciada como “afectiva”, puesto que toda la volición queda encerrada en tales límites, que no resultarán precisamente estrechos, sino lo suficientemente amplios como para albergar las distintas situaciones a que conduzca la existencia del dolo y por ende la participación del enfatizado elemento psicológico. El estudio analítico del dolo se circunscribe a la trascendencia que se otorgue a sus elementos constitutivos que atento su contraste son recepcionados como “intelectual-afectivo”; “ético-afectivo” o “intelectual-psicológico”, conforme sea la fuente de consulta. Resulta imprescindible para la correcta caracterización del dolo recurrir al pormenorizado estudio de estos elementos constitutivos, que quedan acreditados al obtenerse el resultado cuya representación ya obraba en el agente. Al poner en práctica su voluntad y acometer contra el orden jurídico establecido evidencia la conducta dolosa acriminable y repro-

chada mediante el aporte de sus elementos constituyentes: el elemento intelectual o ético y el factor denominado psicológico o afectivo. Toda acción que se reputa dolosa y pueda ser aquilatada como tal, debe tener por rótulo la voluntariedad; esto significa que es obligadamente necesaria la voluntad como integrativa de la noción misma del dolo. Dentro de nuestra legislación revisten estructuralmente en el dolo los elementos que Jiménez de Asúa llama definitivamente intelectual y afectivo.

Los elementos constitutivos del dolo son de observancia dentro de nuestra legislación. Al tener dirigida la voluntad deliberadamente a un propósito o fin, se está conformando el llamado elemento afectivo o denominado por los autores "psicológico". La voluntad orientada en el sentido precedente y con las características anotadas es lo que implica la noción de culpabilidad y le hace responder por ende como culpable, al agente. Al tener noción cabal de la naturaleza delictiva del acto, o sea su criminalidad, adquiriendo su comprensión, está habilitando la configuración del elemento intelectual. Debe existir, por otra parte, la consciencia que se está trascendiendo un orden jurídico establecido, por parte del agente. Voluntad-consciencia-representación son elementos a considerar para una correcta valuación del dolo, integrado éste, iteramos, por el elemento intelectual y el denominado afectivo, pero ambos coadyuvando al logro total del dolo.

El estudio independiente, pero con su cuota de conexidad de ambos factores contributivos, resulta esencial y es parte integrante de la propia definición cuya interpretación se practica, ya que no puede omitirse que la acepción de dolo lleva como connotación obligada la existencia indiscutida de los elementos referenciados. Y no puede hacerse abstracción de su consideración al interpretarse el contenido, ya que resulta substancial el conocimiento y papel que desempeñan uno y otro dentro de la amplitud del concepto general de dolo.

En consecuencia, al desmenuzar las características del dolo, ensayaremos un análisis pormenorizado de los factores contribuyentes, esto es, elementos afectivo e intelectual para destacar la imponderable trascendencia que los mismos poseen de manera y aceptación universal.

Tanto el elemento afectivo cuanto el intelectual son contemplados desde una misma óptica pero en acápites independientes ya que cada uno de ellos aporta cualidades ciertas para la determinación definitiva del dolo. Ambos factores contributivos del dolo resultan ingredientes indispensables cuando se quiere hacer referencia a la existencia dolosa.

Al resultado se llega por la gravitación ejercida por aquellos elementos, ya que están orientando la voluntad y determinando



la cumplimentación o ejecutoriedad de la acción, con una representación obrante con prelación y plena consciencia de arbitrase una conducta desestabilizadora del orden jurídico.

*Proyecto Tejedor - Justificación de su desestimación*

El Proyecto Tejedor se atenía para concretar su definición de dolo, a la consumación cuya evidencia se reducía a la exterioridad, al resultado final que se ponía de manifiesto o que resultaba inequívoco a los ojos de terceros. El desconocimiento del elemento subjetivo o la imposibilidad para encerrarlo en fórmulas precisas, hace que se deseché el aspecto volitivo por considerar que el delito quedaba exclusivamente radicado en el resultado; todo quedaba subsumido en la exteriorización de la intención. Pero el resultado al cual hace referencia no es sólo el producido de manera efectiva y concreta, sino que débese prestar atención al elemento de carácter moral, como expresamente lo determina en su articulado, por otra parte confuso y contradictorio. La consciencia quiere expresarla o hacerla resaltar en su fórmula de exteriorización, mediante la inserción de conceptos que equivalen a admitir que el agente no puede desconocer las consecuencias que engendrará su conducta; esto es que la dirección de sus actos es indiscutible; ello sería cierto y adquiriría una dimensión lógica, sino resultara contradicha con otros conceptos que incluya, en una pretendida amplia concepción del dolo. La idea, trasplantada de extraña legislación, se empeñó en acogerse a un medio que no le era propicio y se volcó esforzadamente pero sin resultado, a la adopción del presupuesto que resultaba inexplicable, ya que introdujo el concepto de la teoría de la voluntad aditando elementos de un sistema pergeniado en la representación, con el solo propósito de aunarlos en una noción universal. Pero allí no acaba el intento, pues de haber concluido, esa conjunción podría admitirse como posibilidad, ya que voluntad y representación se sumarían para configurar una teoría de espectro donde se resumirían ambas. Un tercer elemento se acopla a esta concepción del Proyecto Tejedor constituida ahora por la autovaluación de una actividad que se sabe contraria a la norma, esto es, la consciencia de un proceder de corte antijurídico que lleva a la retribución representada por la sanción, de donde viene a agregarse un cuarto factor que es precisamente la sanción referenciada precedentemente. Es decir entonces que la existencia del dolo queda trasuntada en esa combinación de elementos identificatorios de la teoría de la voluntad y representación, a los que debe sumársele la existencia

cierta de la consciencia del agente, que sabedor del carácter ilegítimo de la acción acomete hacia el resultado, poniendo en ejercicio finalmente a la sanción o pena.

La contradicción surge al hacer mención a la imposibilidad de poder irrumpir en procura de una volición identificatoria del acto doloso y la exigencia de condiciones que impone el Proyecto para tener por acreditado el delito o quehacer doloso. No sólo resultaría imposible indagar en el fuero íntimo del autor del hecho o transgresor del ordenamiento, sino que el dolo estaría condicionado a la eficiencia del examen de los elementos que enumera, lo que resultaría improcedente e inestable, atento al origen c punto de partida falso y que resulta básico para su construcción ulterior. Es entonces privativo del juzgador establecer el delito doloso mediante la comprobación de características exteriores obtenidas del mismo resultado. Se careció de una explicación cuya vitalidad lograra adhesiones; muy contrariamente, esa serie de antinomias señaladas, así como la exigencia de condiciones determinantes del dolo, concluyen por ser causa eficiente del concepto propiciado y volcado a disposiciones específicas dentro del proyecto. Una examen analítico de la postura asumida por el Proyecto Tejedor permite ab initio la comprobación de una captación por parte de éste en relación a su modelo, sin tomar en consideración las circunstancias particulares que debieron primar para dar sustento a su fórmula del dolo. En primer lugar hace coincidir su referencia al dolo con exigencias que incluyen aun la punibilidad, enlazando teorías —voluntad y representación— con la trascendencia que otorga el elemento intelectual y la conclusión improcedente de una punición que ostentosamente aparece en su descripción dolosa. Se habría producido un dislate jurídico al asentar en un concepto la integridad de circunstancias que hacen al propósito de consumación y a la intervención de la voluntad endebezada al resultado, con el agregado inconsulto de la sanción a otorgarse como consecuencia de la ejecutoriedad de la acción. Se asimila la sanción al propio elemento intelectual, o lo hace formar parte de él, ya que el agente deberá tener consciencia de aquella al producirse el acometimiento en procura del resultado. La aceptación de una fórmula donde se trate de afianzar elementos tan dispares, como era de presumir, tropezó con una sistemática oposición, pues no escapa a un criterioso examen que los requisitos enunciados exceden el marco de lo aceptable, no sólo por lo contradictorio, sino por aceptar imperativamente la penalidad por captación de consciencia; equivale ello a admitir que de la consciencia de la sanción debe estar imbuido el propio agente al momento de determinar el quebrantamiento o transgresión jurídica.

*Interpretativa de la definición  
de Sebastián Soler*

La culpabilidad se traduce por la asunción de intencionalidad a que recurre el dolo, o lo que ese lo mismo, atribuirle a la acción la búsqueda de un resultado cuya representación ya obra en el agente. La intencionalidad habilita la dirección, ya que le impone una orientación a la acción, que es coincidente o, mejor dicho, confluye a un resultado que está propiciado por aquella y cuya concreción es consecuencia de una representación previa. Esta obligada dirección al resultado querido le otorga calidad o naturaleza de doloso al acto. Pero el resultado querido y logrado es una manera de identificación del dolo (directo); cuando se ha obrado sin la intención de obtener un resultado, el que puede o no producirse y se lo acepta como posibilidad pero no obstante ello se despliega la actividad que origina la acción, se está en presencia del dolo también (eventual) el que debe sancionarse sin establecer distinciones o gradaciones. El único detalle configurativo de valor; la certeza que debe adquirirse, es o debe ser respecto a la capacidad de comprender y dirigir sus acciones. Esta circunstancia es la que adjudica la calidad de dolosa a la acción, independientemente de coincidir el resultado, o concretarse éste, de acuerdo a los designios o representación que se tuvo del mismo. Si a pesar de la posibilidad —incierta o no— de realización, el agente actuó, cabe imponer a la conducta el rótulo de dolosa. Si bien ese resultado no fue el querido, su actividad pone de manifiesto la consecuencia; ello desencadena la culpabilidad a título de dolo, ya que abstracción hecha de ese deseo del autor, el resultado se produjo, pues de no haber accionado, el mismo no se habría concretado. Su capacidad para dirigir sus acciones acredita una culpabilidad dolosa que le hace merecer el reproche. Haber querido el resultado o haberse reputado consciente de su criminalidad son circunstancias, ambas, que tornan doloso al acto. El tener consciencia de la criminalidad del acto, esto es la noción cabal de un obrar antijurídico, que es transgredido por la misma ejecutoriedad del hecho, se resuelve con la calificación de doloso. Se procede al perfeccionamiento del hecho; se consiente en él, no obstante conocer cabalmente su carácter o naturaleza criminosa.

La exigencia de un comportamiento arbitrado a contrario sensu en la norma, está condicionando la aplicación de sanción, cuando la acción se adecúa a la descripción que en aquella se hace. Si no obstante el conocimiento que se tiene de ser la actividad antijurídica, se somete a su producción avasallando la imperatividad de la regla, se actúa dolosamente y accede en plenitud a la sanción o

pena. En principio y de manera unitaria se va en busca de un resultado cuya representación se ha adquirido con prelación pero sin embargo no es la única modalidad dolosa o única exigencia configurativa del dolo, ya que también se asimila al obrar doloso la posición de aquél que tuvo consciencia del accionar criminoso y conforma con su actitud el delito y sin embargo no desistió de su propósito. La sola circunstancia del conocimiento de la criminalidad y la ulterior ejecutoriedad, mediante la actividad en que culmina la acción, hace doloso el obrar. Cuando el agente obra en busca del resultado que se propusiera, con absoluta consciencia de estar hostilizando el orden jurídico y hace al tiempo abstracción de las circunstancias que le invitan al desistimiento que evitaría la transgresión y le hace sabedor que se trata de actividad delictual, resulta en el evento totalmente secundario e innecesario para reputar su conducta como dolosa, que tenga conocimiento que a esa acción, de consumarse, la ley la hace posible de una pena. Esta condena, consecuencia del obrar doloso, no es más que el colofón que la ley manifiesta para sancionar la actitud o conducta lesiva, pero el desconocimiento de ella o no saber en última instancia el quantum de la sanción, no quita ni agrega nada, ya que el acto de por sí y sin integrarse con la idea o conocimiento de la pena, es definitivamente doloso.

La punición que el acto merezca es independiente de la calificación del hecho como doloso; la única consciencia exigida es la referida a la ilicitud del hecho; que el acometimiento del orden normativo se produzca no solamente en desmedro de éste, sino con el conocimiento cabal de tratarse de hecho delictual. La alegación sobre desconocimiento de la pena no perturba el acto doloso y por ende no puede constituirse en eximente o justificativo de un proceder reputado ilícito.

Dice Soler que debe tenerse conocimiento de las circunstancias de hecho presente, pues en la volición lo presente es representado tan sólo... El dolo queda constituido no solamente por el elemento primero (circunstancias presentes) sino también por la representación que se tenga o por la proyección representada, cuyo resultado está en la mira del agente. Esas proyecciones deben considerarse unitariamente sin fracciones en segmentos sino advirtiendo sobre su unidad, ya que si bien el resultado fuera no querido en sus secuelas secundarias, debió estar representado como hecho de realización obligada. Vale ello decir que la representación alcanza a todos los elementos que pueden contabilizarse en el resultado, aun los no queridos por el agente, pero que deben conformarse en aquel resultado. Todas las secuelas que acompañaron el resultado deseado comparten también la calidad de dolosas. Todos los elementos que aparecen como secuelas son consecuencia del fin

perseguido y su conexidad con el hecho principal —resultado— les hace participar de esa calidad referenciada de dolosa. El agente por otra parte, debe tener representación y voluntad para la causa. Ello no es otra cosa que conocimiento que tiene adquirido de la criminalidad del hecho.

*Interpretación de la definición de Ricardo C. Núñez*

El agente ordena la ejecutoriedad del hecho por ser éste, siempre haciendo referencia a su carácter delictivo, el punto de sostén de su intención. El resultado del obrar doloso es la réplica del deseo del autor de que así suceda. Cuando decide actuar de un modo determinado bloqueando toda manifestación que posibilite su inacción o arrepentimiento, tanto en los delitos de comisión cuanto de omisión, está procediendo dolosamente y se conduce en procura de la consecuencia o fin querido. Su intención decidió la acción hacia el quehacer delictivo y ninguna restricción fue acatada por el agente, sino contrariamente procedió en sus esfuerzos a la obtención de la consumación. La voluntad sin establecimientos ficticios de gradaciones, sino considerada con una apreciación genérica con concepto de universalidad, es la que coadyuva a la admisión de doloso, del acto; contribuye a su configuración, pues es la voluntad la que decide la ejecutoriedad del hecho. En virtud de la asimilación que hace el sujeto; de la comprensión criminosa del acto, es que habilita a la voluntad para otorgarle la dirección de la acción en el sentido del delito o hecho criminal. La voluntad asume proporciones y características disímiles en la práctica pero siempre se perfila como de naturaleza dolosa al volcarse hacia la consumación o consecución delictiva.

Cuando la intención se evidencia como una búsqueda de objetivos a ultranza y desarróllase con una meta final delictiva orientando la acción conforme su deseo, se configura el llamado dolo directo.

Las secuelas que emergen accesoriamente como resultas de la concreción delictiva, aun no adquiriendo el carácter de consecuencias queridas, participan no obstante de la calidad de dolosas. Cuando buscó un resultado optando por una acción dirigida al resultado, responde también por la accesoriedad surgida del resultado primario de la acción. Estamos en presencia del dolo indirecto, de cuyas resultas responde el autor cuya intención empalmó la acción hacia el delito.

La representación de un resultado como probable, como posibilidad de concretarse en el supuesto de emprendimiento de la acción hace nacer el dolo eventual. La probabilidad del acontecer

reflejado más tarde en el resultado debió también estar representado en el agente. La representación debe realmente existir, pues contrariamente se operaría un resultado sin proposición formal en el autor, fundada en la necesaria y obligada representación. A título de dolo no podría atacarse el resultado, pues la representación es la que convalida el dolo acusado y la ausencia de ella atacaría de inexistente de dolo a la acriminación formulada.

El dolo no es más que una decisión voluntaria, ya que el acometimiento del agente para la producción ilícita es una manifestación de exclusiva cuenta de la voluntad. El dolo presupone la comprensión criminal del acto. Cuando se opera la cristalización de la opción criminosa se quebranta el orden jurídico, ya que el autor, en el momento del hecho, obedece a una intencionalidad ejecutoria y si tal intención no existiera estaríamos en presencia de un asentimiento de ejecutoriedad y los fundamentos que restringirían o neutralizarían la acción son desestimados por el agente al persistir éste en su actitud consumativa del acto.

Va de suyo que la relevancia de la posibilidad desestimatoria de la acción es de ninguna entidad, ya que la actitud dolosa se perfecciona con ese obrar delictivo. Y aún no existiendo esa intención que quede efectivamente evidenciada, esa falta aparente es suplida por el asentimiento en la cumplimentación del acto doloso que se revela al no manifestar oposición a su ejecución, como sería la inacción, en el delito de comisión, por parte del agente, o la no cumplimentación de exigencias en el supuesto del delito de omisión.

El asentimiento del autor convalida la calidad dolosa atribuida ya que queda autorizada la interpretación de una adhesión al actuar u obrar acriminable. Es entonces categórica la afirmación de la oportunidad en que atácase de dolosa la actividad, sea la intención manifestada en el momento del hecho o el consentimiento implícitamente prestado a la ejecutoriedad delictiva.

La disyuntiva planteada por el autor al establecer "...intención de cometer el delito o que por lo menos asiente a su realización" nos parece correcta y de ajuste gramatical perfecto ya que no engloba en la noción la exigencia de ambos con presencia indefectible, sino que pueden coexistir de acuerdo a los supuestos que plantea la alternativa representada por la conjunción "o". No puede significarse qué intención de comisión o asentimiento a su realización quedaran subsumidos, ya que una y otra modalidad pueden darse en la práctica sin tener que estar necesariamente condicionados a la fusión de ambos conceptos, como lo sería si en lugar de "o" se hubiera insertado "y". Es por ello aceptable referirse a la actividad dolosa conforme lo establece el autor, lo que estaría en consonancia con el espíritu de la ley y propósito del legislador. Uno u otro

supuesto, sin limitarse a uno solo, son los que determinan el dolo en el obrar del sujeto. La intención puede ser dirección impresa a la acción, pero ello no habilita a deducir que sea comprensivo siempre del asentimiento; a veces la intención puede no llegar siquiera a presumirse por una distorsión en la exteriorización del autor, pero puede surgir, atento el resultado, la certeza de su adhesión o asentimiento a aquella consecuencia del resultado. La intención puede desdibujarse en el desarrollo de la acción pero bien puede presumirse o inferirse del propio resultado.

*Interpretativa de la definición de Carlos Fontán Balestra*

“Obra con dolo quien en el momento del hecho comprendió la criminalidad del acto y dirigió sus acciones”. Estas modalidades o conditios contributivas del dolo no cuentan con consenso unánime y las discrepancias se manifiestan a poco se proceda a la lectura que de las consideraciones del dolo se hace por parte de los autores. No puede quedar amparada jurídicamente la posición que pretende sea considerada *alternativamente* la fórmula expresada y que la existencia del dolo sea evidenciada por la aparición indistinta de uno u otro de los factores, es decir que para la tesis en examen “la comprensión de la criminalidad del acto” sería un supuesto y el otro estaría dado por la descripción “in fine” del dolo —en aquella definición— pero sustituyendo la copulativa “y” por “o”. Esta apreciación conceptual resulta esclarecedora y permite adoptar como premisa la necesidad de aceptación de la definición postulada por el autor en examen. Esa separación abrupta de las consideraciones que conforman el concepto total da lugar a una interpretación equivocada y nada ajustada a la realidad del dolo. Deben interconectarse ambas expresiones conformativas de manera criteriosa para de tal modo asumir la realidad de ser ambos conceptos integrativos del dolo. La comprensión de la criminalidad del acto debe aditarse a la dirección impresa a las acciones. Todo ello está habilitando la comprensión de ser los dos conceptos presupuestos necesarios u obligados del dolo. La dirección “de sus acciones” queda supeditada a la formalización del primer concepto y aparecen relacionados entre sí, pero debiéndoseles considerar unitariamente sin establecer separaciones capciosas que en definitiva, amén de inoficiosas resultan estériles y sin valor. Es jurídicamente más saludable aceptar la conjunción mediante la partícula “y” para lograr la acreditación del dolo. Por otra parte, una razón de orden práctico y gramatical exige tal apreciación.

La regisitoria de ambas posibilidades resulta imprescindible para el logro de una acepción que pueda tener cabida en la práctica; de otro modo resultaría inconsulta aceptar una alternativa que

no estuvo ni está en la naturaleza o esencia del artículo 34 del C.P. De aquí surgen las previsiones que deben guiar la calificación del actuar como doloso. Arbitrar recaudos que distorsionen esta plausible interpretación no es aconsejable, pues carecerían de los fundamentos que permiten el acogimiento a esta postura.

La imputabilidad es habilitante para comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones; a contrario sensu la imposibilidad de una de estas dos condiciones trae como consecuencia la seguridad de poder acriminarse de tal forma y en la medida y exigencia del artículo 34. Quedaría excluida la sanción por ausencia de imputabilidad.

Esta referencia a la imputabilidad tiene una lógica e innegable razón de ser, ya que su obligada comprobación permite establecer en el supuesto específico del dolo, si la facultad ha sido desarrollada o puesta en movimiento. De tal modo podrá hacerse adjudicatario de la acriminación dolosa.

El elemento intelectual otorga la indispensable consciencia de la criminalidad del acto. La estructuración de la culpabilidad está limitada o circunscripta a la consciencia que posibilita la comprensión. Debe ser dirigida la acción, pero no solamente ello, sino complementada con la comprensión de la criminalidad del hecho. La “visualización”, digamos, de ambas circunstancias permiten la formulación del dolo. Las requisiciones se reducen a la comprensión de la calidad irrefutable de criminosa y un accionar no supeditado a ninguna restricción o impedimento. Cuando la actividad haya sido ejercida libremente y sin tuteladas extrañas que hagan abdicar del principio de libertad, necesario para la acriminación, estamos en presencia de un obrar irrefutable y definitivamente doloso y que guarda armonía con la descripción contenida en el artículo 34, inc. 1º, del Código Penal.

Resultaría ajustada a la más estricta objetividad la definición comentada, ya que actuaría con dolo aquel que “hubiera comprendido la criminalidad del acto y dirigido sus acciones”.

No solamente razones de índole jurídica inclinan o predisponen a su aceptación; consideraciones de orden práctico aconsejan una posición que contemple desapasionadamente los supuestos en que puede acriminarse el dolo, ya que de éste dependerá la imposición de pena y hacer extensivos a supuestos inexistentes la “realidad” del dolo; sería implementar sanciones que la ley no propicia ni establece.

#### *Código de 1886 - Proyecto 1891*

El Código de 1886, de efectiva vigencia, no puede ser tratado sino relacionado con el proyecto del año 1891 ya que ambos guar-



dan una conexidad que se caracteriza por la apreciación equivocada de conceptos formales que provocan conclusiones erráticas, pero que desgraciadamente son tomadas como valorativas y trasladadas al ordenamiento legal. El primero de los códigos referenciados —1886— estuvo, como dijéramos más arriba, en vigencia y sus modalidades conceptivas, que adolecían de deficiencias, son receptadas por los encargados de la redacción del ordenamiento de 1891. Pero en lugar de ser sustituidos por nociones orgánicas, las de 1886 son simplemente eliminadas mediante una simple borrratina, por una depuración que pretendidamente jurídica no trajo sino la misma oscuridad, ya que las formulaciones originarias no son superadas mediante el aporte de elementos que siguen siendo erróneos. Y esta apreciación cuenta con el aval de tratadistas que ven en el código e inmediato posterior proyecto, nada más que meras expresiones de deseos que no logran cristalizar a la luz de un enfoque objetivo y serio. Este “padecimiento” normativo se extiende no sólo a través de las mencionadas elaboraciones, sino que los proyectos ulteriores son también cuestionados por la carencia de formulaciones precisas. Así y a mero título informativo, ya que este trabajo no es de crítica a un específico proyecto o cuerpo legal vigente, sino de esclarecimiento genérico en cuanto a criterios sustentados, a modo ejemplificativo, iteramos, nos encontramos con definiciones que no son otra cosa que exigencias configurativas de conceptos tales como delito, que aparece sistemáticamente repetido, pretendiendo subsumir en él no solamente las condiciones para su toma de razón, sino también su naturaleza, con la advertencia de hacer acopio de elementos subjetivos —voluntad, intención— que aparecen amalgamados con aquellas peculiaridades que hacen al aspecto puramente objetivo.

Esta conjunción es objeto de eliminación en el proyecto de 1891, pero éste introduce elementos que hacen persistir la desgraciadamente admisible oscuridad. Todo el proceso de volición que se halla englobado o nucleado en el presupuesto o factor que llaman sus expositores “psicológico”, no trasciende sus fronteras. Para ellos el elemento subjetivo estaba limitado a la intención y voluntad, pero no tomados en orden a responsabilidad. —léase culpabilidad— emanada de los mismos, sino mediante una apreciación independiente, o quedando la responsabilidad circunscripta a una valoración abstracta, o lo que es lo mismo, que la referencia de cualquier naturaleza queda neutralizada por la sola razón de haberse procedido a su eliminación en aquella exposición. Por otra parte la sola posibilidad de tornar válida la pretensión de poder detectar una voluntad criminosa por razón de presunción o habilitar por el mismo método la existencia de una intencionalidad generadora del delito, nos parece sencillamente deplorable, pues so pre-

texto del esclarecimiento delictivo se estaría gestando la multiplicidad de pena derivada de la intervención de una no muy feliz presunción. Es evidente que no puede rotularse dolosa la actitud que no esté determinada en forma expresa por la norma. La extensión a situaciones no enumeradas se prestaría a cualquier clase de excesos no queridos ni expresados por la ley.

Uno de los expositores de estas concepciones fue el doctor Rivarola<sup>1</sup> y los defiende arduamente en su texto tratando de vulnerar con sus apreciaciones todos los sistemas o teorías que se opongan a los arbitrios arribados. La crítica que objetivamente puede hacerse a estas acepciones tienen un asidero lógico y que no admite, por otra parte, repulsas o antagonismos; todas las consideraciones vertidas en estos proyectos advierten sobre el delito, pero sin hacer referencia específica al dolo, ya que el primero que lo referencia con tecnicismo es Juan P. Ramos, expresando que aquél —el dolo— se produce al tener comprensión del acto y dirigir el agente sus acciones. Condiciones o exigencias vitales para la correcta ubicación del dolo.

El delito fue el objeto temático de los proyectos en examen y no se avanzó en lo que resultaba indispensable tal como resultaba la real y efectiva definición del dolo. Todos los cuerpos legales hicieron hincapié en la inserción del concepto de delito, esforzándose en ponderar tanto voluntad cuanto intención, pero sin programar la posibilidad de presencia del dolo. Y al delito se lo consideró con abstracción de hacer contemporizar a éste con el real dolo, incursionando o intentando hacerlo mediante una definición.

La irrupción del dolo con definición propia se produjo muy a posteriori y con ello quedó acreditada la exigencia de los extremos que configuraban a aquel y permitió su caracterización del modo en que la ley lo hace acceder al plano jurídico.

La orientación general de las legislaciones en el sentido de incorporar el delito en su calificación de doloso es uniforme y son pocos los ordenamientos que dejan de aludir u omiten su consideración de manera específica. Como colofón de esta interpretación dada al Código de 1896 y proyecto de 1891, digamos que la noción de dolo permanece sin manifestarse y sólo se alude al delito con mención de intención y voluntad, pero sin adjudicarlos concretamente al dolo, cuya acepción recién adquiere notoriedad a partir de la definición de Juan P. Ramos, quien haciendo la exégesis del artículo 34, llega a precisarlos del modo referenciado y que serviría para asentar las construcciones posteriores, se trate ya de Soler, Núñez y el propio Jiménez de Asúa.

1 Rivarola: *Derecho penal*.

Los elementos conformativos del dolo no son característicos de ninguno de los proyectos en estudio. Todos ellos sin excepción hacen abstracción de cualquier referencia atinente a los factores integrativos del dolo y se expresan en expresiones que centran su atención en el concepto de delito, mas omitiendo —quizás por desconocimiento— toda relación específica del dolo.

*Proyecto Coll-Gómez, año 1937*

Cuando ocurre el resultado en análogo sentido que la intención se puede individualizar o catalogar el hecho como doloso. No importa, ni ello hace presumir una gravitación distinta que se trate de un hecho omisivo o acto de comisión; en ambos supuestos la sola detección de la coincidencia armónica de ambos factores —resultado o intención— realzan la naturaleza del acto para determinarlo como doloso. El proyecto ponía énfasis en la correspondencia surgida de los dos presupuestos que originaban indudablemente el dolo. La atención quedaba centrada en la comprobación de tales elementos y advertidos de su integración en el hecho, éste debíase reputar doloso, de no mediar contingencias muy especiales que obraran como moderadoras para eximirlo de la calidad de doloso. Pero en principio el hecho o circunstancia de poder englobar resultado e intención dentro de una relación causal, era de por sí lo suficientemente relevante para rotularlo de modo tal. Al momento de la ejecución del acto deben advertirse estas razones configurativas, que no resultaban entonces contingentes, sino substancia misma de la calificación dolosa. Pero el proyecto advertía que tal encasillamiento debía responder a una intención expresada en el acto mismo ejecutorio; equivale ello a decir que la intención quedaba subsumida en el resultado, pero la referencia del primer factor —intención— debía tomarse al momento de la ejecutoriedad del ilícito. Resultaba así definitorio el título de doloso otorgado al quehacer del agente. Esta armonización de elementos o factores —resultado e intención— quedó incorporado al artículo 4 del Proyecto. No obstante superar el concepto que en materia de dolo arbitrara el Código de 1922, resultaba todavía incompleto el proporcionado aquí (1937), ya que se reducía a consagrar la intención como *factotum* del dolo, sin analizar la trascendencia de la voluntad fuera de la órbita de aquella. El resultado sintetizaba la intención para tener por acreditado el dolo. La identificación con la teoría finalista, con la consideración de la intención y abstracción de cualquier referencia a la voluntariedad fuera de la intención,

no permitía abrigar esperanzas respecto a su posible primado. La ponderación de un elemento con desconocimiento de los otros iba en desmedro de su propia aceptación y ello así ocurrió, ya que no solamente ese cuerpo orgánico quedó en proyecto, sino que la definición del dolo resultó trascendida y superada en razón de la propia precariedad. Es entonces inaceptable contemporizar con una fórmula que se circunscribe a una causalidad de resultado e intención para reputar el hecho como doloso. La falta de referencias a elementos que dan identidad al dolo propugnan la búsqueda de una formulación donde aquéllos no sean desatendidos.

La volición y el elemento psicológico deben ser arbitrados como componentes inexcusables dentro del encasillamiento doloso so pena de concluir con una abstracción imposible de rotular. Y ello aconteció en el caso particular del proyecto cuya desestimación aparecía como inexcusable en su referencia concreta al dolo.

El Proyecto en examen no tuvo en cuenta sino las contingencias derivadas de la "entente" resultado-intención, no reputándose atractiva ninguna circunstancia que escapara a aquella relación. Todo debía circunscribirse al acercamiento de ambos términos que quedarían finalmente reflejados en el resultado obtenido. Arbitrio equivocado que condujo a su erradicación por simple razón de inercia. Ese acontecer fáctico limitado a una simple constatación no podía alcanzar ningún consenso, quedando desvirtuado desde su mismo inicio, ya que una actividad dolosa no podía surgir de una comprobación causal, tal cual se pretendiera.

### *Proyecto Peco-Año 1941*

El delito es doloso cuando el autor ejecuta un acto típicamente antijurídico, con consciencia, voluntad y representación del resultado que se quiere o ratifica (art. 7).

Todas las críticas hechas al proyecto no alcanzan a neutralizar la eficacia del concepto atribuido, por la definición, al dolo. Los ataques a la construcción del Proyecto en el aspecto en examen no contribuyeron sino a ahondar más las divergencias, pero a fuer de sinceros, debemos admitir que la noción alcanzada tiene una estructuración que soporta todos los embates de que fuera objeto, ya que sobrevive exitosamente a todas las formulaciones que se oponen o pretenden trascenderla. Que no haya sido aceptada quizás fue la consecuencia de haber sido el mismo proyecto desautorizado en su vigencia, pero no por ello deja de ser rescatable la noción del dolo.

La ejecución, dice el Proyecto, debe ser de un acto típicamente antijurídico; se acepta con ello que el agente ha procedido a la transgresión quebrantando un ordenamiento mediante la ejecutoriedad de un hecho cuyas características lo promueven al carácter de antijurídico. En esa inteligencia el proyecto define el acto como doloso, pero complementándolo con ciertas circunstancias que se tornan requisitos o exigencias ineludibles para tenerlo acreditado como tal, esto es, de naturaleza dolosa.

Al emplear la palabra “consciencia” tomamos partido por la interpretación que conceptuamos correcta y es la identificada como “transgresora de una obligación”, de la que se tiene cabal noción, “consciencia” y de la cual se ha apartado con conocimiento pleno del quehacer. Es acertada la integración de la voluntad como presupuesto de la definición, ya que toda actividad será reputada de tal carácter y es una actividad condicionada por el ejercicio de voluntad la que origina una consecuencia que se sintetiza o concluye en el resultado. Es entonces feliz la aserción de ser la voluntad integrativa de la concepción dolosa, ya que es ella la que provee la actividad necesaria y suficiente para producir el resultado o propósito final del agente. Pero consciencia y voluntad, amén de antijuridicidad concretada en la ejecución, no son ellos solamente los encargados de darle tinte doloso al acto, ya que la representación del resultado debe ser agregado a las exigencias para ser tenido como tal. Recién entonces puede reputarse doloso el hecho, pues puede valorarse la representación del resultado obrante en el agente. Es precisamente la representación la que ha movilizad a su autor a la ejecutoriedad, en el sentido del resultado querido; esta representación habida coincidente con el resultado obtenido es la secuela final del acto antijurídico de calificación dolosa. Pero aún en el supuesto de la obtención de un resultado distinto mediante la correspondiente representación no hubiera ello significado la paralización de la voluntariedad encarnada en la específica y propia actividad. Es decir que la representación de otro resultado no hubiera sido óbice para el ejercicio de la voluntad cuya persistencia es evidente. La ratificación estaría dada por la aceptación del resultado querido o por las circunstancias que conforman la actividad tendiente a la ejecutoriedad. Es aceptable el concepto y terminología empleados ya que no solamente no se ingresa a una órbita de redundancia sino que el concepto se aclara con el agregado de la ratificación que opta por la disyuntiva en relación al resultado querido; la inclusión de la conjunción “o” al expresar “se quiere o ratifica” resulta acertada y ajustada al pensamiento del Proyecto.

La inclusión de la idea de voluntad deviene correcta ya que el agente ha obrado ejecutando actividad y procurando el resultado;

la voluntariedad queda expresada con la actividad desplegada tendiente a la consecución del fin. Es a todas luces congruente la inclusión de la voluntariedad como signo o peculiaridad del hecho doloso, ya que su carencia tornaría irrelevante cualquier pretensión encaminada a tal calificación. Como elemento integrativo debe ponderarse su eficacia y trascendencia dentro del campo tan significativo del dolo; éste para acreditarse debe contar con la aquiescencia insustituible de la voluntad. Esta verdad incontestable debe corresponderse con cualquier definición del dolo, ya que debe ser la voluntad integrativa de la misma.

No podrá eludirse entonces la consideración parcializada de estos elementos que conforman la definición total. La prescindencia de cualquiera de ellos en la definición del dolo tornaría inoperante su consideración. Es entonces de advertir que consciencia, voluntad y representación son condiciones intrínsecas que no pueden marginarse, pues de otro modo se estaría ante una claudicante conceptualización jurídica del dolo.

La definición de José Peco incluida en el Proyecto de 1941 obviamente resulta apta para su receptación integral, en mérito a haber considerado las circunstancias gravitantes ya referidas de consciencia, voluntad y representación, haciéndole adquirir la dimensión que le corresponde y que queda explicitada en el artículo 7 del Proyecto. Quizás las observaciones hechas extremaron su acritud al examinar la acepción o correspondencia de cada uno de sus vocablos, pero ello queda superado mediante un análisis objetivo que habilita la aceptación de la noción o concepto emitido y recogido por el referenciado proyecto que iteramos, nos parece acogido a toda realidad, reflejando con certeza jurídica el delito en su carácter doloso.

Se ha arbitrado una definición que contemporiza con exigencias primarias las que permiten obtener el claro concepto sustentado en el Proyecto, que no solamente destacamos, sino compartimos en esencia, por su significación jurídica y relevancia conceptual.

Como acotación final recalamos la absoluta necesidad de concretar en una definición de dolo la intervención expresa de la voluntad, no justificando una mera apreciación omnicompreensiva, ya que la participación de la voluntad debe explicitarse en razón de su relevante posición en la estructura general del dolo.

Por otra parte, recurriendo a la excelencia del proceso o método reflexivo nos invitará a la consideración del dolo asociándolo desde el inicio, con la misma voluntad, pues resultaría sorprendente ensayar una postura apreciativa del dolo sin analizar el grado de gravitación que ejerce la voluntad. No podría aparecer aquél disociado de esta última.

*Código de 1951 (Proyecto)*

“El delito será doloso cuando se cometiere consciente y voluntariamente o si juzgándose como posible su consumación, se consintiere no obstante en ella para el caso de que aconteciere” (Art. 13).

Aquí la fórmula adoptada no difiere mayormente de la suministrada por el Proyecto de 1946, enfatizando también en torno a las circunstancias y modalidades que encauzan el acto en el carácter de delito doloso. Las condiciones que establece para la procedencia o reputación de tal, no resultan novedosas, ya que hace acopio de los elementos esbozados por el proyecto de 1941 para conceptuar el hecho como doloso. Y para que el acto sea reputado de tal modo debe estar determinado por la actividad de la voluntad y el ejercicio de la consciencia, esto es, la convicción del agente de obrar en detrimento de la imposición establecida por el ordenamiento jurídico. Pero deberá procederse a la comisión o ejecutoriedad del acto para demostrar el dominio doloso, procediendo a la consumación de manera consciente y voluntaria; cabe ello decir que lo mismo que en el Proyecto Peco, a la seguridad de conocer el quebrantamiento jurídico que impone tal conducta se adiciona la actividad voluntaria del agente. Esta suma de consciencia y voluntad participan para el encuadre doloso que se hará del hecho; si uno de estos factores no se condiciona para el resultado, es innegable que el dolo no podrá acriminarse conforme al texto elaborado por el Proyecto en examen. La seguridad o certeza de la lesión del ordenamiento debe guardar armonía con la voluntad que se desprende de la propia actividad. La suma de ambas posibilidades se concretan en el resultado, ya ineludiblemente doloso. Puede ocurrir y este es uno de los supuestos taxativamente enunciados, que el agente tenga solamente como posible su resultado. Si bien no se alude a la representación de un resultado sino en forma abstracta, es evidente que la mira estuvo puesta en ella al hacer mención al consentimiento prestado a tal consecuencia final. Al aceptarse posible su ejecutoriedad, sin tener la representación cierta y definitiva de su concreción como resultado querido y convertirse en la consecuencia de todo ese proceso de elaboración —resultado— se está procediendo dolosamente ya que al adherir a la posibilidad de consumación implícitamente acepta el acontecer que en su desarrollo puede conducir a tal resultado que no obstante aparecer como no querido, puede aceptarse como posible. Es indudable que la duda de la representación o carencia de ella, desaparece al hacer la exégesis del contenido definitorio. Y todo parece encaminarse a la existencia cierta o realidad de la representación. Se trate

del acto antijurídico empalmado a la consumación dolosa, o el hecho que puede reflejarse en el resultado, tomado como simple posibilidad, pero aceptado por el agente para el supuesto de su concreción, siempre se podrá catalogar, acriminar o encasillar como doloso. Se ha producido la actividad de la voluntad, abstracción hecha de la convicción —consciencia— de tratarse de hecho reprobado, lo que lleva al resultado querido o posible, pero consentido por el autor en este último caso. No cabe sino el encasillamiento del delito como puramente doloso. La interpretación podría resultar capciosa por la falta de aptitud gramatical del articulado, lo que se presta a recepciones subjetivas, deformadas ante la evidente poca claridad, pero es lógica y jurídicamente razonable suponer que a la consciencia y voluntad, el proyecto adita como complemento la idea de representación del resultado. Si bien no se usa una expresión identificatoria de la representación, es innegable que hace alusión a ella, señalándola como elemento constitutivo del dolo.

Reparemos que el Proyecto configura derechamente al dolo en la primera parte del artículo 13 y cuando arbitra su posibilidad de concreción para asimilarse a aquella, lo separa por la conjunción “o”; al hacer uso de esta disyuntiva expuesta, está aceptando la convalidación de ambos en una misma línea, sin hacer distinciones o disquisiciones cuando el supuesto se concreta.

En las dos instancias que enumera se pronuncia al delito como doloso. O bien derechamente se produce por la comisión consciente y voluntaria, o se perfecciona mediante el consentimiento que presta su autor cuando el resultado aparece como probable. Al estar representado el resultado al que accederá por el concurso de la voluntariedad de su actividad y la convicción o consciencia del deber quebrantado no puede calificarse sino como doloso el obrar delictivo del autor. Al percatarse el juzgador de estas circunstancias que revitalizan al dolo, su decreto condenatorio debe armonizar con la inequívoca receptación como dolosa, del hecho.

Se nos ocurre que una definición nada gráfica, como la expuesta, puede llevar no sólo a la desorientación sino a la aprehensión de circunstancias que distorsionarían la calidad de doloso asignado al hecho. Quizás la deficiencia gramatical haya contribuido para que se tomen como elementos considerados sólo la consciencia y la voluntad, desestimando ab initio la inexcusable exigencia de la representación del resultado, pero éste indudablemente está comprendido en el artículo 13 del Proyecto del año 1951 sin manifestarse expresamente, precisamente por su confusa y oscura redacción.

Debemos contemporizar con la exigencia de la representación del resultado como elemento integrativo del dolo en esta acepción



del artículo 13 del Proyecto precedentemente comentado, pero sin desconocer que su exposición, amén de no resultar clara, es en algunos aspectos imprecisa y falto de coherencia. La dualidad que puede generar su lectura o interpretación es la pauta principal no solamente de la falta de consenso sino también de su marginación, aun de carácter conceptual. La oscuridad gramatical le hizo perder la calidad jurídica que pudo encerrar la noción en estudio. Las distintas posibilidades de circunscribir o reducir el dolo dentro de los estrechos márgenes de una definición escueta y comprensiva de todas las actitudes de este tipo, continuaron fructificando y reproduciéndose en distintos proyectos, al que no escapó tampoco el del año 1953 y que transcripto expresa: "El agente obra con dolo si habiendo comprendido la ilicitud de la acción u omisión, incurriere en ella voluntariamente, cuando el delito se integrare con la producción de un acontecimiento dañoso o peligroso habrá dolo si además el agente: I) quiso el resultado de su acción u omisión; II) aun no queriendo ese resultado, se le represente como consecuencia probable de su conducta".

La comprensión del acto por parte de su autor lo hace pasible de la caracterización del delito como doloso. Esta primera providencia resulta concluyente en el contexto general ya que al adquirir la certeza de lo irregular de su conducta, ya sea por acto de comisión o hecho omisivo, está convalidando al delito como doloso. Al afianzarse en la calificación dolosa está dando tipicidad antijurídica al hecho. A ello debe agregarse como elemento valorativo pero con identidad la voluntariedad manifestada al través de la actividad que lleva a la ejecución del acto reputado tal. Es entonces definitivo para el Proyecto considerar como razones estimativas la comprensión y la voluntad. Pero el acontecer final; la consecuencia ulterior de esta comprensión del acto con voluntad, está dada por el resultado. Pero esta secuela final que se trasunta en el llamado resultado está sujeta a una valoración distinta pero que no quita al delito el carácter de doloso, ya sea por haber querido el resultado o en el supuesto de no haberlo querido, pero que lo representa como posible si su actividad se desarrolla en el sentido fijado. En ambos casos se identifican por su naturaleza dolosa ya que los dos supuestos llevan como connotación la representación de su concreción o la posibilidad de su realización. Estamos indefectiblemente ante el delito doloso y cualquier distinción ocurrente no servirá sino para desnaturalizar el propio dolo haciéndole asumir un papel distinto al propuesto en la fórmula de este Proyecto.

En las consideraciones que anteceden quedan comprendidos los factores o circunstancias determinantes del dolo. Confrontar las condiciones del Proyecto de 1953, con las obtenidas a través de los ante-

riores, avalará el criterio de responder a una regla general donde la voluntad y representación resultarían comunes, no así la comprensión —consciencia— que no es detalle de resalto común. Persistimos en nuestra elección consagrada por el Proyecto Peco que fuera analizada exhaustivamente. En ella se dan todas las condiciones para ser tomada con la ponderación, pero al tiempo reservas, que la misma merece. Sin divorciarnos de la actual dimensión del dolo, adquirida al través de cierto revisionismo de tratadistas e intérpretes del derecho, aceptamos la posición transaccional ofrecida en su momento por el ponderado Proyecto de 1941.

Todos los proyectos posteriores no fueron sino meros reproductores de las ideas expuestas por aquél y mediante el empleo de artificios no hicieron sino complicar conceptos que si bien no resultaban integrales por lo menos podía conceptuárselos como clara y fácilmente asimilables.

El estudio cronológico de los ensayos practicados en el orden nacional nos permite formular conclusiones en los que juega un rol protagónico el representado por la voluntad; este elemento aparece como *substratum* de todas las definiciones compartiendo responsabilidad con la “consciencia”; pero no siempre aparece la representación como factor identificatorio de todos ellos, ya que la actitud dolosa la consagran como integrada por la comprensión y la voluntad, con abstracción muchas veces de la representación del resultado, circunstancia ésta decididamente relevante para la calificación dolosa.

#### 15. DOLO: DIRECTO, MEDIATO Y EVENTUAL.

*Dolo directo.* Es la obtención del resultado querido por el autor.

*Dolo mediato.* Se reduce a la aceptación de las consecuencias necesarias.

*Dolo eventual.* Asentimiento del agente o conformidad con el resultado del cual tiene representación de previsibilidad; acepta con la posibilidad del resultado.

#### *Dolo mediato*

El agente, por razón del juego de la voluntad —exteriorización de la culpabilidad— acepta sin trasferencias las consecuencias o posibilidades que aparecen como necesarias. Por un acto voluntario decide la ejecución del ilícito, partiendo con una conformidad de resultado necesario de ese obrar. Se trata de el evento de una aceptación parcializada y referida a los accesorios que acacen por razón de la conducta y que se toman o advierten como necesarios. Y

decimos parcializada ya que previamente la voluntad aceptó tal comportamiento teniendo conocimiento o representación del resultado final o principal. Las consecuencias necesarias serían accesorias del proceder originario aceptando las secuelas, primero del hecho en sí y luego en razón de sus accesorios.

Las consecuencias necesarias pueden admitirse como un resultado no querido en forma directa, pero que cabe consignarlo idealmente como posible. Esa aceptación de las consecuencias necesarias, al arremeter con el hecho reputado ilícito, lo haría responsable también por aquel resultado no querido. Esta conclusión es aceptada por algunos códigos, donde se referencia en forma expresa el dolo mediato, es decir el dolo de consecuencias necesarias. Y es tan expreso el texto, que lleva la intencionalidad a un extremo riguroso; tanto ello es así que determina que la intención puesta de manifiesto no se diluye ni neutraliza aun en el supuesto que el acriminado desvirtúe el cargo de haberse propuesto causar el daño, si ello deviene en consecuencia necesaria. Es decir que las probanzas o elementos discordantes con la imputación —que pudiere esgrimir— carecen de significación y no logran quebrar la noción de intencionalidad. Las consecuencias necesarias no significan que el sujeto activo goce de un intelecto diferencial o superior, sólo es requerido que ese resultado de las consecuencias necesarias sea previsible. No se exige una selección reservada a técnicos sino solamente se requiere la previsión que debe tener aun el profano.

La ley penal debe tornarse inexorable y exigir como condición de validez para que quede estructurado el dolo mediato, la calidad de necesarias de sus consecuencias. Las consecuencias necesarias deben obrar como resultado aceptado, aunque no resultare querido pero en razón de haber sido previsto no por ello fue desestimado el hecho. Las circunstancias que acompañan de manera necesaria al hecho, hacen que éste sea reputado como doloso, abstracción hecha de su aceptación por parte del sujeto activo.

Estas expresiones sucintas ponen de relieve la jerarquía del dolo mediato como específico dentro del concepto amplio de la figura. Es innegable que su aceptación no vulnera, sino contrariamente robustece, la posición asignada a esta específica modalidad. La participación de la voluntad aceptando las contingencias posibles a suscitarse conjuntamente con el resultado y su condición de necesarias, hacen responsable al autor en razón del dolo mediato. Aceptar el resultado y prever los accesorios, implícita la aceptación total del hecho tanto en sí mismo como en las necesarias consecuencias. La obtención del fin propuesto, a despecho de la conducta ilícita configurativa del dolo, lleva implícita la aceptación de las consecuencias necesarias que derivarán posiblemente del hecho principal.

Se hace inexcusable la imputación de dolo a quien ejecuta el hecho, cuyo resultado es querido y las accesorias —consecuencias necesarias— aun no siendo queridas forman parte del contexto delictivo y por ende previsibles para su autor. Rige a su respecto la acriminación del dolo estructurado por las razones apuntadas y que no pueden soslayarse en razón de la previsibilidad o posibilidad cierta de su concreción.

### *Dolo eventual*

El agente consiente con la posibilidad del resultado antijurídico. Es preciso que se haya previsto el resultado. Y luego de producida esa representación del resultado posible, haberse aceptado por el agente. Es decir que éste haya formulado el consentimiento a la acción. Aquí hay representación de un resultado posible aunque no querido, pero consentido por el sujeto cuya producción acepta.

En el supuesto del dolo eventual no puede concluirse que sólo la representación es integrante de la figura, como tampoco puede aceptarse ser solamente la voluntad constitutiva de la noción. Ni una ni otra pueden aventurarse a conformar el dolo eventual, con una intervención unitaria, sino que deben complementarse sin pretender prescindencia tanto de una cuanto de otra. La armonización de ambos conceptos (voluntad-representación) permite arbitrar la solución para la estructuración formal del dolo eventual. El dolo eventual debería entonces aceptarse como representación de un resultado posible, a cuya estructuración contribuye la voluntad. Es decir que la acción deviene dolosa eventualmente, cuando la abstracción se concreta en la representación de un hecho, que si bien no deseado o querido, es de posible concreción y queda habilitado como tal merced a la participación de la voluntad, es decir que ésta consiente con la formulación de la representación y habilita con su asentimiento la figura del dolo eventual. En el dolo eventual resulta impostergable e inexcusable detenerse en el análisis de la representación, ya que a despecho de querer o no el resultado, se lo tiene como posibilidad cierta de concreción, no obstante ello se procede a la ejecutoriedad.

Deberán sujetarse sus examinadores a las motivaciones que actuaron psicológicamente sobre el autor; la influencia de estas “razones” habilitarán un examen que llevará a ponderarlas para la calificación del dolo eventual. Resultará esclarecedor para el intérprete de la ley el investigar sobre estos elementos que darán pautas y condicionarán la aplicación de la norma al caso concreto y comprobado de dolo eventual. No existe la “realidad” del dolo eventual si no concurre con prelación la representación de un resultado. Marginalmente a querer un resultado, es de toda evidencia que

aceptó la posibilidad del resultado y no obstante ello concretó la acción. Así caracterizado el dolo eventual va de suyo que es prescindente la alegación de eximente que pueda sustentarse, ya que al prever la consecuencia de su acción está significando también la validez del dolo eventual.

Se sobreentiende la existencia del dolo eventual en supuestos que resultan aparentemente inobjetables, tal sería el sujeto que desarrolla su conducta dentro del campo conceptual del delito, debiendo responder en razón de todas sus consecuencias, bajo el rótulo de dolo eventual. En el dolo eventual el autor asiente a la ejecución del resultado reputado criminoso.

En el caso específico de los tribunales nacionales se ha observado un acatamiento al rigorismo y reservas impuestas por el dolo eventual, siendo sus exigencias insustituibles y necesarias para la calificación. El dolo eventual se estructura mediante la presencia de requisitos o condiciones que resultan en extremo ponderativas para acreditar su existencia y calificación. No deben quedar dudas respecto a la representación del resultado como posible; la adhesión al resultado, esto es, el consentimiento. Debe existir previsión del resultado y aceptación correspondiente por parte del sujeto activo.

Los elementos que se acumulan para salvar la estructura en examen deben orientarse en el sentido del resultado, con prescindencia absoluta de ser querido o no por el sujeto activo.

Los elementos que se referencian deben ir en procura del resultado. Al prestar el sujeto activo su consentimiento posibilita la acción.

La voluntad es el continente del consentimiento, ya que este obedece a las directivas que aquella le imponga. Al supeditarse el consentimiento a la voluntad, está aceptando la posibilidad de concreción del hecho, motivo de la representación. Esta armonización de factores caracteriza al dolo eventual. El individuo ejecuta la acción o se abstiene del ejercicio. En el primer supuesto acepta el resultado posible y determina la configuración del dolo eventual o directo, según sea su representación; en el segundo al procederse por omisión puede también engendrarse el delito, si bien la abstención puede no contrariar el orden jurídico y en tal caso no tipificarse delito o actividad de naturaleza tal, simplemente la abstención es conformarse, en el supuesto, al ordenamiento legal establecido. Pero al accionar con una representación y posterior adhesión con previsión del resultado, el sujeto sucumbe ante la sanción retributiva del resquebrajamiento jurídico y conformativa en el evento, del dolo en examen.

El agente debe responder penalmente porque su adhesión o sometimiento al resultado posible se evidencia por el ejercicio

mismo de la acción, siempre indudablemente en razón del dolo eventual, que es el tipo transgredido al darle las modalidades o condiciones referenciadas.

Sintetizando entonces, los requisitos para la existencia y procedencia de acriminación —dolo eventual— se circunscriben a la razonable previsión del resultado y la adhesión o aceptación de éste por parte del agente. Representación del resultado y aceptación serían los términos integrantes y configurativos del dolo eventual.

Es una consecuencia propia de la acción y que no surge necesariamente del acto ilícito sino de la posibilidad para el autor de quebrantar la norma al presentarse una circunstancia como probabilidad. La acción se encamina sin integración de dolo y al producirse un efecto determinado que provoca el ilícito, el sujeto consiente y ejecuta igualmente el acto, generándose entonces el dolo eventual. Se trata en la emergencia de un acontecer lícito hasta la obtención del fin, pero contingentemente aparece la dificultad de consumación de aquel fin; la opción por la continuidad del acto lleva como connotación la aceptación delictiva. Esta adhesión al hecho consecuente, hace nacer el dolo eventual. La indagación del elemento subjetivo será habilitante para la determinación final del dolo en examen, ya que la prueba estaría constreñida o circunscripta por la aceptación del delito por parte del sujeto activo y que nace incidentalmente derivada de una acción lícita; el dolo en el supuesto es sobreviniente y se estructura por la incondicionalidad del agente al identificarse con el resultado ulterior; al asentir en él queda conformado. Todo se reduce a la consideración y examen de la conducta asumida por el sujeto ante la posibilidad que se le presenta. El comportamiento del agente debe ser entendido como el manifestado al momento de la acción. No hubo en el evento representación del resultado, sino que la órbita de representación quedó reducida a la representación de la posibilidad. No se encamina al resultado sino a la mera representación de la posibilidad de aquel resultado. Al no producirse el desistimiento, aun con certeza indudable de la necesidad del resultado previsto como posible, se configura el dolo eventual.

El examen analítico del factor psicológico se hace evidente. Las distintas manifestaciones y la elección practicada determinan la valoración que del elemento subjetivo deberá hacerse. Al ponderar su relevancia para concluir con la presencia en el supuesto, del dolo eventual, se enfatiza en torno a la transcendencia del criterio que debe sustentarse. Al indagarse la posición subjetiva en relación al resultado posible, debe ahondarse la investigación de esclarecimiento para comprobar la “displacencia” del agente en la aceptación del que será dolo eventual.

La estructuración del dolo eventual obedece a causales que sin

haberse previsto, son aceptadas por la representación de la posibilidad de un resultado y queda fuera de toda duda que no podrá incluirse en una calificación de hechos compendiados en el dolo directo. El dolo eventual excluye cualquier tipo que no responda a la adhesión de una contingencia sobreviniente por parte del agente. Lo que en definitiva debe analizar el juez es la comprobación de la “displicencia” del agente ante el hecho que lo insta a delinquir. Su aceptación o conducta consecuente con el resultado cuya posibilidad estuvo en él representada consolida la calificación de dolo eventual. Ante el supuesto delictivo acomete en el mismo sentido que le indica un resultado contingente que deviene por ello mismo eventual con connotación de doloso. Así solamente se produce la estructuración de esta especificidad dolosa.

La constante a tener en cuenta se reduce a la valoración psicológica —del factor psicológico—; es éste el que contribuirá a enaltecer la envergadura y relevancia del elemento subjetivo como justificación del dolo eventual acriminado, ante el hecho concreto.

El análisis global o circunstanciado de los medios y determinantes del resultado, serán insuficientes para acreditar la culpabilidad bajo aquel título. Todos los esfuerzos que se hagan para detectar el “comportamiento volitivo” tendrán compensación mayor en la medida que se ahonde la investigación y se obtengan resultados ciertos. De allí surgirá la comprobación de la “displicencia” o “indiferencia” en la aceptación del resultado, que perfeccionaría el dolo en examen. Aparece en la mente del autor el hecho delictivo con carácter de eventualidad y en la esfera de “su” propio querer el acto delictual no existe. El dolo eventual es expresión de la propia voluntad, quien determina si el sujeto va a violar la norma o no. Pero para que tal dolo exista es necesario que la posibilidad del delito haya tenido representación en el agente. La posibilidad de esta representación, pero sin que ésta se hubiera producido, quita el carácter de doloso al acto. Ante la evidencia del eventual ilícito el autor procede con dolo al optar por su ejecución; su conducta es reprochable pues tuvo representación de la posibilidad de acaecer el resultado.

El “animus” reprochable no lo es en razón de “querer” el resultado delictivo, sino por el estado de desaprensión ante la representación de la probabilidad. De otro modo el resultado, de ser querido, colocaría al sujeto activo en un dolo directo. En cambio, en el dolo eventual existe un “laisse faire”, “laisse passé” ante la probabilidad del hecho reputado ilícito. El tener conciencia de la probabilidad y dejar la opción de escoger su ejecutoriedad, trae aparejado el dolo eventual. El deseo del sujeto activo, o su “fervor” para que el resultado no se produzca, ante la contingencia acaecida, su acometimiento no entorpece la calificación de tal,

pues el agente arriesgó consintiendo en empalmar su acción a la consecución del fin o resultado probable. Su deseo que el resultado no se produzca u ocurra no neutraliza el consentimiento prestado y que queda implicitado en el solo ejercicio de la acción. La vehemencia que oponga su autor; los esfuerzos que haga por evitar su producción no quita la calificación de eventual, al dolo considerado. Colocado en la disyuntiva de detenerse en la ejecución, ante la representación de la probabilidad del delito y continuar con su consecución, avanza en el último sentido; abstracción hecha de su íntimo y aun sincero "deseo", el resultado logrado por la asunción del riesgo voluntariamente corrido, encasillan el acto en el dolo eventual.

#### 16. PRESUNCION DE DOLO.

No existe consenso unánime en su referencia a aceptación. Muchos autores y legislaciones la consagran y otros sencillamente la ignoran. Quizá de manera excepcional el derecho inglés se ocupa del tema pero dentro de un apretado concepto, ya que al referirse a la presunción de dolo hace alusión a la malicia, pero con la salvedad, por cierto insalvable, que ésta debe ser probada. No se tiene por "prueba probatísima" sino que debe acreditarse con otras pruebas incontrastables. Al expedirse de tal modo y exigir como condición su prueba no estaría haciendo sino ilusoria la posibilidad de subsistencia, ya que resulta muy comprometido tratar de configurar el instituto, pues la presunción puede neutralizarse con probanzas no muy rigurosas y de tal modo perder toda relevancia. Su presencia en la legislación no dejaría de ser un anacronismo que el derecho, universalmente considerado, ha superado ampliamente. El dolo debe existir "per se" conforme a las teorías precedentemente desarrolladas, pero no puede conformarse con una presunción cuyo alcance resulta hartamente limitado. Las razones apuntadas no pretenden constituirse en el elemento valorativo sino se trata solamente de una exposición acorde con la importancia que debe merecer el instituto. Nos inclinamos a concluir que el dolo debe calificarse como tal o no, mas nunca desvirtuarse con la búsqueda de su presunción, que resulta a todas luces de difícil comprobación. Ello no significa tenerlo por cierto y desechar las argumentaciones contrarias que se presentan más abajo. El solo hecho que el dolo debe ser probado para reputarse tal (Carrara) está marginando del concepto, la posibilidad de la presunción. Por otra parte, al estar el "onus probandi" a cargo del acusador, se desvirtúa esencialmente la presunción. El dolo se manifiesta estrictamente con el ejercicio de la acción. El análisis o estudio de las



circunstancias de “entorno” del dolo podrían llevar a estructurar a éste y darle la relevancia que la ley le acuerda pero en el carácter de hecho de dolo y no como mera presunción. Para llegar a la presunción de dolo tendría que producirse la inversión del “onus probandi”; la inversión del cargo de la prueba; lo que redundaría en perjuicio de la propia validez de esta, y que tanta significación tiene en la esfera del derecho y sobre todo en sede penal. Amén de ello todo se reduciría a una cuestión de procedimiento y no de estructuración de fondo. El procedimiento por otra parte se circunscribe a la localización o encuentro de la verdad, siendo secundario el esclarecimiento por medio de la investigación, ello en punto a la presunción. Se produciría una peligrosa desnaturalización con los riesgos consiguientes, el aceptar aun como posibilidad, la presunción de dolo.

El proyecto Tejedor hacía una consideración expresa del tema y al abordarlo específicamente advertía que toda acción criminal se presumía cometido con voluntad de ese carácter —criminal—; contrariamente las circunstancias particulares del caso serían las encargadas de desvirtuar tal carácter. Da por sentado en principio, que la presunción es terminante en relación a la intención; el acto se reputa criminoso ab initio, quedando el cargo de la prueba, para invalidar tal concepto, a merced del estudio de las circunstancias del caso en particular. El principio de presunción de la voluntad criminal en acciones de esta naturaleza primaba; la alegación contraria se daba por las características particulares de la causa en examen. El dolo quedaría desvirtuado solamente con la prueba en contrario, que debía proporcionarse por quien la alegare. La consideración esgrimida en la oportunidad es de relevancia indiscutible, ya que el agente conoce las consecuencias o efectos que engendran sus actos. Una sistemática negativa del implicado no habilita a concluir que no haya conocido las consecuencias de su conducta, reputada delictiva. Siempre se presume la existencia de una voluntad criminal en todo acto delictivo, a menos que obre una presunción contraria que posibilite la aceptación de una exculpación eximente. El proyecto Tejedor no se vio alterado por los sucesivos intentos, consagrando el proyecto de 1906 la postura asumida por aquél. Se trataba de la misma expresión, con ligeras diferencias pero consolidando el principio o la presunción de intención de comisión del ilícito. Siguió revistiendo en forma expresa la presunción hasta el año 1917, cuyo Proyecto la eliminó.

Los códigos vigentes fueron subrayando la necesidad de eliminar la presunción de culpabilidad dolosa, y no es ajeno a tal práctica el Código nacional de 1922, que suprimió tal presunción. Es de mala práctica empeñarse en la proclamación de la presunción

dolosa, pues con ella se puede perder la certeza que debe imponerse al juzgador para definir el supuesto llegado al estrado. La presunción admite su cuota de duda y con ello la certidumbre pierde consistencia y al ser vulnerada por la presunción se subjetiviza de tal modo que incluso puede arribarse a una distorsión legal, ya que a la certeza de los cargos se opone la inseguridad de la presunción que subjetivamente puede ser captado por el juez con el consiguiente peligro para una justa resolución.

No cabe y tampoco resulta práctico, amén del peligro que entraña, resolver con aditamentos extraños o por lo menos desterrados —presunción de dolo— cuestiones sometidas a quien debe aplicar la ley. Es de aconsejar una interpretación restrictiva para evitar la introducción de teorías superadas y omitidas en su consideración por los códigos pertinentes. En el ordenamiento nacional deja de manifestarse desde 1922. Su mención por parte del juzgador no deja de ser resabio de épocas superadas, donde un derecho formalista se imponía a toda objetividad. Pero al relegarse su consideración de manera expresa, debería desdibujarse también en punto a las resoluciones o sentencias. En los países que conservan la presunción dolosa se ha llegado por el juzgador a minimizar su importancia hasta neutralizarla por completo, como si se tratara de algo inexistente. En cambio otras legislaciones que la han deterrado, verbigracia, la legislación argentina, se ven superadas o trascendidas por sus propios tribunales, empeñados en su admisión como algo lógico, natural y aconsejable, en flagrante violación no solamente de la letra, sino del espíritu de la ley que optó por desconocer la vigencia de la presunción de dolo. Resulta imprescindible unificar criterio para que esta nociva práctica no se generalice por medio de una vigencia que iteramos, está negada por la ley.

Sería arbitrio saludable pergeñar una fórmula que esquemáticamente contribuya a eliminar factores de duda y de inestabilidad. Se debe propiciar en tal sentido una construcción jurídica carente de conceptos superados, donde la presunción sea desestimada en orden a su inoperancia.

Todas las objeciones que mereciera la inserción como disposición expresa quedaron disipadas a partir de su exclusión en el código de 1922, donde se suprimiera como consideración a tener en cuenta ante la formulación del dolo. No obstante esta clara referencia y condigna supresión, se siguieron ensayando toda clase de resoluciones haciendo hincapié en la presencia de presunción de dolo. Contrariamente en la legislación española, que persiste en su tesitura de admisión presuncionaria del dolo y legislada en forma expresa, se hizo un uso nada discrecional, sino por el contrario se redujo a su mínima expresión la mención del dolo en su aspecto de presunción y su admisión como tal apareció relegada a un ostra-

cismo muy notorio. Contemporizar con esta tesisura es el argumento más sólido que puede hacerse en favor de la eliminación de la presunción de dolo y resulta muy ponderable el esfuerzo que se canalice en procura de su marginación.

Abstracción hecha de todo lo expuesto debe enfatizarse en torno a una consideración muy particular; la presunción hace al procedimiento y no al fondo del derecho; pertenece a la esfera de lo formal y no al derecho penal específico o derecho substancial. He aquí el razonamiento aplicable y la solución ideal para la eliminación de la presunción en su referencia al dolo.

Es sintomático que la previsión del legislador haya optado por clasificar el dolo en inmediato, mediato y eventual, habiéndose advertido que la originaria presunción no debía ponderarse sino eliminarse del texto legal, lo que acontece —ya en el orden nacional— a partir del código de 1922. Esta advertencia legislativa al encontrar concreción en la práctica debió orientar —tal el propósito— al encargado de la aplicación de la ley, quien debió transitar por el cauce que le imponía la propia y correcta interpretación legal.

Sin embargo, la práctica tribunalicia, no obstante las advertencias formuladas, fue prodigándose con un reconocimiento gradual de la presunción como integrante del formulismo legal, dándole cabida en sus resoluciones a despecho de la propia prohibición surgida de la reglamentación. Esta disparidad entre la norma y su intérprete debe ser obviada mediante la imposición u obligatoriedad de su desestimación y en última instancia hacerla aparecer como facultativa del juez, en su aplicación, sería desconocer la esencia de la norma que impone la adopción de un patrón a seguir por quien la aplica.

La inconsistencia jurídica de la presunción de dolo hace aconsejable su eliminación o falta de consideración por el juzgador, ya que deviene contrario aun al propio espíritu de la ley, que en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, minora su efectividad a tal punto que llega a desconocerla. La “*praesumptio doli*” aparecía ya como inadmisibles dentro del ordenamiento jurídico.

La presunción de dolo se desmorona ante la posibilidad de producción de prueba en contrario. Pero esta probanza acreditatoria debe formalizarse por apreciación subjetiva del juez de la causa, que invalidaría la consistencia de la presunción. El juzgador decidiría sobre su procedencia o no. La conclusión a la que arriba luego de consagrarse el principio es que el dolo es de existencia cierta e insospechable y su canalización por el juzgador debe ser observada partiendo de la base de su ineludible existencia. La sola posibilidad de su exclusión estaría dada por la prueba en contrario, que también debe ser valorada por el juez. En este supuesto la prueba

en contrario sería oficiosa o también de parte, cuya proposición debe ser investigada para lograr la exclusión de la presunción de dolo. Pero todo ello consagra peligrosos principios, ya que el punto de partida está indicando que el agente obró con dolo irrefragable. La estricta interpretación no autoriza a considerar más que la existencia del dolo en el acto delictivo. La relevancia del dicho del acusado queda minimizada, ya que sus manifestaciones no invalidarán la certeza y toma de razón de la presunción. La entidad de ésta queda protegida al quitarle trascendencia el dicho del acusado. No se ve convulsionada ni alterada en su estructura por la manifestación del inculpaado contenida en su declaración.

Las razones alegadas para el sostenimiento de la existencia de dolo radica en que se trata de la investigación de los hechos, donde juega la intención y ésta debe ser comprobada por quien aplica la ley, de manera concreta y análogo sentido que los hechos complementarios que integran la imputación. Si el autor obró o no con dolo será corroborado por otros elementos o probanzas, que se resumen en el "entorno". Se debe probar la intención que animara al sujeto infractor para consolidar la existencia del dolo o comprobar su exclusión. La armonización de todos los factores lleva a la comprobación del dolo. Cuando la intención no puede comprobarse; cuando el conocimiento de la criminalidad del acto no llegue a concretarse en el hecho cierto de su admisión, es entonces que debe arbitrarse el "in dubio pro reo" consintiendo en la inexistencia del dolo por falta de capacidad probatoria en el hecho acusado. Es de toda evidencia que el juzgador es reticente en desvincular al hecho del dolo que la ley considera existente en el ilícito. Pero cuando no puede inferirse *jures et de jure*, es de toda lógica jurídica desestimar tal pretensión y admitir su exclusión para evitar agravar la posición procesal del acusado. La interpretación debe ser restrictiva para no impulsar la aceptación "au trance" del dolo; aceptar sin cortapisas la existencia del dolo es presuponer una culpabilidad con antelación al juzgamiento, desautorizando a la propia ley cuando ésta consagra la presunción de inocencia. Lo que debe probarse es la culpabilidad.

Al desaparecer como posibilidad —la presunción— queda fijada en la ley la terminante existencia y consagración del mismo. El dolo se reputa existente y la demostración de lo contrario queda a cargo de quien invoca el beneficio. Se frustra el derecho del acusado al resolverse expeditivamente respecto a su inevitable presencia en el hecho delictual. Se opone al principio que consagra la presunción de inocencia. Todo ello va en detrimento del beneficio de la duda, que debe tutelar situaciones donde no existe la semiplena prueba de la comisión dolosa; al partir del principio de su existencia se ataca también al propio ordenamiento que consagra el arti-

culado legal, verbigracia, nuestro artículo 13 del Código de Procedimientos en materia Criminal. Va de suyo que debe procederse con extrema prudencia, para no caer en subjetividades peligrosas: ver hechos dolosos donde no existen, por captación subjetiva del juzgador.

#### 17. LEGISLACION ESPAÑOLA.

El dolo en la legislación española fue caracterizado en la definición del delito, al decir que éste es “todo acto voluntario, con mala intención y violación de la ley (proyecto 1821). A posteriori se simplificó el concepto y se llegó a una concepción que imperó en el Código de 1848 y que con diferencias tan solamente formales, rige en la actualidad. Aquí se menciona el delito abreviando la fórmula, calificando de “voluntario” todo acto legalmente sancionado.

Al través de las necesarias modificaciones que se suscitan a posteriori del Código de 1848 se llega a consagrar la voluntariedad como elemento esencial del dolo y si bien en ocasiones no fue acogida por la legislación, ya que se suprimió toda referencia a la voluntariedad, de modo general se aceptó como constitutiva del dolo. A ello se agregó la noción de malicia, que logra integrarse por influencia de extraña legislación, verbigracia, el derecho inglés, que consagra la malicia como esencia del dolo, si bien este deberá quedar acreditado o fehacientemente comprobado, para que pueda caratularse como tal, es decir doloso, el hecho acriminado. Todo hecho penado por la ley, con voluntariedad que se descarta, es estrictamente doloso y no puede contemporizarse con pretendidas eximentes a una conducta irremisiblemente dolosa. Volviendo a las citas del autor en su recorrida por la legislación española, acetemos que tanto el Código Penal de 1932, cuanto el de 1948, correspondientes a etapas políticas contrapuestas, se expiden de análoga manera, consagrande como principio irrefutable que “las acciones penadas por la ley, son voluntarias, equivalentes a dolosas”.

Al través de los códigos dictados y puestos en vigencia se mantuvo el calificativo de voluntarios cuando se hizo referencia a las acciones penadas por la ley. Ese requisito de voluntariedad determinaba la inequívoca rotulación de dolosa. Tal criterio fue sostenido también en el Código de 1945.

Sobre el particular es digno de destacar la unanimidad de criterio que se logró reunir al conformarse la voluntariedad del dolo. La calificación subsume la voluntariedad o mejor dicho da nacimiento al dolo. La acción posibilita el ejercicio de la voluntad y

ésta es la que armoniza para tener por dolosa a aquella. Entre los autores adquiere relevancia la armonización de voluntad y dolo. Se establece una equiparación entre ambas, de un modo unitario que no admite gradaciones: la voluntariedad del acto penado por la ley es el mismo dolo, ya que voluntad y dolo aparecen equiparados. Existe una innegable equivalencia entre voluntad y dolo, es decir una complementación de ambos términos que les lleva a la propia confusión de esferas.

## 18. CODIGOS LATINOAMERICANOS.

### *Dolo*

Veremos que la caracterización del dolo está arbitrada en la mayoría de los códigos latinoamericanos, de manera muy expresa. Se individualiza allí la figura mediante una definición escueta pero concreta. Casi todos los cuerpos legales se expiden armónicamente y salvo sutiles diferencias puede concluirse que todos abordan el tema de manera uniforme. Unos van directamente al resultado querido y representado y otros admiten complementariamente el resultado que, aun no querido, se tuvo como posible y aun así admitido, el agente configuró con su acción, el dolo.

Analizaremos concretamente cada uno de los distintos códigos que en artículo específico hacen alusión al dolo. Así por ejemplo:

**República de Colombia (artículo 12).** “Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas”.

**Artículo 29:** “Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra substancia, o padeciere de grave anomalía psíquica se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro”.

Aquí se requiere la intención, sin producirse una definición tajante del dolo; es decir que a excepción de los supuestos contenidos en el artículo 29, expresamente clarificados, todo supuesto de infracción lleva el sello de la intencionalidad, arbitrando incluso el evento de la culpa.

Las generalidades están dadas por la disposición y los casos de excepción los contempla en el artículo 29 del modo expreso como se referenciara precedentemente.

Se hace hincapié en señalar que la intención es el factor contributivo del dolo, a los fines de poder recepcionarlo y demostrar la culpabilidad sobrevenida. Se advierte que alude genéricamente a infracciones, pero con ello se significa la acción delictiva que origina la sanción. No se menciona en el artículo pertinente la acción

u omisión voluntaria, como lo hace verbigracia, el Código de la República de Chile y tampoco pasa a definir el dolo como lo hace el Código de la República de Nicaragua, pero va de suyo que su referencia a la intencionalidad está ligada estrechamente a la significación del dolo, si bien explicita la intención y guarda silencio en cuanto a la alusión directa del dolo, resulta innegable su mención.

República del Paraguay (artículo 6). “Las acciones u omisiones contrarias a la ley, que no pueden imputarse a una persona como ejecutado con intención culpable o negligencia, no están sujetas a penas”. Equivale ello a decir que todo acto que contraría la esencia de la ley y que no puedan conscientemente demostrarse —ejecutado con intencionalidad— queda eximido de la sanción retributiva. La acriminación de intencionalidad equivale a considerar la configuración del dolo. Cualquier acto que pudiere resquebrajar el orden jurídico al no llevar como contenido substancial la intención queda descalificado como delito y eximido de sanción. La relevancia de la intención da sentido al acto que será reprimido o sancionado en la medida que la intención quede expresada o manifestada. Si se evidenciara la comisión del hecho mediante la intencionalidad, quedaría configurado el dolo y sancionado con la extensión y medida que la ley le acuerda. La ausencia de intencionalidad hace caer la fuerza de la sanción y el delito acriminado pierde consistencia ante la claridad de la disposición. Y no se trata de interpretación del juzgador ante el caso práctico, sino que la ley remite a la comprobación de la intencionalidad para tipificarlo como delito.

Puerto Rico (artículo 7). “... palabras... tendrán el significado que se señala a continuación: Apartado 27: voluntariamente. Aplicada a la intención con que se ejecuta un acto, o se incurre en una omisión, implica simplemente propósito o voluntad de cometer el acto, o de incurrir en la omisión a que se refiere”.

Artículo 14: “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley prevé como delito si la misma no se realiza con intención o negligencia criminal”.

El código en examen hace una aclaración muy precisa para evitar, presumiblemente, distorsiones al momento de aplicación de la ley. El significado que otorga a expresiones o palabras hacen obligatorio circunscribirse a esa única interpretación y el juzgador por sobre todo, debe atenerse a la restricción que le impone la propia regla. Y al ceñirse a una interpretación hace sobreentender que ésta no deberá ser alterada, aun con el pretexto de una mejor aplicación de la ley. Cuando el apartado toma la acepción “voluntaria-

mente” lo hace en su referencia a la intención y advierte respecto a la voluntad de ejecutar el acto o incurrir en la omisión.

En el artículo específico cuando alude a la acción u omisión que reviste como delito, es decir que contrariando al propio ordenamiento, hace una acotación que obliga a una estricta observancia de no arbitrarlo como delito, si el acto no se verifica con intención criminal.

Es de toda evidencia que la presencia de la intención caracteriza el dolo y de tal modo podrá acriminarse el hecho delictivo con la certeza que la propia norma exige. En general, el código en examen se orienta a un reconocimiento indirecto del dolo para que la figura adquiera características de delito.

La relación entre el apartado 27 del artículo 7 y el muy específico del dolo (artículo 14) es asaz evidente, ya que la amplitud del primero habilita el caso en que el dolo debe admitirse y donde no caben ya actitudes o interpretaciones subjetivas, debiendo atenerse estrictamente a la terminología y extensión otorgada por el legislador.

**República de Venezuela (artículo 61).** “Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituyere excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión... La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario”.

Como vemos requiere el concurso de la intención para la realización del acto, el que debe quedar debida e inequívocamente acreditado a excepción claro está, cuando el propio texto legal se lo acrimina por la circunstancia de la acción o por consecuencia de la omisión.

En forma uniforme se tendrá por voluntaria aquella acción u omisión salvo que exista una constancia en contrario. La fuerza legal en este último caso será juristantum y su aceptación quedará supeditada a que no se den las posibilidades en contrario.

**República de Nicaragua (artículo 2).** “El hecho es doloso cuando el resultado se ajusta a la intención”. En una apretada síntesis se caracteriza al dolo y se lo hace armonizar con la intención. Esta es una peculiaridad que con diferencia de matices se observa en casi todos los códigos latinoamericanos; la intención resulta decisiva y a ella debe ajustarse el resultado para tener al hecho por doloso. El dolo se estructura buscando un resultado cuyo medio es la propia intención encaminada a la tipificación.

Cuando se dan las circunstancias que el artículo indica recién podrá concluirse con la acción dolosa. Habrá que indagar en el



resultado la existencia de la intención. No podrá prescindirse del análisis del resultado para determinar exitosamente la acción dolosa. Hay una relación o "entente" que no puede ignorarse si quiere lograrse un correcto encasillamiento. Intención y resultado juegan para la determinación dolosa. Deberá atenderse a la presencia de ambos términos para determinar fehaciente y palmariamente la existencia del dolo.

**República de Brasil (artículo 17).** "El hecho es doloso cuando el agente quiso el resultado o asumió el riesgo de producirlo".

Ha habido representación de un resultado y esa consecuencia es la querida por el sujeto activo, o en última instancia ante la posibilidad que se produzca el resultado aceptó la propuesta y produjo la acción desencadenante. Conscientemente el sujeto supo del resultado; es más, buscó el resultado; se trataría en el evento del resultado querido. Al acometer para su realización no obstante la diminutio que le impone la ley, lo torna doloso y así lo estructura para hacerse responsable a este título de dolo; aun cuando la consecuencia podría aun no producirse, admitió también tal posibilidad de concreción y a pesar de ello no se detiene en la consumación, está asumiendo el riesgo de su producción.

**República de Cuba (artículo 18).** "Nadie puede ser sancionado por razón de un hecho previsto en este código sino cuando la acción u omisión que lo determinó haya sido querida por el agente, quien a la vez, haya querido o previsto su resultado".

El resultado querido por el sujeto activo es el que hace valorar la acción y lleva a la sanción al configurarse el dolo. El agente debe obrar con la previsibilidad del resultado efectivamente acaecido, pues de haberse producido tal consecuencia en su previsión, hubiera procedido de igual forma. Esa actitud consecuente del sujeto lleva al resultado.

**República de Ecuador (artículo 14).** "El hecho es doloso cuando el acontecimiento dañoso y peligroso fue previsto y querido por el agente".

Juega aquí la captación del resultado querido y su aceptación por parte del sujeto activo, conjuntamente con el ejercicio de la voluntad que acciona en perjuicio del orden jurídico. El hecho dañoso y peligroso tuvo su previsión en el agente, abstracción hecha de ser el resultado buscado, debe coincidir con este resultado referenciado; no solamente debe tenerse representación del resultado sino que aun así el agente optó por continuar con el hecho reputado dañoso. El dolo queda conformado en razón de querer un resultado y haber sido también previsto por su autor. Ambos tér-

minos aparecen como concurrentes y no se excluyen entre sí sino por el contrario se complementan para la estructuración dolosa.

**República de Perú (artículo 81).** “El hecho es doloso cuando es intencional y se comete por acción u omisión consciente y voluntario”.

Esta aceptación del hecho como doloso arbitrando la noción de consciente y voluntario, hace intervenir al elemento intelectual (consciente) en forma conjunta con la voluntad (voluntario) que imprime al hecho características propias. Al hacer referencia a la intención como justificativo del dolo la hace adquirir dimensión propia, dándole carácter distintivo. Se trata de acción u omisión el acontecer es doloso cuando amén de intencional, se integra con el elemento intelectual y la voluntad. Aquí indudablemente se ha optado por un acogimiento a la teoría que armoniza la representación con la voluntad. Tal surge del concepto elaborado por el Código peruano al adoptar el criterio que debe imponerse para la tipificación del dolo. Por otra parte la gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas han optado por su aceptación, con solamente variedad ligera de matices. En todas ellas podrá observarse que la intención orienta la estructura del dolo y el acontecimiento sobreviene sea por acción u omisión consciente y voluntaria.

**República del Uruguay (artículo 18).** “El hecho es doloso cuando el resultado se ajusta a la intención”. Cuando el sujeto activo ha tenido la intención de conducirse en determinado sentido, con consciencia de inferir de tal modo una lesión al orden jurídico queriendo el resultado obtenido, el hecho deviene doloso. La intención es el antecedente del resultado, y éste queda supeditado a la sola efectiva cumplimentación de la primera. Si no hubiera intención el resultado no se produciría. El resultado sería la consecuencia del ejercicio de la acción, personificada en la intención que decide la ejecución por parte del sujeto activo. De tal modo cuando el resultado se orienta en el sentido de la intención queda definido el dolo.

**República de Costa Rica (artículo 13).** “El hecho es doloso cuando se quiere la realización del hecho tipificado”.

Quando el agente contraría el orden jurídico, intencionalmente, y coincide su propósito con la efectiva realización del hecho reputado delito, se ha ingresado en el dolo. Cuando la acción se encamina al resultado tenido como delictual, es indudable que ha quedado estructurado el dolo. Este código coincide con la orienta-

ción impuesta por la mayoría de los cuerpos legales latinoamericanos, referenciando el dolo como la efectiva realización del hecho tipificado de tal modo.

**República de Guatemala** (artículo 11). “El delito es doloso cuando el resultado ha sido posible o cuando sin perseguir un resultado, el autor se lo presenta como posible y ejecuta el acto”.

En uno u otro supuesto el dolo queda configurado sea en la previsión del resultado o cuando sin buscar la obtención de él hubo una representación de la posibilidad o factibilidad de concreción del resultado no perseguido. No obstante la posibilidad, concreta el hecho mediante su accionar, que lo coloca ya dentro de la esfera de la sanción y a título de dolo.

La mayoría de los códigos se expresan con cierta similitud, aun la terminología usada es por momentos uniforme.

**República del Salvador** (artículo 33). “Hay dolo cuando el efecto ha sido previsto por el agente o cuando se acepte el resultado que se hubiera previsto como posible”.

Cuando se ha tenido representación del resultado; que tal consecuencia engendraría la actividad del agente, es indudable que el dolo queda configurado. Concepto que se alinea en la posición de los códigos latinoamericanos y observa un comportamiento análogo en éstos y también en el segundo supuesto, cuando se acepta el resultado cuya previsión obra en el sujeto activo. Una diferencia de formas, pero en lo substancial no difieren los cuerpos legales latinoamericanos. El dolo se define por el resultado previsto o la posibilidad de su concreción, aun no persiguiendo aquel resultado.

Es de apreciar una influencia recíproca entre los códigos explicados; ello es notorio si se observa que algunos de los países mencionados pusieron en vigencia su ordenamiento en fecha reciente y por ello se ajustaron a pautas señaladas por sus similares anteriores difiriendo solamente en detalles de forma, pero conservando una unidad, que bien podría llamarse latinoamericana, en el modo y forma de encarar lo referente al dolo. Este queda estructurado o configurado cuando se actúa en función de un resultado, querido o por lo menos previsto. Es indudable que no obstante la representación habida se ha actuado en consonancia con el resultado previsible.

La conjunción de consciencia y voluntad ha sido la escogida en la mayor parte de los códigos reseñados, donde la voluntad juega coincidentemente con el elemento intelectual (consciencia). La armonización de ambos elementos es configurativa del dolo; este se estructura al complementarse ambos elementos.

*Dolo Eventual*

**República de Brasil** (artículo 17). Habla del riesgo de producir el resultado. Cuando existe la posibilidad de producirse el resultado y no obstante ello se asume el riesgo y se encamina hacia su producción —del resultado— se ha concretado lo que se conoce como dolo eventual. Se asume el riesgo del resultado, teniendo por previsible a éste.

**República del Ecuador** (artículo 392). “Cuando el fuego se hubiere comunicado del objeto que el culpado quería quemar a otro objeto cuya destrucción acarrea una pena más grave, se aplicará esta última si las cosas estuvieran colocadas de tal modo que el incendio haya de comunicarse necesariamente, de la una a la otra”.

Aquí el dolo eventual hace referencia al caso concreto y específico del incendio. Al producirse el hecho su consecuencia necesaria fue previsible y ello agrava la pena, ya que la previsión del resultado no desanimó los propósitos del agente. Al tener representación de ese resultado y admitirlo de tal modo, que no detiene al sujeto activo en su acción, agrava la situación penal y el reproche entonces, avanza cuantitativamente.

**República de Cuba** (artículo 18). “Cuando los resultados no estén conformes con el propósito o previsión del agente sólo serán imputables en los casos y en las condiciones establecidas por este código”.

Aquí el agente debe haber obrado en consonancia con su propósito. Cuando el resultado se opera en oposición a la previsión, el código castiga solamente aquellas actitudes o conductas dolosas que expresamente considera. Se trata de una enunciación taxativa.

**República de Uruguay. Artículo 18:** “Cuando el resultado no se quiso, pero se previó, el resultado se considera intencional”.

Aquí cuando el resultado no fue el querido o perseguido por el agente, pero de todos modos tuvo cabida a modo de representación, es decir que se previó, el dolo se considera de carácter intencional.

**República de Costa Rica** (artículo 18). “Quien prevé el hecho cuando es aceptada la posibilidad de su resultado, ha actuado con dolo. Hubo una aceptación a la misma posibilidad de concreción que se le presentó al agente”.

**República de Bolivia** (artículo 14). “El delito es doloso cuando

el resultado antijurídico ha sido querido o previsto y ratificado por el agente, o cuando es consecuencia necesaria de su acción”.

La consecuencia necesaria de la acción del agente o la previsión del resultado están determinando la existencia del dolo.

En todos los códigos en examen existe una similitud de conceptos en sus referencias al dolo y al resolver en torno al dolo eventual lo hacen de manera uniforme, señalando expresamente las circunstancias en que así debe ser considerado. Se alude a la previsión del resultado, a la consecuencia necesaria de la acción. Esta estructuración del dolo es común a todos los cuerpos legales latinoamericanos y sus disposiciones son reflejo de la recíproca influencia recibida. Se agudiza en doctrina la oposición de los sostenedores del dolo estructurado en mérito a la voluntad y los que propician la armonización de ésta con la consciencia o elemento intelectual. Ello se observa no solamente al considerar específicamente el dolo como género, sino al ser conceptuado en su condición de eventual.

Ambos supuestos hacen jugar a la voluntad “per se”, o armonizándola en el segundo de los casos con la consciencia. No querer el resultado, pero preverlo; adquirir noción previsional de éste es computar legalmente esta clase especial de dolo, como es el eventual.

#### 19. NORMATIVISMO. FINALISMO DE LA ACCION. IMPUTABILIDAD

**Normativismo:** Entiende que el reproche de la norma hecho al sujeto, queda exclusivamente en el campo de la culpabilidad. El elemento psicológico trasuntado en el hecho de este carácter queda reservado a la culpabilidad.

**Finalismo:** El agente no pretende el resultado antijurídico ya que pudo pergeniar una voluntad de acción desplazada en el sentido de la norma. La apreciación de la acción es considerada con una valuación equivocada de la antijuridicidad, lo que hace promover el hecho mediante una voluntad robustecida por ese equívoco de la juridicidad. El agente debe conocer o tener evidencias personales y ciertas de la antijuridicidad. La culpabilidad deviene en género y el dolo una de las especies. En la culpabilidad esencialmente se entronca el dolo y es éste el contenido substancial de aquélla.

La *imputabilidad* es la razón preponderante y necesaria para que tenga lugar el reproche. La causal eficiente de la acriminación radica en la comprobación de existencia de este requisito. Al no poder certificarse sobre la presencia de imputabilidad, no se hace

viable la expresión para fundar el cargo. Es la determinante para el reproche a la conducta típica, la que puede inferirse en grado de lesión, ya sea a título de dolo o bien a título de culpa. El sometimiento del orden jurídico a la conducta que lo ha trascendido descansa en el reconocimiento de imputabilidad. Es esta “justificación” delictiva la que hace nacer la “actuación culpable” del sujeto activo. La imputabilidad nace de la habilitación de obligaciones la que es coincidente con la edad cronológica (en nuestro derecho 16 años) que le asigna la ley para poder ejercer el reproche. Todo ordenamiento legal satisface este interrogante, determinando expresamente el límite excusable de imputabilidad; sobrepasado éste, la sanción retributiva es irremediable, salvo dispensas también expresas, que la ley prevé. Cuando las facultades mentales no padecen de diminutios —sean congénitas o adquiridas— es a todas luces prudente atacar, mediante la sanción, esa marginación voluntaria, de la regla que impone un determinado comportamiento, pues lo contrario equivaldría a la propia transgresión. Ese desequilibrado estado mental hace posible la aplicación de la punición. La punibilidad descansa en la comprobación previa de la imputabilidad; la falta o carencia de imputabilidad sería el pase o “bill” de indemnidad ante la muy cierta transgresión de la regla. Se carecería de una fundamentación excluyente para la calificación de conducta típica penal, merecedora de sanción. La exigencia de una consciencia que haga comprender al agente la envergadura criminosa de conducta es ingrediente obligado para la acriminación correcta y efectiva. Al no poder concluirse que el agente obró con consciencia, habilitante esta para comprender la criminalidad del acto, no serán suficientes los elementos o probanzas acumuladas, para permitir una interpretación que contraríe la letra o esencia de la norma. Tendrá que determinarse concluyentemente que la consciencia del sujeto activo estuvo capacitada para receptar el carácter crimoso del hecho.

Producido el hecho es inmediata consecuencia la cierta y concluyente certeza de ser la consciencia suficientemente solvente como para apreciar el carácter delictivo de la acción. Debe comprender la criminalidad del acto desestabilizador del orden jurídico y estar en condiciones de dirigir sus acciones. Cuando esos presupuestos se hayan reunido y sean conformes a las exigencias de la ley habrá nacido también la certeza de la sanción imponible, ya que la imputabilidad es el compendio de aquellos referenciados presupuestos. Solamente así podrá articularse o formularse el reproche y al amparo de una muy comprobable imputabilidad, cuyas modalidades están dadas por el propio ordenamiento. Su estructuración va conformándose a exigencias formales que concluyen con su receptación expresa en los códigos de fondo, donde se reseñan

las exigencias que viabilizan su consideración. No puede admitirse la aplicación sancionatoria, sino queda evidenciada *jure et de jure* la caracterizada imputabilidad. No solamente se referencia la salud mental del individuo, sino juega un rol preponderante la voluntad, ya que necesariamente la orientación o "destino" de la acción está dada por aquélla. El elemento intelectual (inteligencia) está dado por la comprensión exigida en el supuesto del acto en sí mismo considerado; la voluntad aparece con relevancia y entidad penal al comprometer el ejercicio de la acción a la razonable presencia de aquella. La acción se conforma por la ejercitación de la voluntad y es ésta la que propicia el sentido de aquélla.

Partiendo entonces de una edad que la ley consagra mínima, se va asentando el reproche que requiere de otros extremos para su toma de razón. Esa exigencia de mínimo de edad se complementa con la comprobación de la salud mental por parte del sujeto activo, abstracción hecha de la constatación de poder dirigir sus acciones y comprender la criminalidad del hecho. Aglutinados tales presupuestos conforman la imputabilidad y así rotulado el análisis previo de conducta, se pone en marcha el proceso que concluye con la sanción retributiva. Estas no son gradaciones de imputabilidad, sino parcializaciones o fases de obligada comprobación para llegar gradual pero definitivamente, a la sanción o reproche. Pero la imputabilidad debe localizarse en un momento determinado del tiempo y la correcta enunciación debe detenerse en el instante mismo de la consumación del acto o hecho criminoso. La valoración de imputabilidad debe tener vigencia al momento del hecho, sin remontarse a circunstancias previas o proyecciones futuras. La imputabilidad debe ser "palpable" al momento de la transgresión; debe existir cuando se consuma el acto delictivo, con prescindencia de consideraciones que resultan extemporáneas.

La investigación de imputabilidad debe circunscribirse al logro de probanzas acreditatorias o corroborativas pero al momento de cristalizar la acción dirigida a la desestabilización jurídica o transgresión de la norma. La voluntad adecuada a un propósito encamina la acción y cuando ésta se efectiviza mediante la violación, allí nace la imputabilidad; es decir que nace o existe en el instante mismo del hecho. Todos los presupuestos que se aúnan para originar la imputabilidad llevan a la resultante de la capacidad legal. Su acción la despliega o perfecciona, o consume, mediante el goce de aquella capacidad y hace lo que la ley prohíbe u omite lo que la ley manda, en ejercicio o con habilitación de capacidad, que lo hace imputable y merecedor del reproche que se compendia en la sanción. La procedencia de la pena guarda estrecha relación con la fehaciente comprobación de la capacidad en el agente. Esta imputabilidad debe acreditarse en toda circunstancia, no contentándose

la ley con la simple o mera presunción, ya que aquella no puede ni debe presumirse. Los valores en juego deben merecer una extrema atención por parte del juzgador, para no caer en deformaciones o distorsiones que la ley no busca ni quiere. Imputabilidad no significa que su concepto se extienda discrecionalmente y aparezca como cierta y evidente y la inimputabilidad como excepción. Muy contrariamente la imputabilidad no se basa o sustenta en presunciones, sino en hechos o circunstancias jurídicamente inconvencionales. Acreditadas estas o no controvertido el reproche de imputabilidad, recién entonces podrá con certeza arbitrarse los medios para dejar expedito el camino de la sanción. Habrá que analizar el hecho en todo su ciclaje como asimismo la personalidad del encausado y cualquier otro detalle conducente para determinar con verismo la imputabilidad requerida como conditio previa para la formulación del reproche.

La imputabilidad lleva inexorablemente a la punibilidad. De allí la trascendencia de la correcta acriminación de esta condición de imputabilidad. El error o la certeza de la punición está en relación directa con aquella circunstancia, cuyo esclarecimiento obliga a una evaluación consciente y correcta de todos los elementos en juego.

La punibilidad —consecuencia de la imputabilidad— lleva la significación de una consciencia y voluntad que se desenvuelven en un plano de absoluta normalidad. Estos factores de consciencia y voluntad advierten sobre las condiciones de la punibilidad, que son requeridas para una exacta adecuación de la sanción a la conducta o actividad desplegada. Consciencia y voluntad son elementos constitutivos para su consideración a efectos de la punición. La razón de imputabilidad no lleva como connotación el inmediato correctivo de la pena, ya que la imputabilidad estará ligada y sujeta a la demostración de culpabilidad y ésta no puede acreditarse sino al través de una investigación de las circunstancias que hacen al “entorno” del hecho. Cuando la culpabilidad llegue a demostrarse palmariamente y las probanzas acumuladas sean tan elocuentes que no admitan la exceptio “in dubio pro reo”, se habrá despejado el camino de la sanción. La imputabilidad debe considerarse de orden personal a los efectos de aplicación del derecho penal. Al ser las acciones criminosas adjudicadas a título personal, siendo exigencia la existencia visible del autor, la imputabilidad a los fines de la punibilidad debe ser formulada a sujeto debidamente determinado. Producido el hecho reputado delictivo, debe concretarse, individualizarse, a su autor para determinar su imputabilidad, estado previo originario de culpabilidad y conducente a la sanción que es la etapa final, o sea la punibilidad que armoniza con la declarada imputabilidad.



20. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.  
DELITO PRETERINTENCIONAL.

El elemento psicológico del hacer delictivo queda integrado al concepto de culpabilidad. Es aquel precisamente el contenido de este último, ya que es la posición de la consciencia incentivada hacia el delito cuanto el ejercicio de la voluntad que se orienta conscientemente al resultado violatorio de la norma. La transgresión es la suma de consciencia y voluntad, productoras en conjunto del disvalor de la norma en su referencia al sujeto activo. El agente se moviliza mediante la armonización de ambos elementos y procede al resquebrajamiento del orden, mediante la conducta descripta penalmente típica.

El acto que contraría la ley es en esencia el compendio de ambos factores —voluntad y consciencia— que acceden al medio para producir la aprehensión que lleva al ilícito. La acriminación que se hace a la actitud del sujeto tiene connotaciones de estructuración psíquica y el resultado obtenido por ejercicio marginado de la acción, lleva a una relación que determina la eficiencia de una causa psíquica. La imputación concluye con una atribución de culpabilidad medida por el resultado; éste condiciona a aquél y el acto antijurídico se resume en el resultado, consecuencia de consciencia y voluntad —ésta incidental—. La causa psíquica es abiertamente expresada como atingente al sujeto en su relación con el resultado, ver Schurmann Pacheco<sup>1</sup> al referirse al delito ultraintencional.

Carrara<sup>2</sup> sobre el que más adelante se volverá detalladamente, aludía a la coexistencia de dos fuerzas para poder calificar el hecho como delito. Podría sobrevenir la acriminación cuando se pudiere concluir con la presencia de ambas, configurativas del hecho reprochable. Y no se trataba de presupuestos antagónicos, sino complementarios para la resultante delictual; “fuerza moral y fuerza física”. Estas dos fuerzas necesariamente deben manifestarse para que el acto pueda reputarse delito. Cuando puedan ser admitidas ambas presencias y se dé la certeza de su integración al hecho, éste ya merecerá el reproche, por tratarse de delito. Serían elementos eficientes y necesarios —conforme Carrara— para acreditar el acto como delictual. Fuerza moral y fuerza física son contribuyentes de este concepto y debe admitirse la existencia del delito al tener certeza de las referenciadas fuerzas moral y física.

Pero es indudable y resulta comprensible aceptar como postu-

<sup>1</sup> Rodolfo Schurmann Pacheco, *El delito ultra o preterintencional*, Lerner, pág. 139.

<sup>2</sup> Carrara, *Programa...*, *cit.*

lación definitiva la circunstancia de la dificultad en lograr el aislamiento del elemento psicológico para ser imputado a la conformación del delito. El análisis resulta no solamente azaroso sino también de ningún modo concluyente, ya que su examen no podrá ser tan integral o minucioso como debiera, por la imposibilidad de una introversión extensiva del agente al investigador o juzgador del hecho devenido delito. Ingresar a la esfera de la volición para lograr armonizar tan intrincados laberintos es asaz peligroso y por ende no definitivo. Las estructuras a lograr adolecerían de insuficiencias que atacarían su propia valía. Sin embargo se han hecho intentos tendientes al logro de tal finalidad: aislar para su examen y consideración pura al elemento subjetivo, para de allí ir en búsqueda de la exculpación o de la sanción en su caso. El delito, al analizar el elemento subjetivo que lo integra, buscará su reparación mediante la sanción, pero ésta debe conciliarse con los extremos en disputa para llegar a la estrictez de su aplicación, pero sin dejar influenciarse por preconceptos o nociones falsas que sean ajenas a la culpabilidad que deba demostrarse. En la seriedad de esta búsqueda se encontrará respuesta al interrogante que pueda plantear el tan manido elemento subjetivo dentro de la estructura de la culpabilidad, género que lleva al dolo como especie. Pero la trascendencia del elemento subjetivo se circunscribirá al ámbito esencialmente psicológico y ninguna otra referencia podría adquirir notoriedad. Todo se limitaría a la observancia de la consciencia y voluntad en relación al resultado, pero sin considerar la intervención de imputabilidad, que ya no sería una posición generativa del delito, sino un presupuesto de caracterización previa al análisis de aquel —las formas representadas por voluntad y consciencia—. Este ajuste vinculatorio de resultado y psiquis del sujeto como determinantes de la culpabilidad, es la esencia de la teoría psicológica de la culpabilidad, opuesta a la concepción normativa donde la culpabilidad surge por la estimación de la actitud del autor frente al resultado o frente al hecho. El juicio de reproche o la expresión condenatoria debe analizar o hurgar en la valoración psicológica del autor. Este juicio debe ser auténticamente imparcial y no sujeto sino al acontecer fáctico, pero en relación al acto todo, en una apreciación integral donde puedan incluirse imputabilidad cuanto dolo.

La culpabilidad en su referencia a la ultraintencionalidad, es el resultado no querido, que supera al resultado previsto, pero también previsible. Esto origina el carácter de delito preterintencional que convive jurídicamente con los delitos dolosos y culposos, cuyas estructuraciones difieren como se verá oportunamente. El ajetreo jurídico obliga a enrolarse en una tendencia y admitir o desechar el delito preterintencional, ya que muchos autores y doc-

trinas se inclinan a elaborar una distinción donde cuentan solamente el delito doloso y el culposo, sin incluir en tal clasificación a los aceptados como preterintencionales.

La eliminación de toda consideración jurídica se basa en la aparente y acusada falta de entidad de esta clase de delitos, que aparecería como carente de personalidad propia, constituyéndose en una amalgama de dolo y culpa. Es decir un producto híbrido resultante de una conjunción no uniformemente aceptada. Pero todo ello no resulta del todo convincente, puesto que la jerarquía se la otorga el propio hecho en su resultado o consecuencia; se trata de un delito realmente autónomo que no participa de modalidades ajenas, sino que se conforma en base a una circunstancia de resultado, ya que éste, aun previsible, no fue el querido ni el buscado por el agente.

Circunstancial y tangencialmente aparece el resultado que califica al hecho como preterintencional, abstracción hecha de ser querido o resistido, éste se produce.

La autonomía que se pretendió dar al delito tropezó con la oposición de tratadistas, quienes no ven siquiera como posibilidad que se erija en especie independiente, con modalidades propias y características inherentes a una individualidad harto resistida. Argumentan que no se justifica una responsabilidad penal emergente de otra especie que no sea el dolo o la culpa. La culpabilidad obedecería a uno de esos dos exclusivos títulos, no debiendo ensayarse posturas caprichosas cuya autonomía será siempre discutida, por participar de fundamentaciones aplicables al dolo o la culpa, mas nunca a la preterintencionalidad, tal cual se pretende. Se trataría de abstracciones carentes de substancialidad jurídica como para autorizar el distingo. Esta especie de culpabilidad —preterintencionalidad— quedaría eliminada por la gravitación o incidencia del dolo o de la culpa que sí gozan de autonomía y no aquel que no dejaría de ser una “melange” de ambos. Por ello interpretan los autores que, a ello se oponen, debe eliminarse su consideración autónoma.

Sin embargo la preterintencionalidad ha sido motivo de incesantes trabajos ponderando su relevancia y enfatizando en torno a su trascendencia. Así como son incontables sus detractores, incluso el órgano de aplicación del derecho, así también cuenta con apologistas quienes no escatiman esfuerzos para ponderar y ensalzar sus virtudes a efectos de su aceptación por parte de cada uno de los ordenamientos positivos.

## 21. PRETERINTENCIONALIDAD. ANTECEDENTES.

Retrogradar en el tiempo y buscar los antecedentes de la pre-

terintencionalidad es recurrir indefectiblemente a las fuentes. En ese pasaje histórico existe una remisión obligada al Código Justiniano, donde el resultado no querido recibía una retribución sancionatoria de espectro muy suave, ya que se atenúa la responsabilidad del agente por efecto del propio resultado, reputado como no querido. La contingencia de su perfeccionamiento o consumación, si bien previsible, no estuvo en la mira del autor; de allí la benignidad de la norma para contemplar esa fase del desarrollo de la actividad penal del sujeto.

La Iglesia se pronuncia por la penalidad del autor —responsabilidad— en función del resultado. No solamente engendra culpabilidad el hecho cuyo resultado fuera querido, sino cuando el resultado se produce por efecto de una relación causal. El ejercicio de la acción conduce a un resultado cuyo fin fue querido, pero la realización del acto puede concatenarse a otras circunstancias y llegar de una manera o modo no previsto por el sujeto activo. Se produciría un resultado no querido como consecuencia de la existencia del acto ilícito, pero esa consecuencia es de la misma naturaleza que el acto único delictual. Sería el caso del que haga ingerir barbitúricos buscando un efecto secundario, sedativo y acaece la muerte por intolerancia orgánica o falta de capacidad de recepción por parte del que sería sujeto pasivo. Existe entre los autores de la época la tendencia a generalizar el dolo y otorgarle cabida por razón del hecho ilícito. Así sucede también en el supuesto de preterintencionalidad, que si bien desconocíase como nomenclatura, estaba esbozado conceptualmente al propiciar la condena cuando el resultado obtenido no coincidiera con el propósito del autor.

El dolo existirá siempre a despecho del resultado y abstracción hecha de quererse o no el resultado. Se produce el hecho y el resultado sería adecuado a la acción, aun sin proponerse el sujeto activo aquella consecuencia.

El derecho alemán vincula la actividad psicológica con el resultado y da cabida al delito preterintencional, donde el dolo se manifiesta a los fines de una culpabilidad atenuada, en armonía con el resultado. Y concluye la legislación alemana en sancionar la consecuencia más grave cuando ésta haya sido motivada por el accionar culposo, por lo menos, del autor. Se decide por la sanción más severa cuando se haya producido culposamente la consecuencia; solamente en tal supuesto se aplicará la pena mayor que la ley establece en función del resultado.

Hoy los ilícitos en atención al resultado son transformados por la incidencia de la preterintención y ésta es precisamente la premisa adoptada con la preeminencia preterintencional.

Carrara: Más tarde volveremos sobre el tema desarrollando los conceptos que contribuyeron de modo tan elocuente a la determi-

nación de la culpabilidad. Su influencia es indudable en el marco jurídico. Dice el ilustre autor que al aunarse inteligencia y voluntad se origina una resultante conocida por intención. La intención podría traducirse como la orientación de la voluntad hacia el ilícito. La consecución de éste es el resultado de empalmarse la voluntad hacia él. Existiría un determinismo de la voluntad que obligadamente trasciende la esfera de lo permitido para introducirse en el ilícito. Cuando la voluntad consciente se encamina al resultado previsto, previsible o no previsto, se genera la culpabilidad por razón de la intención conformada por voluntad e inteligencia. Esa culpabilidad debidamente comprobada trae la aplicación de la sanción retributiva.

La intención, por otra parte, nacida de la conducta del sujeto activo va a significar más tarde la propia culpabilidad. Se provee el contenido para estructurar el dolo, la culpa o la preterintencionalidad, resultado no querido, pero derivativo del ejercicio de la voluntad y la inteligencia.

Carrara se refiere a la preterintención en una relación con el delito específico de homicidio y alude al "ánimo" de causar daño en el más tarde occiso y aun cuando la muerte no fue querida, no fue prevista tampoco, pero pudo preverse. Se refiere a una culpabilidad intermedia. Hace nacer así una relación entre agente y acción, de orden psicológico que no es otra que la previsión del resultado. La consecuencia del resultado más grave inferido por el agente debió tener previsibilidad. La consecuencia a título de dolo sería menor, pero al producirse un resultado de gravedad mayor la previsión se concatena a la culpa, ya que el efecto no se previó sino hasta determinada significación; al producirse un resultado extraprevisiónal responderá por la culpa. Más adelante se volverá pormenorizando los detalles de conceptos tan esclarecedores, adelantando ahora que su esquema ha permitido desarrollar una teoría de la culpabilidad, que malgrado el tiempo transcurrido, mantiene su vigencia por haber concluido con la consideración objetiva, para encauzarse o canalizarse en torno al elemento subjetivo, como bien ha sido subrayado en forma permanente por tratadistas y doctrina. La conformación obtenida en materia de culpabilidad tiene indudablemente su indiscutida paternidad.

Se ha estructurado una culpabilidad mediante un sistema que particulariza primigeniamente sobre la preterintención.

El resultado es el que se pena, abstracción hecha de que se hubiera querido otra consecuencia. El derecho se atiene al resultado, sin considerar los atenuantes que puedan esgrimirse como justificación; todo se ha realizado conforme la intención. Un criterio meramente objetivo, donde el elemento psicológico no se analiza

como causal justificatoria. La posibilidad contraria tendría que ser demostrada mediante un *onus probandi* a cargo de quien alega la exención de culpabilidad. La previsión no interviene para determinar posición alguna. En el supuesto de la preterintencionalidad el único elemento analizable resultaría el medio utilizado para la consumación del hecho. El nexo psicológico, sin embargo, entre acción y agente es oponible a esta concepción, ya que la previsión del resultado es de toda exigencia y no podrá prescindirse de su analítico examen para fundar una estructuración de culpabilidad capaz de merecer la sanción retributiva. Para lograr una fórmula más aceptable deberán armonizarse en la ultraintención tanto el dolo cuanto la culpa. La conjunción de ambos presupuestos es la llamada a arbitrar tan espinoso problema. Es en definitiva de toda evidencia, aceptar la preeminencia de la posición psicológica sobre el medio utilizado. El elemento subjetivo y su posibilidad cierta de análisis descarta la consideración objetiva que lleva connotaciones de arbitrariedad por la imposibilidad de una captación con certeza, tan necesaria para la conformación de la preterintención. De allí nacerá la culpabilidad y la necesidad de sanción, desenlace final o adjudicación de la pena a la conducta del agente.

La previsibilidad del resultado debe ser condición obligada para la culpabilidad. De allí surgirá la certeza en el otorgamiento de la sanción por razón de preterintención. Es decir que aquí también todo queda circunscripto al orden subjetivo (Núñez conforme).

La culpabilidad es la posibilidad de representación del resultado. La situación más grave producida por el resultado, es el delito preterintencional, que no es otro que el resultado encasillado como culposo (F. Balestra).

Pero dentro de la práctica tribunalicia nacional, todo se desenvuelve con criterio objetivo, ya que la proporcionalidad del "medio empleado" es el que hace decidir la exclusión de la preterintencionalidad. Al atenerse a la valoración circunstanciada de tales elementos, descarta toda posibilidad de intervención del elemento subjetivo para determinar la culpabilidad; sería absolutamente excluida la valoración subjetiva.

## 22. ULTRAIINTENCION.

El acto asume este carácter ante la ejecución jurídicamente transgresora de la acción, de la que se origina una consecuencia o resultado de naturaleza más grave y que pudiendo haber sido prevista no lo fue.

El sujeto activo encamina su voluntad y consciencia a la cumplimiento de una acción, que no desconoce ser de naturaleza

delictiva; es decir que busca la consumación del ilícito, conociendo con prelación tratarse de un hecho cuyas características le imponen un encasillamiento de ilícito. El ejercicio de la acción genera un delito y para lograr su substanciación preterintencional debe derivarse una consecuencia cualitativamente más grave. Esta es interpretación originaria y desarrollada a través del tiempo, con las variaciones propias de cada época.

El delito cuyo resultado advierte sobre preterintención deviene más grave, habiendo comenzado en otro de entidad penal más intrascendente.

La conclusión aceptable deriva del nacimiento de un quehacer intencional encaminado a la perturbación del ordenamiento jurídico que concluye con un resultado de espectro más grave.

El delito preterintencional es uno; se trata de una acción y de un resultado. La voluntad se encamina a la obtención de un resultado, cuyas consecuencias devienen más graves, pero significando siempre culpabilidad, ya que se implícita ésta al dirigir la acción al hecho reputado ilícito. Al generarse un resultado de mayor trascendencia o gravedad, ello no quita que psicológicamente cristalice la culpabilidad acriminada, ya que el agente pudo prever ese resultado más grave. La voluntad se empalma en busca de una respuesta a la acción, concretada en el resultado; si este resultado trasciende al querido por el sujeto, ello no quita relevancia a la culpabilidad acusada, ya que la consecuencia más grave debió preverse al momento del inicio de la acción ya reputada delictiva para y por el propio agente. La noción o representación del resultado más grave debió estar prevista. Subsiste ese vínculo originario entre el sujeto y el resultado que hace persistir la idea de sanción. Es de toda evidencia que el hecho preterintencional y su adjudicación como delito esencialmente es uno solo. La voluntad como elemento conducente está signada por el autorigorismo que se impone y a pesar del carácter transgresor de la acción, persiste en su actitud de comprometer el orden jurídico, arremetiendo contra la norma y en detrimento del referenciado ordenamiento. El delito preterintencional es el dirigismo de la voluntad hacia el resultado que prevé el sujeto activo, trascendiéndolo por razón de la gravedad de la consecuencia que debió haber previsto. El resultado más grave se produce no por haberlo querido o previsto, pero que era obligadamente previsible y, como consecuencia, desestabilizador del orden jurídico provocado por una acción dirigida con voluntad. La voluntad ordena determinado comportamiento enderezado a quebrantar la norma; el resultado obtenido va más allá de la previsión, pero resulta incongruente desestimar cualquier tipo de sanción, ya que estaba obligado el sujeto activo a prever la consecuencia finalmente producida. El nexo psicológico resulta vincu-

latorio entre acción y resultado. Tiene que resultar del examen del elemento subjetivo una previsibilidad del resultado; si de la investigación no surge aquella previsión es indudable que la preterintencionalidad es inexistente y el sujeto activo responderá por su conducta, a título de dolo pero solamente en atención al resultado logrado; la consecuencia más grave que surgiere o se ocasionare, al no preverse, no le hace responder al sujeto por ella, ya que, reiteramos, la preterintencionalidad debe ser considerada inexistente. El quid radica en establecer una verdadera e indiscutida forma de culpabilidad y ello se logra en nuestro sistema legal al dar preponderancia valorativa al elemento subjetivo, desestimando una objetivación que concluye por eliminar o desechar aquel aspecto que ahonda en el nexo psicológico. No debe haberse querido ni previsto el resultado más grave.

Dirigida la acción hacia el delito y obtenido un resultado no querido ni previsto, pero previsible, debe tenerse por formalizada la preterintención, ya que se adiciona a la acción ejercitada, un resultado que hace encasillar la conducta en la preterintención referenciada.

### 23. ANTIJURIDICIDAD.

Es la relación entre el hecho y la regla general (penal).

La antijuridicidad es la potencialidad del hecho que produce la transgresión normativa y distorsiona la efectividad jurídica contenida en aquella regla. La inobservancia y falta de sometimiento produce el resquebrajamiento del orden jurídico traducido en la antijuridicidad que contraría al último, provocando la expectativa de la sanción. Esa adecuación de hecho y norma, donde el primero lesiona la integridad de la segunda, advierte sobre un resultado que no es otro que el delito. El delito debe ser considerado integral y unitariamente; en función de un todo; no puede paralizarse su examen o someterlo a forzadas separaciones. La norma penal debe ser considerada en un orden valorativo y en razón de una voluntad ejercitada. En el primer sentido al atacar la conducta o comportamiento del agente, explicitando las posibilidades delictivas en el texto consecuente; como una orden al tipificar esas conductas contrarias al orden jurídico, prohibiendo su concreción mediante el castigo contenido en la sanción retributiva.

### 24. FUERZA MORAL SUBJETIVA. FUERZA FISICA DEL DELITO

Al hacer una referencia incidental recurrimos, en la definición



del dolo a los conceptos vertidos para el insigne Carrara<sup>1</sup> y ahora retomamos la figura para extendernos con la consideración que merece su nombre. Aludía a la confrontación entre el quehacer —hecho— y el derecho, un choque o colisión entre dos fuerzas. La armonización de ambas lleva a su obligada consecuencia, esto es, el delito al cual accede la sanción. El juego de estas dos fuerzas da nacimiento, repetimos, al delito. Fuerza moral y fuerza física se complementan, o implementan de tal modo, para corresponder una a la razón o causa y la otra al propio resultado. Son valoraciones que hacen a su estimación subjetiva o conceptualización objetiva, respectivamente. El sujeto obra merced a una voluntad que se moviliza y ordena la ejecución del delito. Esa voluntad no es otra que la fuerza moral subjetiva.

La ejecución del acto requiere la acción corporal esto es la fuerza subjetiva.

La fuerza moral subjetiva está compuesta, conforme al autor, de inteligencia y de voluntad y ambas dan origen a la intención, que no es otra cosa que la voluntad orientada al delito. Inteligencia y voluntad son los presupuestos necesarios de la intención, es decir que la presencia de ambas se canaliza para conformar la intención; al no poder computarse alguno de esos presupuestos o revistiendo insuficientemente o no pudiendo precisarse su presencia por simple razón de inexistencia, la intención tampoco puede acriminarse por ser también obligadamente inexistente, ya que los presupuestos referenciados no son exigibles para su determinación. Tampoco podría existir siquiera en forma accesoria la imputabilidad, pues es esta consecuencia de la intención. Continúa expresando Carrara que aún debilitados, inteligencia y voluntad, pero presentes, la intención deberá admitirse pero deberá graduarse en razón de la intensidad de aquellos presupuestos. La imputabilidad, al admitirse restringidamente la intención, persistirá aunque también disminuida. La intención directa es aquella donde el sujeto previó y quiso el resultado. Ella es la causante o generadora del dolo. Carrara definió el dolo “como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley”.

Prosigue advirtiendo Carrara que la atribución del delito a la responsabilidad del agente, dolosamente, no es necesario que concurra al momento del hecho. Ello es objeto de críticas, ya que se sostiene que el dolo debe manifestarse en el momento del hecho; los antecedentes o ulterioridades no pueden computarse para acreditar una culpabilidad, que en el supuesto del dolo, es coetánea al hecho mismo; se origina en el momento de inferirse la lesión o quebrantamiento de la norma, no debiendo retrotraerse o proyec-

<sup>1</sup> Carrara, *Programa...*, cit.

tarse para determinar su existencia. El dolo nace en el preciso momento del delito rotulado doloso.

El dolo existente en el acto causante del hecho puede desaparecer y no concurrir al momento mismo del acto pero al aparecer al momento del hecho, al momento de consumación, debe reputarse la culpabilidad a partir de allí.

**La fuerza física del delito:** es el daño causado a otro por el ejercicio de la acción. El fundamento de la imputabilidad dolosa se ubica en la armonía de la fuerza física y fuerza moral. Al sancionar el delito hace recaer toda la fuerza moral oponible a la existente en el delito y en cuanto "el propio delito haya alentado a los malvados... ello intimida a los malvados..." El valor de la sanción ocurre en defensa del respeto a la norma y minora la fortaleza de los transgresores.

En síntesis, inteligencia y voluntad, ambos conforman la intención generadora de la imputabilidad. Cualquiera de estos elementos que faltare haría imposible aludir a la intención, ya que ésta requiere el concurso de ambos componentes. En tal supuesto no podría oponerse como referencia, pues no quedaría integrado el concepto de la intención.

## 25. DOLO EN LA TENTATIVA. PRUEBA.

Se requiere en la tentativa, igualmente que en el delito consumado, la asistencia de una voluntad empalmada a la consecución de un fin, ello en su referencia al dolo. Cuando se produce el inicio de la acción es indudable que los propósitos están en la mira del autor. Pero ese propósito inicial se entronca con un resultado, canalizándose la voluntad en procura de este resultado, ya representado. El resultado del dolo no puede extenderse más allá del resultado o previsión contenida en la ley. La intención está orientada a comprometer el orden jurídico, mediante la transgresión pero en el supuesto de la tentativa no llega a su consumación, deteniendo su actividad con prelación al resultado final. Se quiere ver en el dolo de la tentativa, el correspondiente al propio delito consumado. La tentativa está constituida por la serie de actos enderezados a la comisión del ilícito. Se comienza la ejecución dolosa, mediante la concurrencia de la voluntad que se encamina a la finalidad antijurídica propuesta, es decir que el aspecto subjetivo es la consideración que debe prevalecer, ya que la voluntad resulta orientadora para la comisión del acto ilícito.

La tentativa conduce inexorablemente a un fin, y es éste precisamente el que da peculiaridad al acto; el que le proporciona una característica, abstracción hecha de llegar a la ejecutoriedad pro-

puesta o representada. Lo que debe analizarse en el supuesto de la tentativa es la participación de la voluntad en la orientación del ilícito, es decir el aspecto volitivo y de manera definitoria y concluyente —lo que permite determinar la tentativa— debe computarse el resultado objetivo, que es el que indica los estadios de la conducta, resultado que no fue arbitrado como fin de la acción.

La tentativa requiere desde el inicio un resultado, visiblemente antijurídico y que se encuentra previsto como típico por la ley y tal resultado debió concretarse en armonía con la orientación de voluntad, si elementos sobrevinientes no lo hubieran desarticulado o distorsionado. La acción se registra como empalmada a la finalidad propuesta, mediante la ejercitación de la voluntad. El que no se haya logrado la cristalización lleva a la tentativa, ya que el hecho no llega a producirse, pero esta falta de concretabilidad obedece a la aparición de circunstancias sobrevinientes que perturban aquella realización. Existe un impedimento que se formaliza merced a la aparición de causas o razones accidentales que obstan a la efectividad. Queda en grado de tentativa el quehacer ilícito con todas las secuelas que le son inherentes.

La voluntad dolosa trasciende los actos efectivamente cumplimentados y las razones sobrevinientes son impeditivas del desarrollo total del resultado. No difiere en esencia el dolo del delito perfeccionado o consumado, del existente en la tentativa. La culpabilidad goza de una sintomatología que hace a la tentativa diferente. En la tentativa, aunque tenga representación el resultado final, la manifestación de voluntad encarnada en la propia acción, es cualitativa y cuantitativamente distinta, que en el supuesto de la ejecutoriedad o perfeccionamiento y la consumación del ilícito. El espectro de culpabilidad emerge mayormente dosificado en el evento del delito consumado que en el caso de la tentativa.

La dirección del dolo en la tentativa es directa; aparece como un resultado que hubo de producirse y que circunstancias ulteriores impidieron su concreción. Pero la orientación está señalada desde su inicio; la circunstancia de no formalizarse íntegramente obedece a razones terceras —sobrevenientes— que obstaron a su realización.

En el supuesto de dolo alternativo la conducta carece de la precisión —de decisión— de elección, donde indefectiblemente debe producirse tal resultado. Entre dos opciones representadas el sujeto activo se decide por una u otra, sin ser necesariamente una. Una vez producido un resultado, no puede inferirse una tentativa de los resultados no producidos. Es distinta la posición en el supuesto del dolo indeterminado; los resultados son objeto de una voluntad indistintamente dirigida. Al producirse un resultado, mediante la actividad de la voluntad, ya deja de visualizarse como tentativa

para encararse como delito consumado. Con el resultado obtenido se origina la culpabilidad, pero en vista de ese resultado producido.

En el supuesto, también razonablemente aceptado, de no producirse ninguno de los resultados en cuya búsqueda estaba el agente, la tentativa existió pero esa inexistencia de resultado, si bien no expurga la culpabilidad por lo menos la aminora. La culpabilidad es cierta, ya que se propuso un resultado; el que no se hubiera producido no significa que el agente quede exento en razón de tentativa. El delito tentado debe sancionarse si bien con menor severidad. Pero lo que es indudable, es la existencia cierta de una voluntad encaminada a su obtención, el hecho de no producirse el resultado buscado o simplemente no producirse resultado alguno —de orden delictual— ello no convalida un proceder o conducta no transgresora, ya que existió una representación y con ella se pone en movimiento la voluntad. Abstracción hecha de un resultado existe certeza en cuanto a intención.

Revisiendo la tentativa en una gradación penal cuya sanción no es ponderable cuantitativamente, la exención de penalidad o el otorgamiento de la misma van a estar ligados a un proceso de investigación que permita esclarecer la dimensión de culpabilidad ante la evidencia de un resultado no obtenido. La carencia de resultado, es obvio, obstaculiza demostrar la incidencia de la voluntad. Toda la volición esforzada a un resultado, pero es a todas luces razonable admitir la dificultad de su comprobación.

No se puede adoptar un sistema rígido ni una metodología ortodoxa para indagar en procura del esclarecimiento tan necesario y comprobatorio de la tentativa, que originará responsabilidad. Ceñirse a un organigrama probatorio y establecer taxativamente las probanzas a utilizar resulta anacrónico; todos los medios de prueba pueden esgrimirse para lograr la dispensa sancionatoria o comprobar una situación compromisorio del sujeto. Se deben adoptar todas las providencias que son acequibles al propio delito ejecutoriado o consumado. La licitud y procedencia de estos medios quedan autorizados por la propia ley al no oponerse a su alegación. Es objetivo primordial considerar cuál ha sido el fin del autor para el acometimiento delictivo.

Es innegable que en algunos supuestos la claridad del hecho hace sobreabundosa cualquier investigación; en otros casos se infiere la intención. Pero existen casos donde surge con evidencias claras la actividad o voluntad delictiva, pero no se puede individualizar o especificar el hecho que se propuso cometer su autor. La duda parece dispensar de la sanción mayor pero puede traer aparejada la responsabilidad por un quantum menor; en el caso la pena recaerá sobre la comprobación de esta circunstancia cuya gravedad sancionatoria es menor.

La sanción por la tentativa recién comenzará cuando quede probada la existencia de la intención. Los actos propulsados por la intención o generados en ésta tienen punibilidad cuando armonizan con el propósito delictual. Debe comprobarse primero la intención para encontrar la punición de la tentativa. En la demostración de esa intención reposa la probabilidad de la pena.

La tentativa es entonces punible cuando logra afianzarse la existencia de intención. Esa intención es la que en definitiva está destinada a vulnerar el orden jurídico. Al no producirse el resultado o recaer tal falta de concreción en circunstancias diversas, es lo que origina la tentativa, cuyo análisis a efectos de la sanción quedará a resultas de la comprobación de existencia de intención o carencia de ella.

Todo quehacer doloso es una realización de la voluntad. Y esta cristalización de voluntad se expresa en el resultado final, coincidente con el resultado buscado o querido, o quedar obstaculizado por alguna causal impeditiva del resultado y que puede surgir en cualquiera de las etapas o estadios conducentes a tal fin. Aun el delito efectivamente consumado, es la concatenación de fases que han obtenido resultados parciales.

El hecho de decidir la actividad puede llevar a la punición, pero para ello es requerido el principio de ejecución; mientras éste no se opere no habrá siquiera tentativa y por ende menos aun consumación.

Los actos preparatorios del hecho al fin reputado delito tendrán que manifestarse de manera concreta para ser pasibles de punición. Las circunstancias encaminadas al hecho en sí, si bien pueden merecer la reprobación moral, no significa ello que puedan perjudicarse con el reprocho penal.

El típico penal debe manifestarse en hechos o circunstancias que acrediten la comisión o el propósito de inferir la lesión. El dolo en su tentativa no puede presumirse sino revestir ciertas particularidades que lo hagan sancionable.

Las acciones o actos preparatorios siguen gozando de la marginación penal ya que la substancia delictual resulta insuficiente para la calificación del delito doloso.

El principio de ejecución es la tentativa; cuando este principio de obrar no se perfecciona con el correspondiente ilícito doloso buscado, el hecho se ha tentado solamente y al acreditarse tal contingencia el agente es acreedor a la sanción como comisión delictual en grado de tentativa.

La tentativa queda sujeta a la comprobación de circunstancias valoradas en función de los estadios cumplidos y causales impeditivas; el hecho consumado es invariablemente punible. El análisis del elemento subjetivo habilita la correspondiente sanción, ya que

de él surgirá la pena minorada o la eximición de sanción, en su correspondencia al delito consumado, merecedor de la máxima pena en la escala cuantitativa.

El delito queda formalmente consumado con la cumplimentación del tipo y queda materialmente formalizado cuando se ha obtenido el propósito delictivo.

La tentativa, una vez establecida, se sanciona cuando la regla expresamente lo consigna; el silencio de la norma lo dispensará de sanción; ello en punto al delito, ya que en su referencia específica al crimen, es condenable. El comienzo de ejecución en la decisión ya tomada de ejecutar el hecho delictual, da origen a la tentativa.

Cuando se cumplimentan actos tendientes a la concreción de un resultado representado y previsto, y circunstancias sobrevenientes lo tornan irrealizables en el resultado propuesto se estará en presencia de la tentativa.

El tipo subjetivo debe existir necesariamente en la misma medida que si se tratara del delito consumado. Si aun el dolo eventual es relevante para este último, lo será en igual grado para la tentativa, no valiendo los distingos o disquisiciones meramente artificiosas.

#### *Carencia de idoneidad en la tentativa*

Cuando se produce la condena de la tentativa se está condicionando el ejercicio de la voluntad a la incumplimentación total del propósito delictivo; es decir que se condena aquella voluntad que avanza hacia la concreción del delito. Se inicia la realización propuesta, donde la voluntad compromete el ordenamiento jurídico ya que procede a la transgresión de la regla para encarar la ejecutoriedad delictiva. Es interesante a los fines de este trabajo enjuiciar la tentativa desde una posición subjetiva, ya que el aspecto volitivo es el que debe tornarse incisivo en la estructuración de la tentativa.

La exteriorización de la voluntad concretada en el delito no es precisamente la que debe merecer aprensión, sino que, por el contrario, la voluntad objeto de la atención debe ser aquella que en su actividad creyó o admitió la iniciación del quehacer conceptualizado delictivo doloso. Esa es la razón que obliga a sancionar la tentativa que se vale de medios carentes de idoneidad si el agente al promover la acción consideró aquellos medios como suficientes y relevantes para causar la alteración o desestabilizar el ordenamiento jurídico. Esa creencia de haberse iniciado el hecho sin considerar la falta de capacidad del medio, no convalida en ningún momento ninguna eximente de sanción. El aspecto subjetivo es el más indi-

cado para llegar al nudo gordiano de la tentativa, ya que es la volición, incluso con el aditamento del elemento intelectual, la que vé el orden jurídico en un sentido amplio. Ese elemento que bien puede calificarse de presupuesto intelectual se ve impelido o acelerado en su desplazamiento por una voluntad encaminada a la acción y que su titular —el agente— las torna —a las acciones— como aptas o ciertas para la realización delictiva. Ella altera el orden jurídico; lo subvierte de tal modo que provoca la lesión movilizadora de la propia sanción que restablecerá el ordenamiento jurídico desestabilizado contingentemente.

El medio escogido como apto por la tentativa fortalece la actividad delictual. La entidad cuantitativa del medio hará más eficiente la lesión o aproximará el resultado a la representación habida, obstaculizado —el resultado— por una causal o razón sobreviniente, que no quita el aspecto delictual a la conducta del sujeto.

Cuando en la tentativa decrece la intervención de la voluntad también aparecerá minorada la pena.

Welzel no difiere, en su conclusión relativa a la tentativa, del resto de los autores, y es concluyente al afirmar que aquella lleva punición cuando se la referencia con el crimen; en el supuesto de los delitos, la generalidad o universalidad expuesta, da paso a la pena que se hace aplicable solamente cuando existe una mención expresa. Las remisiones a principios generales no ilustrarían respecto a su aplicabilidad, ya que la sanción para ser factible debe ser explicitada concretamente en el caso de los delitos. No existirán excepciones al tratarse de un crimen; cabe aquí concluir con la punibilidad a la tentativa sin entrar a desarrollar o propiciar situaciones de excepción. Hablar de crimen o juzgar la tentativa en tal supuesto equivaldrá a la sanción; las modalidades distintas que quieran establecerse chocarán con la rigidez del principio de que todo crimen es acreedor a la sanción. Tan es así que al hacer referencia al delito, en grado siempre de tentativa, esta será penada cuando se hubiera determinado concreta y específicamente; solamente así funcionará la sanción que adjudica la ley.

Welzel<sup>1</sup> hace referencia al desistimiento de la tentativa, consintiendo que tal actitud traiga aparejada la exención de pena en favor del agente. El desistimiento debe asumir el carácter de voluntario. Cierto es que sino mediara tal voluntad de concluir con el acto criminoso y el desistimiento obedeciera a una causal extraña a la volición, lo que significaría un impedimento sobreviniente pero no atribuible al agente, la sanción sería muy diferente y agravada

<sup>1</sup> Hans Welzel, *Derecho penal*. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1956, ps.25 a 36.

en relación al desistimiento, ya que en este último caso la no consumación se formaliza por circunstancias que jamás quitarán la calidad delictiva al hecho, con su sanción correspondiente. En el desistimiento —dice Welzel— “el carácter delictual queda intacto pero se prescinde de pena por esa razón política criminal”. Se hace necesario en el acápite un gran esfuerzo para poder contemporizar con esta conclusión. Si la pena queda neutralizada por razón circunstancial que el autor ensaya como político-criminal, es atendible que el trasfondo delictual haya desaparecido a los ojos de la norma contrariamente se estaría otorgando un “bill” de indemnidad mediante la eximición, a una conducta criminosa subsistente. Todo ello resulta no ya contradictorio, sino lesivo a toda concepción del derecho. Si se obtiene el beneficio de la “reducción” del agente, mediante la eximición de pena, sería contradictorio también sostener que persiste no obstante ello el carácter delictual consagrado por el propio hecho. El desistimiento tendrá entonces que ser expurgatorio de la naturaleza criminosa de la acción en debate y substancia o contenido que la impunidad implicará.

Estamos de acuerdo en admitir, como expresa el autor, que el desistimiento “es un fundamento personal de suspensión de pena”. Es cierto que el acometimiento contra el orden jurídico es reemplazado por la actitud reflexiva que lleva al agente a la incumplimentación voluntaria del resultado buscado; esa circunstancia que lleva el sello elocuente de lo personal; de la decisión inequívoca del sujeto de conciliar los extremos restableciendo el orden que él mismo alterara, debe corresponderse con la anulación de la naturaleza delictiva de la acción, que desaparecerá por razón de esa exteriorización de voluntad que lleva a detener o paralizar la acción antijurídica. La lesión delictual propiciada se retrotrae en sus efectos al inicio de la acción, ya que el sujeto con su desistimiento impide la consumación, pero por acto de voluntad. Esta circunstancia despojará al hecho de toda característica delictual si es que efectivamente el sujeto puede acogerse al beneficio de la exención de pena. La falta de punición decreta, por así decirlo, la carencia de contenido reprochable en la acción intentada y más tarde desistida.

Si el juzgador concluye con la necesidad de excluir la sanción, también debe privarse al hecho llegado al estrado, de su carácter delictivo, ya que sostener la existencia de éste, sería de obligatoriedad la sanción pertinente. Se produciría contrariamente una antinomia jurídicamente insostenible, que atento a su claridad no requiere mayores comentarios a los ya expuestos precedentemente. El motivo central que queda virtualmente a considerar no es precisamente el sostenido como político —criminal—, sino que de-



be otorgarse con prevalencia excluyente para la eximición de pena, atendiendo a la valoración del sentido ético del propio desistimiento. La importancia que el agente otorgue a la razón ética que le impone una revisión del comportamiento y la actividad de la voluntad empalmada al revisionismo de su conducta, es lo que debe prevalecer y constituirse en factor o pauta definitoria para la impunición. Resulta hasta redundante entonces aceptar la continuidad del hecho delictivo en su existencia como tal, si el sujeto al rever su actitud procede a expurgar su propio comportamiento anterior. Al quitar la sanción luego de aceptarse la validez del motivo ético de su desistimiento, el carácter penal del hecho desaparecerá también, ya que la no sanción subsume la propia naturaleza del delito. Toda la actividad del agente es condenable en tanto acomete para la realización del hecho; si las etapas cumplidas son armónicas con el resultado representado, pero este último no es efectivizado y no se produjo tampoco la acriminación como hecho consumado atento al desistimiento, el autor sería impunible.

La punición alcanza al hecho consumado como asimismo a la tentativa que no llega a concretarse por causas ajenas a la voluntad del autor. Cuando el impedimento de la consumación es consecuencia de una causa extraña al resultado representado y ejercitada por el autor, es indudable que no podrá hablarse de desistimiento, ya que éste obedece a la voluntaria decisión de no continuar ejerciendo o ejercitando la actividad reputada ilícita. Cuando en la evidencia del hecho está determinada la marginación con ejercicio de voluntad por parte del autor, el desistimiento no puede soslayarse y la ley acude en procura de una exención cuyo beneficiario es quien desiste del resultado, paralizando la procuración del mismo.

Cuando el delito se ha consumado y obtenido por ende el resultado, el desistimiento no podrá argüirse, por la simple causal de cumplimentación de aquel resultado propuesto y representado. Equivale ello a decir que obtenido el resultado propuesto sin mediar la voluntariedad del agente, que posibilitara la detención de aquel resultado, no existe posibilidad de desistimiento.

La causal sobreviniente que no obedeciera a la detención de voluntariedad deteniendo el resultado, significa también imposibilidad de acogerse al desistimiento ya que el impedimento sobrevino sin intervención del agente.

### *Voluntad normativa*

Sería esta la que se ajusta al tipo legal y se corresponde con la obligatoriedad que impone la norma; al ajustarse al tipo legal y

observar la regla que determina un comportamiento, armonizaría con las exigencias del ordenamiento jurídico al que no solamente no lesionará, sino que estaría obedeciendo. Esta voluntad normativa es la exigencia de la ley para evitar precisamente el accionar que lleve a la constitución dolosa. Su inobservancia es no solamente reprochada sino que la sanción que adjudica es la síntesis del reproche penal. Cuando la voluntad transgrede la regla decidiéndose por el obrar doloso deviene justa la sanción retributiva. Aquí tampoco la voluntad necesita ser asistida por otros elementos ponderados como integrativos del dolo, ya que “per-se” habilita la calificación de normativa o legal.

*Voluntad con representación (de carácter accesorio)*

Partiendo de la base cierta que la voluntad es el factor determinante del dolo, no es descabellado entonces sostener el carácter de accesoriedad que reviste la representación, la que se integra como elemento coadyuvante o concurrente, pero no significando que sea indispensable su acopio para el obrar doloso ya que la voluntad de por sí tiene autonomía para definir el dolo.

Es tan cierta la preeminencia o exclusividad de la voluntad que aún existiendo una representación, la voluntad persiste en su deseo de consumación, ergo, la representación no disminuye el efecto o trascendencia primaria de la voluntad, ya que es ésta la que acciona o paraliza el obrar doloso.

La voluntad es en sí misma una finalidad y ésta en el caso del dolo se manifiesta en el resultado, obediente a la decisión de aquélla. El contenido del dolo está dado por la voluntad y la representación no pasa de ser un elemento concurrente que no desborda la estructura que da al dolo el ejercicio de la voluntad. La representación no hace sino determinar el contenido o sustratum de la voluntad (Mezger se ajusta a este postulado) concluyendo que “el dolo es querer el hecho”. La representación es innegable que hace al dolo, pero descontando que de una manera secundaria, ya que el justificativo de aquel no puede separarse de la única noción válida circumscripita a la voluntad, en definitiva determinante de la calificación dolosa.

*Voluntad con conciencia  
(Conocimiento de quebrantar un deber. Calidad de accesorio)*

La conciencia es elemento que se adosa a la voluntad pero tampoco de manera obligatoria, ya que ésta puede prescindir de su au-

xilio y al actuar con decisión motivadora de acción hará abstracción del posible quebrantamiento jurídico que provocará. La decisión de actuar de manera dolosa está unida al concepto de voluntad ya que ésta será la orientadora de la acción, sin considerar siquiera la posibilidad de producirse la transgresión a un deber impuesto por la norma. La capacidad de la voluntad está dada por razón de ser la única que puede incentivar la actividad, tenga o no conocimiento el agente del proceder antijurídico. La no observancia de la regla y un comportamiento penalmente típico será consecuencia del ejercicio de la voluntad trasuntado en la actividad. Por ello la voluntad suple cualquier pretensión que se atribuya la consciencia y el papel que se asigna a ésta no pasa de un carácter secundario y muchas veces prescindente.

La ingerencia de la consciencia en el campo de la pura voluntad está condicionada a las posibilidades que le otorgue ésta, ya que voluntad sin consciencia del quebrantamiento del orden jurídico, es posible, pero la inversa es de difícil pronunciamiento. Las pautas y condicionamientos de la consciencia como integrantes del dolo están dadas por la voluntad que es en definitiva la causal determinante del dolo.

#### *Voluntad genérica - Voluntad específica*

Cuando se hacen acotaciones o referencias al dolo en su acepción conceptual no se analiza la voluntad sino de modo genérico partiendo de la base, claro está, de ser la voluntad el elemento indiscutible de la conformación dolosa. Aun en el supuesto de ser acompañada de representación o consciencia, la captación o enfoque si se produce hace una alusión concreta a la voluntad genérica sin considerar la especificidad o el supuesto particular de la voluntad. Al aludir al dolo conceptualmente también acudimos al concepto universal de la voluntad, sin detenernos a encasillarla en un ilícito determinado; tomamos la voluntad en sentido amplio, con abstracción total del caso peculiar e individualizado. Al acometer contra el proceso normado, la voluntad no ataca una norma determinada sino al contexto todo, de allí su consideración como genérica; al detenerse en la obtención de un resultado especial reglado por la norma expresa, está atacando el régimen establecido para una figura penal particularizada por la regla. Ese comportamiento típico revelador de una conducta específica permite también hablar de una voluntad específica dolosa, ya que la actividad ordenada por la voluntad está destinada al quebrantamiento o lesión de una regla o norma también particularizada. La voluntad espe-

cífica es la que se hará pasible de la sanción, ya que la genérica permanece indeterminada; se trataría de una abstracción que recién se concretaría en el resultado. Esto es precisamente lo que posibilita hacer mención a la voluntad específica, ya que esta es la que se orienta a la transgresión contenida expresamente en la regla.

La voluntad genérica muchas veces no es determinante de sanción, al no poder individualizarse el dolo; pero cuando el accionar o la actividad es consecuencia de una voluntad orientada al caso concreto —que lesiona— es innegable que la punición es ineludible. No significa ello que la voluntad genérica resuelta en el hecho doloso permanezca impune. Al ser consagrado el dolo como consecuencia de la actividad de la voluntad, el quehacer —determinado como doloso— no puede ser beneficiario de la exención, contrariamente, debe consagrarse el castigo o pena dispuesta por la misma norma, sin olvidar en ambos supuestos, que la voluntad origina la actividad que resulta sancionada, pero sin omitir también que la misma actividad la genera la voluntad, resultando ésta en definitiva la castigada, por ser causante del mismo dolo. La voluntad genérica puede entonces ser o no sancionada.

La voluntad específica siempre es sancionada pues su determinismo conduce al dolo.

### *La voluntad decisoria*

La voluntad en última instancia perfecciona el acto y lo hace objeto de reproche, ya que al ser de naturaleza decisoria goza de imperio y de potestad para pronunciarse en el acto del modo en que lo hace. Su autonomía le permite el comportamiento que ella indique o se imponga, de manera indistinta. Hemos visto que en el delito de comisión o en el hecho doloso de omisión el resultado depende estrictamente de su comportamiento. Buscar la consumación del hecho ilícito depende del ejercicio que la voluntad imponga a la actividad; pero el resultado doloso estará sujeto a la elección del medio que ella misma escogerá. La cumplimentación dolosa quedará sujeta o a resultados de la propia voluntad, ya que esta es la determinante del dolo. Las posibilidades del perfeccionamiento doloso se circunscriben a su actividad, lo que corrobora el concepto de ser ella —la voluntad— decisoria del hecho antijurídico. Es de concluir que la facultad de decidir queda sujeta a las postulaciones que ella misma se formule y con todas las propuestas formalizadas optará por escoger la que conducirá al hecho doloso o desistirá de su emprendimiento. Pero en uno u otro supuesto gozará de poder soberano para decidir o no el encasillamiento del resultado dentro de los márgenes o límites reservados

al dolo. El propio reconocimiento de autonomía al que se hiciera referencia en forma reiterada, autoriza este pronunciamiento de ser la voluntad decisora del acto doloso y es de su exclusiva cuenta la concreción del hecho en el carácter de doloso, pudiendo complementarse con otros elementos pero no en calidad de ineludibles u obligadamente indispensables.

### *Unidad de voluntad en el acto doloso*

La voluntad en el acto doloso no se bifurca y llega al acto consumativo por la suma de segmentos que la conforman. Se trata de varios estadios que se van sucediendo sin solución de continuidad hasta lograr un resultado, salvo claro está, que no sobrevenga el desistimiento por decisión y ejercicio también de la voluntad.

Si bien puede descomponerse en distintas etapas generadoras del resultado, la voluntad es una sola y debe considerarse como si se tratara de un todo armónico.

Cuando la voluntad se enfrenta con la posibilidad de su concreción nada obsta a que la probabilidad originaria genere la realidad del resultado y ello de conformidad a la capacidad de realización de la voluntad que por sí sola y en un solo acto decide de tal modo; solamente ella concilia toda la gama de posibilidades en el resultado que elige.

La voluntad no se desdobra en actos independientes ya que su decisión de resultado si bien puede desdoblarse en etapas o fases, tiene por finalidad el resultado previsto o propuesto no deteniéndose en una consecuencia parcial, sino buscando la contingencia última, centrada en la previsión originaria de la voluntad, vale decir que va en busca del resultado propuesto.

La voluntad es única y no se divide en etapas que puedan valerse por sí mismas; en última instancia la adición de todas ellas valen para el resultado final, los estadios constitutivos del acto doloso correspondientes a la voluntad se unen para dar por resultado aquél. Así como el acto es uno, una también es la voluntad. Por más que se intente disgregarla o hacerla aparecer como determinante final de cada fase, la verdad indiscutible se extrae de considerarla generadora del total del acto, resumido en el resultado. Cada sección o segmento del acto doloso es consecuencia de la voluntad omnipresente en cada uno de ellos pero todavía de manera incompleta que recién se concretará en la etapa final, es decir en el resultado último.

La voluntad sería un todo indivisible en forma de resultado y podría representarse por una línea recta que bien puede apare-

cer dividida en segmentos, pero sin perder no solamente armonía, sino conservando también una permanente continuidad, pero de modo uniforme. La voluntad unitariamente considerada es la representación primera y única del dolo; cualquier otro presupuesto no pasará de ser un incidental accesorio cuyo carácter secundario resultaría evidente ante el esencial papel de la voluntad como configurativa del obrar doloso, ya que es la voluntad precisamente la que observa o transgrede el orden jurídico mediante la actividad que ordena la acción.

*La voluntad origina la sanción*

La razón que obsta a considerar otro elemento, fuera de la voluntad, como causal justificatoria del dolo, está dada por ser aquella la que posibilita la dinámica de la acción, circunscripta a la actividad. Y esta actividad que impacta al orden jurídico como consecuencia de su trascendencia, está impulsada solamente por la voluntad. Al establecerse un nexo entre la voluntad y la acción se insinúa un resultado que en el supuesto resultará doloso. Al ser doloso proclamará el ejercicio obligado y consecuente de la sanción que se impondrá ante la evidencia cierta de la lesión inferida y reducida al dolo subsiguiente. Es entonces de admisión innegable que es la voluntad la desencadenante de la sanción, obediente ésta a la regla que impone su aplicación al meritarse el hecho como doloso. La resultante de la acción es la consecuencia obtenida del desplazamiento de la voluntad hacia el dolo que no es más que el propio resultado encasillado como doloso. La conclusión resulta indefectible para asignar a la voluntad el carácter de elemento esencial que pone en movimiento la represión traducida por la imposición de pena a que se hace acreedora la propia voluntad en la persona del autor. Advertir sobre la función que desempeña en el logro doloso resultaría redundante, ya que su incidencia en éste es innegable. La orientación que imprime a la voluntad el autor del hecho devenido doloso deja abierto el camino de la acriminación para la posibilidad sancionatoria. La acreditación de pena queda sujeta a la actividad decisora que la voluntad impone a la acción; si ésta se comporta lesionando o provocando la ruptura del orden jurídico, está sometándose a la directiva de volición que originará la aplicación de sanción, contrariamente si se limita a la observancia de la regla está respondiendo a una voluntad que ha desistido de la provocación y el comportamiento del agente armoniza con el precepto que ordena un comportamiento determinado. Ello posibilita concluir que es la voluntad la que da origen a la sanción que sobreviene por el ejercicio de la actividad ordenada y corrobo-

rada por aquella en el resultado doloso. Es éste la expresión de la propia voluntad, reclamando finalmente la aplicación ineludible de la sanción. La voluntad orientada al resultado obtenido es el antecedente de la sanción.

### *Voluntad condicionada*

Se trata en el evento de una voluntad sujeta a la cumplimentación de circunstancias previas conducentes al resultado final; de la ejercitación de la propia voluntad interviniente tendiente a la obtención de una secuencia parcial dirigida al resultado total dependerá que este sea el resultado doloso propuesto por la voluntad. El resultado es el que estaría condicionado a una serie de pautas que deben lograr respuesta por decisión de la voluntad; resultaría esta también condicionada, ya que el dolo no surgiría ni configuraría sino mediante el cumplimiento de las fases integrativas de la voluntad. Esta se definiría recién en el instante final, es decir cuando todas las etapas hayan sido superadas. Estas etapas previas deben ser cumplidas inexorablemente para culminar en el desenlace final que es precisamente el dolo configurado en el resultado; se arribará al dolo mediante un sucesivo desarrollo de estadios conducentes a aquél. Cuando todas las partes que componen el todo hayan obtenido un resultado parcial, al integrarse progresivamente llevarán al final propuesto, pero todas y cada una de aquellas parcialidades dependerán de la voluntad, cuya presencia resulta ineludible en cada una de las etapas que concluirán en el resultado último.

La voluntad concluye por imponerse y las condiciones que obstaban a su cumplimiento quedan superadas al ratificarse en el resultado el determinismo de aquella. La claridad del propósito final implícito en la voluntad se patentiza en el resultado en el que se resumen los logros parciales o condiciones concretadas o bien trascendidas por el hecho de haber sido cumplimentadas.

La voluntad condicionada se resuelve en el resultado, el que sobreviene al superarse las contingencias del condicionamiento.

La ejecutoriedad o consumación del acto doloso queda circunscripta a la decisión que tome la voluntad a tal respecto. De ella dependerá la cristalización en el hecho doloso. Ordena un comportamiento que no es más que la acción que deja de ser una abstracción para concretarse en el quehacer doloso, o mejor dicho, en la consecuencia dolosa o resultado.

La ejecutoriedad dependerá entonces del interés que demuestre la voluntad en que así acontezca. El retraimiento de aquella, sin provocar la lesión normativa, es óbice de la ejecutoriedad y por

tanto decide la voluntad categóricamente en el obrar doloso y la calificación dependerá entonces de la decisión de voluntad que determinará la orientación de la acción. Allí quedará señalado o no el resultado doloso y la posibilidad de aplicación de la sanción estipulada para el hecho así reputado.

### *Proclividad delictual de la voluntad*

Existen supuestos que pueden catalogarse como delictivos obedientes ellos a la intervención de la voluntad que catapulta el hecho para provocar la alteración jurídica sancionada por la norma. Es de allí que puede inferirse que la voluntad impuesta por la regla es sesgada de manera iterativa. Cuando se produce como constante el apartamiento del agente de un comportar reglado por la norma originando las posibilidades sancionatorias, es evidente que la voluntad está imprimiendo aceleración a la acción por medio de la actividad que ordena un quehacer típico penal, convirtiendo lo que debe ser la excepción en regla, obedeciendo a pautas o conductas cuyo camino está señalándolo la propia voluntad. Va de suyo que tal acontecer de la voluntad se ha convertido en la regla observable por el agente, que infringe de continuo el mosaico jurídico al que agrede para que la sanción actúe y restablezca el orden —jurídico— desestabilizado. No puede desconocerse el papel desempeñado por la voluntad ya que es ella la que en forma reiterada está aludiendo a su intervención transgresora y bajo tal título se concluye que su mediación acredita el hecho cuyo resultado doloso corrobora su presencia —de la voluntad—. Cuando el acontecer típico penal es de carácter excepcional no puede formalizarse la aseveración de una proclividad de la voluntad o estar ésta propensa a la infracción, ya que la aparición esporádica de una voluntad delictual no puede afirmar el concepto de predisposición dolosa, pero cuando esa situación se convierte en circunstancia normal en el actuar del agente por decisión de la voluntad orientadora de la actividad encaminada a la acción, es indudable que ya puede acriminarse proclividad delictiva.

### *Incapacidad mental subsumida en la voluntad impune*

Cuando el hecho se produce adoleciendo de incapacidad por parte del agente que no puede dirigir su volición, la figura que resulte de carácter doloso sería impune por no existir una voluntad consciente que habilite la comprensión del hecho y la dirigencia de la acción. Estas diminutios que afectan al autor, refle-



jan o resumen una incapacidad incompleta o impune que no puede considerarse como elemento gravitante —constitutivo del dolo— para que quede aquilatada la sanción. La consistencia del argumento reside en la incapacidad que de orden mental afecta al autor y que produce necesariamente la invalidez punitiva. Una voluntad que mesuradamente analizada deje la duda de su integridad estaría protegida por la exención de pena, ya que toda circunstancia de este tipo se convierte en atenuante o neutralizador de pena.

### *Plurivoluntad*

En el acápite se alude de manera abstracta a la plurivoluntad y esa abstracción es consecuencia de la imposibilidad de adjudicar en forma individual alguna responsabilidad, cuando el resultado doloso es atribuible no a un individuo sino a varios ejecutores. ¿Cuál sería en el evento la voluntad adjudicataria de sanción por ser ella la decisora del acto antijurídico? Evidentemente que la respuesta a tal interrogante se obtendrá luego de una minuciosa valoración donde puedan deslindarse los papeles que cupo a unos y otros. Es el típico caso del resultado obtenido por el agente mediante la intervención de una previa o coetánea instigación. Esta instigación devendría en voluntad responsable del resultado por haber sido elaborada y transmitida mediante influencias al ejecutor o autor material del hecho. La autoría traerá aparejada responsabilidad pero no puede desestimarse la cuota parte que deberá arrosar el instigador, ya que fue esta voluntad la que pergenió el hecho doloso traído a examen. ¿Cómo resolver el caso sino mediante una solidaridad acusada a todos los intervinientes bajo uno u otro título? El resultado obtenido por ejercicio de la voluntad no es dispensador de sanción para los ocurrentes al hecho, ya que todos armonizaron sus voluntades para tal consecuencia. Y uno como instigador y los restantes como autores han jugado sus respectivas voluntades en procura del resultado doloso. Se hace de rigor encarar la sanción retributiva extendiéndola a los concurrentes al acto sin hacer diferenciaciones formales o de fondo, ya que las voluntades se han sumado para responder al dolo que es consecuencia de la actividad ordenada en la acción. El supuesto de la plurivoluntad debe merecer la sanción particularizando sobre las voluntades intervinientes, generadoras del dolo, pero arbitrando una solución que castigue a todos por igual, es decir a los incursores en el ejercicio de la voluntad, llámese instigador, llámese autor.

26. FRUSTRACION DEL HECHO CRIMINOSO.  
ASIMILACION A LA TENTATIVA.

Cuando se han desarrollado todas las fases o estadios para el logro de un resultado, pero éste no deviene ilícito por una circunstancia accidental, que acaece contingentemente, se está en presencia del delito frustrado. Pero la frustración no es consecuencia de un resultado no querido o de una acción desistida, sino contrariamente se trata de un impedimento ocurrido circunstancialmente pero no por ello debe quedar impune la conducta orientada al hecho delictivo y formalizada y concretada al través de la acción e integrada por la volición del sujeto activo que consistió con la ejecutoriedad del hecho reputado doloso. La circunstancia criminal es producto de la voluntad que se desplaza para ordenar la acción. Si a posteriori se produce la introducción de un elemento que adquiere calidad de contingencia sobreviniente alterando el propósito o resultado representado en el agente, no por ello deja de considerarse como ilícito merecedor de sanción, pues no existe causal exculpatoria en razón del resultado, ya que éste sobreviene accidentalmente sin haberse accedido a él por decisión del agente. Ese matiz diferencial con la tentativa y con el delito consumado no la hace beneficiaria a la frustración de la eximición de sanción. Debe merecer una consideración jurídica que imposibilite su reedición y ello se obtiene mediante la sanción que se impondrá a un comportamiento que no deja de ser típico penalmente.

Es de advertir que la frustración se produce con independencia del agente, ya que al ocurrir al acto doloso lo hace con voluntad y consciencia; que no llegue a consumarse no depende del sujeto, sino del accidente causal sobreviniente.

El órgano de aplicación de la ley —juzgador— presumiblemente no cuenta con una disposición expresa condenatoria, pero el desarrollo de la actividad delictiva representada por el delito específico, le permitirá apreciar y valorar que el resultado es prescindente de la conducta delictiva, ya que si bien aquel se neutralizó o diluyó en su referencia condenatoria, sobreviene —el resultado— incidentalmente y sin intervención del agente. Todo ello confabula contra toda pretensión de desestimar el efecto sancionatorio que merecerá el delito frustrado. El dolo inicial desaparece en el resultado pero se manifiesta en el transcurso de la causa.

Generalmente los códigos respectivos omiten la consideración de la frustración y por ende aparece desarticulada y carente de contenido delictual, no obstante ello el análisis subjetivo permitirá arbitrar la seguridad de su presencia —dolo— en las fases encaminadas a la obtención de un resultado; recién desaparecería con el resultado, que reiteramos, es contingente y tampoco querido

—como negativo— en la representación del agente. No puede desconocerse que se trata de una modalidad delictiva, donde el dolo se manifiesta al través de toda la estructura del hecho, desencadenando en un resultado que no es consecuencia sino de un accidente. La legislación penal antigua castigaba firmemente la frustración, asimilándola a la tentativa o en su defecto al delito consumado.

Quienes tratan de asimilar la frustración al delito consumado expresan que en primer lugar el agente se ha conducido de manera normal para consumir el delito, no apartándose de la línea delictual impuesta y si tal resultado no se ha producido, en consonancia con su actividad, ello no responde a su voluntad, que siempre buscó un resultado ya representado y más tarde no producido, pero no por propia voluntad. Si bien la responsabilidad no puede equipararse, es también indudable que no puede eximirse al autor del delito frustrado, de la sanción que la ley expresamente debió prever.

El delito frustrado tiene lugar cuando el agente ha hecho todo lo posible y que creía necesario para su ejecución o efectiva consumación. No puede aceptarse que frustración sea intermedia entre la tentativa y consumación y adquiera características de una u otra. Si se la toma como de efectiva sanción, deberá ajustarse a valores propios, es decir que su apreciación consistirá en determinar si se originó dolosamente y el resultado fue circunstancia contingente. Solamente así podrá aceptarse como delito y procederse a sancionarlo consecuentemente. En el orden nacional, ninguna disposición existe para admitir la posibilidad siquiera de su tratamiento.

La frustración dolosa es extraña a nuestro régimen y su valoración por parte del juzgador la haría pasible de una nulidad por la falta precisamente de referencia en nuestro ordenamiento legal. Sería introducir sofismas en circunstancias, que como las resoluciones, requieren claridad y certeza, que solamente brinda el texto de la ley, ya que en materia penal el espíritu o esencia no es de aplicación siquiera supletoria. La ley dice y ordena; el resto es solamente abstracción y su cita no es justificable bajo título alguno.

Tanto en la frustración cuanto en la tentativa es notoria la presencia de un presupuesto que fortalece la concepción, que tiene a la voluntad como centro “distribuidor” de toda la volición que implica la noción o ideal del delito. Es decir que en tales supuestos la voluntad enfatiza su importancia y se constituye en elemento de valoración para determinar la calificación dolosa. La retribución del ilícito cuya activación fue consecuencia de la voluntad desplazada en aquella dirección, queda encerrada en la cuantificación de la sanción; es decir que ésta —la sanción— responderá al ejercicio de la voluntad empalmada al quehacer delictivo. Es posible entonces arribar a la conclusión de la certeza del dolo en el

delito frustrado, cuanto en la tentativa de este carácter. La frustración y la tentativa serían secuencias finales del dolo empleado para el resultado previamente representado. Reiteramos que al no existir una figura específica, ni clarificada esta suerte de delitos, como tampoco existir remisiones a otros tipos, la toma de razón deberá ser consecuencia de una valoración del elemento subjetivo por parte del juzgador, sin que ello obre como obligatoriedad por falta de precisión dentro de nuestro ordenamiento. Tal posibilidad sin embargo, de tomar una decisión valorando tales circunstancias se da en la legislación uruguaya, conforme sostiene Orestes Araujo<sup>1</sup> quien se decide por una prolija investigación de la intención, adoptando la elección de otros medios de prueba, que no sean precisamente los derivados de la ejecución de los actos restantes y faltantes. Se propicia de tal suerte el examen de la volición para sancionar la frustración del delito o su tentativa. La gravedad del "animus dolus" determinará la seriedad de la sanción a imponer, seriedad que debe interpretarse como de honda significación cuantitativa.

Todo hecho doloso abarca distintas etapas o estadios que partiendo de la decisión del agente llega al total resultado. Estas gradaciones del hecho delictual están sustentadas en la voluntad decisora del hecho reputado como de aquel carácter. Ello en relación al acto doloso y en punto a la tentativa ésta resultará punible cuando esté expresada la sanción en la ley de manera taxativa, considerando esto en cuanto a delito se trate. La tentativa lleva ínsita la posibilidad de una voluntaria marginación. El desistimiento puede conducir a una eximición de pena.

La tentativa es expresión de la voluntad conflictiva en materia penal y ello es el basamento de la pena, que se articula como retribución a aquella manifestación que trasciende al delito.

La tentativa es la voluntad encaminada al hecho punible mediante acciones, que si bien se orientan al resultado propuesto, no llegan a producir el perfeccionamiento de la consumación. Debe existir necesariamente la firmeza decisoria para ejecutar el hecho; la proposición de llegar a un resultado y no haberse desarrollado, sino de tal forma, que no pueda inferirse que éste se ha realizado o se ha obtenido el resultado. Decisión y falta de consumación serían los determinantes y excluyentes elementos constitutivos de la tentativa. La decisión es elemento puramente subjetivo y queda compendiado el dolo. La falta de consumación, cuando el hecho no se ha concretado o lo ha sido de modo parcializado, se debe atender a consideraciones de carácter objetivo para la deter-

<sup>1</sup> Orestes Araujo, *La tentativa*, Facultad de Derecho de Montevideo, 1958.

minación o comprobación de este último presupuesto. Otra de las posibilidades prácticas la constituye la circunstancia de abandonar el sujeto activo la ejecución del hecho o no consienta expresamente con su consumación, oponiendo una causal impeditiva. Se producirá una falta de concreción por una razón estrictamente motivada en sede personal, ello quitaría el efecto sancionatorio que merecería la conducta en el supuesto del desarrollo hacia el resultado. Cabría considerar ese desistimiento como exculpatorio, ya que la voluntad se manifiesta en sentido opuesto al originario; este movimiento desistitorio traería la impunidad, pues el resultado propuesto ab initio se ve atacado en sus estructuras y se impide de tal modo la consumación o ejecutoriedad. Así se expresa Wessels<sup>1</sup> —tratadista alemán— quien textualmente dice: “No se castigará por tentativa a quien espontáneamente abandone la ulterior ejecución del hecho o impida su consumación”. Referencia el concepto como “excusa absolutoria personal”.

La eximición de condena se producirá toda vez que el hecho no estuviera ejecutado. Si no se ha consumado no deberá responder. Si no obstante el empeño de desistir del hecho tentado, el resultado se produce y no obstante también la oposición —al resultado—, éste se produce al existir originariamente una representación del resultado querido, donde ya participa el dolo en razón de la antijuridicidad reconocida por el agente, deberá responder en relación directa al resultado criminoso obtenido. Si bien existió un desistimiento que debe valorarse y reputarse tal mediante el analítico examen del elemento subjetivo, se produjo el resultado buscado en el estadio de representación. Esa primera fase de contenido doloso le hará responsable en razón del resultado, ya que al oponerse al fin, no hace sino desvirtuar un resultado que en su origen de representación era indiscutiblemente doloso y a este título deberá responder malgrado al desistimiento tendiente al impedimento de concreción. En sus orígenes; en la etapa delictiva primigenia —representación— optó por el resultado típico; el dolo omnipresente certifica o corrobora volitivamente la existencial delictiva; desistir a posteriori y canalizarse la acción al resultado, no priva al hecho de su calificación ilícita y su encasillamiento deberá hacerse conforme al resultado, no obstante advertirse la realidad del desistimiento. Ello podrá disminuir la pena, pero no obrará como eximente exculpatorio.

Solamente es procedente la exención ante la evidencia del abandono espontáneo y natural de la ejecución. El carácter de espontáneo determina la existencia de condiciones aptas para la

<sup>1</sup> Johannes Wessels, *Derecho penal*. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1956, ps. 73 y ss.

prosecución del hecho. No obstante ello el agente justifica el autoconvencimiento que le lleva a no consumar el acto o llegar al resultado. Pero todo debe tener la suficiente entidad como para aceptar que obró motivado por el ejercicio de una voluntad que le impone una revisión concluyente que le lleva al desistimiento. Nada impide que el resultado fijado se obtenga, no obstante ello decide "per se" detener la actividad conducente al resultado propuesto. La voluntad del autor está decidiendo la paralización delictiva. El quehacer doloso desaparece por arbitrio del agente, sin estar costreñido a ninguna fuerza interna o externa. Sólo obedece a una voluntad que se manifiesta para quitar la relevancia dolosa original al hecho.

La tentativa es punible excepto cuando al producirse el desistimiento, en una etapa intermedia, cuando el resultado no estaba logrado; es entonces de admitir que la voluntad fue decisoria para impedir la consumación o ejecutoriedad.

Un impedimento logrado por el espontáneo desistimiento previo al resultado tornaría impune la actividad del agente. Este debe actuar motivado por una causal de desistimiento que neutralice todo tinte doloso contenido en el hecho representado en el agente. La persistencia de un resultado originario no obstante su afán o esfuerzo desistitorio no perjudican la ilicitud del acto que persiste bajo esta calificación ya que el fin propuesto es el obtenido, abstracción hecha de los esfuerzos impeditivos por parte del sujeto activo.

## 27. EL ELEMENTO INTELECTUAL.

Protagoniza un destacado rol en la configurativa dolosa. El agente al dar impulso a la acción dolosa no procede por inercia, sino acomete con directivas impartidas por la voluntad; la volición se destaca en los estadios originarios de la acción, como presupuesto necesario. El elemento intelectual acoge la realización de la acción ya que ésta por su carácter doloso, da por sentado que el agente al buscar el resultado o consumación, sabe la calidad y la cantidad de la pena que la ley atribuye a la conducta típica. La representación que se haga del hecho y su resultado debe ser de perspectiva indiscutible y admitir sin posibilidad de gradaciones, su adhesión a ese resultado. No solamente debe considerar el elemento subjetivo, válido para la acreditación dolosa, sino contemporizar con toda la objetividad del injusto penal. Su adhesión al esquema de representación está dado por el elemento intelectual que es constitutivo de la acción dolosa; aquél contribuye al desarrollo de éste y se nutre del substancial contenido que implica la noción de intelectivo.

El asentimiento que el agente presta al dolo presupone que conoce la existencia y persistencia del mismo y estar munido de los conocimientos relativos a las modalidades y contingencias del hecho, cuanto su propia significación. No puede aducirse en descargo el desconocimiento de su existencia en el hecho iniciado y cuya ejecución busca un resultado también representado. No se requiere en el evento el tecnicismo jurídico que habilite la sanción por razón de conocimiento cabal de la norma, así como su razonabilidad interpretativa. Ello no resulta posible ni necesario. La comprensión del hecho queda sobreentendida, ya que el sujeto actúa dolosamente con consciencia; sólo la fehaciente comprobación de actuar del agente sin comprender su actividad ilícita, podría dispensarle de la pena. Pero esta comprobación resulta asaz difícil y el onus probandi quedaría a cargo de quien alegare ignorancia o falta de comprensión en el actuar, que no creía ilícito. Ante esta revelación quedaría amparado por la posible exención, pero sujeta ésta, reiteramos, a una muy difícil constatación. Esa falta de exigencia de tecnicismo resulta lógica ya que el conocimiento exigible es el común y no el reservado para técnicos o eruditos, puesto que en el supuesto se daría la extraña paradoja de ser condenable solamente el perito o profesional de la materia quedando eximidos los carentes de conocimientos específicos lo que no deja de ser una inaceptable antinomia.

Por último es de toda lógica la admisión de una relación causal entre acción y resultado. La vinculación causal es suficientemente relevante "per se" y no son necesarios esfuerzos notables para aceptar la indudable evidencia de su existencia.

Los antagonismos en la relación causal no son fundamentalmente esenciales, ya que el resultado o fin se produjo como consecuencia del nexo existente entre éste y la propia acción. Pero esta vinculación no es de obligatoriedad subsistente ya que al momento de la consumación del ilícito el dolo puede no tener participación siendo suficiente que haya existido con prelación. La continuidad no es esencialmente necesaria y al prescindir del dolo en el momento de la concreción no significa ello que deje de ser atacado como tal. La vinculación entre acción y resultado puede originarse en cualquier estado del proceso delictivo y no tener vigencia al momento del resultado. La valoración hecha de la relación, lo ha sido con abstracción de cualquier contingencia aparecida ulteriormente.

## 28. INSTIGACION Y COMPLICIDAD.

Tanto una como otra derivan o emanan de una circunstancia

o hecho de carácter antijurídico. La instigación y la complicidad se presentan como accesorios de un hecho principal o fundamental. Ese hecho previo es el hecho antijurídico, que penalmente debe ser merecedor de sanción pues de otra manera no se habría producido el quehacer típico acreedor de pena. De un hecho que no esté conceptualizado como punible no puede inferirse instigación o complicidad. Ambos están rotulados como dolosos y deben desarrollarse de tal modo que habilite la pena.

Pero tanto uno como otro responden de su propia actividad, abstracción hecha de la culpabilidad que corresponda acriminar al autor o ejecutor principal. La sanción a imponerse guarda relación con la actividad que le cupo tanto a instigador cuanto cómplice, sin buscar una culpabilidad solidaria o única con su autor material. La culpabilidad se circunscribe a la órbita personal de cada uno. Para acreditarse la culpabilidad debe mediar una conducta dolosa, la que debe observarse en el hecho principal.

La participación dolosa lleva punibilidad cuando se ha contribuido en el hecho principal para la obtención del resultado y ese hecho antijurídico resultó de comisión también dolosa. Al hecho doloso corresponderá la participación dolosa para acreditarse la pena establecida o estipulada para ese hecho reputado ilícito. Es entonces descartable una pretendida exención de pena, cuando se produjo la intervención de manera dolosa y como accesorio de un acto principal de la misma naturaleza. Al ser indiscutido el dolo en la accesoria se impone inferir sin hesitación su concurrencia en el hecho principal. La antijuridicidad trasciende del principal al accesorio, pero ambas actitudes o conductas son juzgadas con independencia; ninguna de ellas puede sujetar a la otra. Si el hecho principal no admite la presencia del dolo, tampoco puede atacarse de doloso al hecho accesorio; sería el caso del participante de un hecho que cree, equívoca o erróneamente que el principal actúa con dolo; al no ser ello cierto quedaría solamente el hecho en grado de tentativa y sujeto a los avatares del hecho principal; si éste es acreedor a la sanción de la tentativa, la punibilidad alcanza al acusado de instigación o complicidad por una razón de accesoriidad. El acusado de complicidad, descontando la naturaleza dolosa de su participación, se beneficia con la escala cuantitativa de la sanción, que se ve disminuida en relación a la autoría principal. La pena que resulte tendrá una gradación menor que la adjudicada al ejecutor del hecho principal, salvo algún supuesto que tal complicidad resulte tan necesaria y la propia ley establezca la asimilación de ambas conductas; pero esto sería de determinación expresa en el texto legal para poder computarse con tal rigorismo.

El supuesto del instigador debe ser analizado bajo una óptica más estricta y rigurosa.



Es instigador aquel que dolosamente ha influido decisiva e inequívocamente para la comisión del acto antijurídico cometido también dolosamente. El medio utilizado es secundario y su realce penal es irrelevante. El dolo debe encaminarse a lograr una captación de tal envergadura que lleve a lograr el determinismo del sujeto cuanto la ejecución del hecho. En tal caso responderá conforme la coincidencia del hecho con el dolo. La conducta del ejecutor debe coincidir con la del instigador; cualquier exceso que se produjera no trasciende al instigador, sino se torna relevante solamente para el agente. Las diferencias formales entre el hecho en sí y el dolo del propiciante-instigador no es de estructura ponderable como para admitirla en calidad de elemento o causal eximente o agravante, según el caso. Debe analizarse en el resultado la existencia del dolo del instigador. Debe lograrse esclarecer que el resultado obtenido esté en armonía con la voluntad del instigador, exteriorizada a través del hecho. Cuando el autor, independientemente de la voluntad del instigador que trasciende del resultado, va más allá y comete excesos, lógicamente reprobables, son de cuenta del primero los excedentes delictivos y a su cargo las secuelas del exceso.

El dolo del instigador se circunscribe a la voluntad manifestada al autor y trasuntada en el hecho ejecutado o en su tentativa; los excesos deben quedar sujetos a la propia voluntad decisoria del autor, quien libremente escogió sobrepasar las limitaciones conferidas por el instigador.

Existe complicidad ante la evidencia cierta e irreprochable de haber asistido dolosamente a un tercero para que este ejecutase el acto antijurídico de naturaleza dolosa. Se trata de una colaboración reputada dolosa, que se encamina a la comisión del ilícito doloso, consumado o tentado por un tercero, pero reiteramos, con la colaboración de aquél.

El dolo requerido para la complicidad es el auxilio prestado para lograr la consumación de un hecho determinado, aunque no se haya concretado en todos los detalles prefijados. El hecho principal debe tener consumación o calificarse como tentativa merecedora de sanción.

El auxilio señalado para la complicidad no es necesario que se preste en el momento de la consumación; puede también ser contribuyente al hecho, aun en sus estadios de preparación; ello no quita la punición, ya que es indiferente el momento de prestación del auxilio. Tanto la complicidad cuanto la instigación llevan la noción del punición, con la salvedad que tanto uno como otro responden a la culpabilidad emanada de uno u otra de aquellas actitudes o conductas. Y por otra parte, el autor tiene órbita de condena que no puede ser extendida por analogía a los primeros. Res-

ponde el autor en razón de su actividad, en concordancia con la instigación o complicidad, pero cuando sobrepasa los límites señalados por aquellos, son merecedores de pena motivada en los propios excesos.

## 29. EL INJUSTO DE LOS DELITOS DOLOSOS.

La división secular arbitrada, de externo e interno para señalar con menos tecnicismo, claro está, lo esencialmente objetivo y lo estrictamente subjetivo, tuvo su vigencia y adhesión uniforme, hasta el momento de visualizarse o ubicarse los elementos subjetivos de lo injusto. El elemento objetivo cedió ante la persistencia y valía del elemento subjetivo de lo injusto. Pero no se detuvo allí el avance de este último elemento, ya que se concluyó con su participación dentro de la tentativa. Aquí no se podrá prescindir de la decisión subjetiva del autor. Y en este procedimiento de inducción llegamos a admitir el dolo en la tentativa como elemento subjetivo de lo injusto. En el hecho o acto tentado el dolo participa del tipo de lo injusto; al pasar a las vías de concreción o lo que es lo mismo, al ejercitarse la voluntad para la consumación, el dolo debe conservar las modalidades descriptas en el delito tentado o simplemente en la tentativa. El dolo aparecerá definitivamente como elemento subjetivo de todos los tipos dolosos de los injustos (Welzel) <sup>1</sup>.

### *Tipo subjetivo (dolo)*

El elemento intelectual cuanto el volitivo se aúnan y conforman una resultante que no es otra que el dolo. Existe un real conocimiento por parte del agente, del resultado que se pretende obtener mediante el ejercicio de la acción, esa fracción constitutiva del dolo no es otro que el elemento intelectual, al que se adiciona como necesario la circunstancia de querer formalizar el resultado propuesto y que aparece como elemento volitivo. Uno y otro participan a efectos de caracterizar el hecho como doloso. El grado o estructuración de ambos puede expresarse cuantitativamente, ya que no pueden separarse en compartimentos estancos que permitan ilustrar “la cantidad” con que contribuyan a la formación del dolo. Su incidencia en el resultado no puede inferirse unitariamente, sino en función del resultado mismo y sin precisar de qué modo

<sup>1</sup> Welzel, obra cit., ps. 31 y ss.

o en que medida participan. Intelecto y voluntad "crean" la acción dolosa; el típico penal consagra su participación advirtiendo sobre la necesidad de concurrencia para reputarse tal. Ello consagra también el elemento subjetivo como forjador del dolo que lleva a la acción, ya objetiva, que es la ejecución, y a cuyas resultas estará el quantum de la sanción, pues al producirse la ejecutoriedad se habrá llegado a la consumación pero su interrupción o paralización en una etapa intermedia indicaría la tentativa; de allí la importancia de una y otra para la conceptuación de la pena, que asumirá caracteres más severos en el primero supuesto —consumación— que en el segundo —tentativa—, ya que allí se habría paralizado la acción sin obtenerse el resultado representado en el agente. Cuando el determinismo lleva a la realización se está en presencia de la consumación. Lo que buscó, el resultado doloso, se obtuvo mediante la realización de un comportamiento también doloso. El dolo es entonces elemento finalista. Este es el que desarrolla en la obra de Welzel<sup>1</sup>.

Iteramos entonces, que el dolo "es querer y saber la realización del tipo".

El dolo que queda acreditado con el hecho, no se limita a la obtención del fin, sino que se distingue también en sus distintas etapas, como ser los medios utilizados que se representan como necesarios e ineludibles, así como las consecuencias o secuelas no solamente esenciales sino también las secundarias.

Repasamos a los fines de un posterior cotejo, como así para dejar aclarado el pensamiento de los distintos autores, las diversas modalidades de dolo, elaboradas en la obra citada de Hans Welzel, quien hace una clasificación del dolo en su forma tradicional, como también sostiene su posición personal al respecto.

Cualquier ensayo que se haga debe partir de una mención clásica u ortodoxa, ya que no puede ignorarse que la base de cualquier distingo radica en esos conceptos universales que luego son depurados, a modo de revisionismos para originar posturas novedosas, pero impregnadas al fin de aquellos principios.

La primera condición exigible es la admisión de una clasificación del dolo del modo y forma ya vistos precedentemente y decimos condición exigible pues no puede emitirse la importancia a ella asignada al través de todos los tiempos.

### *Dolo directo*

Es el compendiado en la secuela obligada de su actividad del agente, abstracción hecha de haber sido querido o no; aparece como consecuencia necesaria o imperativa de la que el autor tuvo representación o previó la misma. La equiescencia del autor habili-

tando el resultado es secundaria y no ponderable, ya que el factor o presupuesto determinante está dado por la prevención del resultado, independientemente de haberse querido o no. Al consentir con la actividad y prever el resultado resulta suficientemente ilustrativo para admitir la concurrencia o producción del dolo directo. Es decir que el dolo no guarda causalidad con querer el resultado, que no es ponderativo para su acreditación; el dolo, querido o no, fue previsto y esta es la circunstancia determinante para aseverar su existencia.

### *Dolo eventual*

La posibilidad del resultado; la posible realización en su consecuencia y la continuidad en la actividad del agente, llevan a la estructuración del dolo eventual. Se desplaza la voluntad hacia el resultado advertido como posible. Acepta el agente la consumación no obstante las consecuencias merecedoras de punibilidad. El hecho es aquí aceptado a pesar de saber las consecuencias posibles del resultado y que llevan, ante su ejecución, consecuencias punibles. Existe una voluntad total de adhesión a la realización o consumación del hecho. La circunstancia de no oponerse, no obstante la posibilidad, lleva a la configuración del dolo eventual. Sea cual fuere el resultado final, en uno u otro sentido, el agente está incentivando la voluntad para actuar, aceptando el resultado o consecuencia producida esta, en una u otra dirección, fue aceptada al haber tenido representación debida.

El dolo eventual puede rotularse así cuando el agente tuvo conciencia de las secuelas posibles. Si del examen del elemento subjetivo surge que no tuvo noción de las consecuencias posibles, no puede arbitrarse la circunstancia como de dolo eventual.

El dolo es el elemento último de la acción, por ello debe ser aceptada genericamente su presencia en el instante mismo de concreción del hecho. Detectarse en el momento de ejecutoriedad debe ser de preferente atención; ésta debe centrarse en comprobar la presencia del dolo al producirse la consumación. El dolo que puede advertirse a posteriori de la comisión del ilícito resultaría una abstracción cuya significación es irrelevante. Por ello, buscar una existencia dolosa, luego de producido el resultado, resultaría no ya contradictorio, sino inútil, puesto que el dolo posterior es de imposible verificación, por la simple razón de la imposibilidad de estructurarse fuera del momento de realización del ilícito.

El resultado típico es sobrevenido u obtenido dolosamente cuando está propuesto por la voluntad. Es la voluntad la que arbitra el modo del resultado y llega a él mediante su propio ejercicio.

El elemento volitivo es el que lleva como connotación la actitud devenida dolosa. Es indispensable que el curso causal obedezca a circunstancias o a la circunstancia de haber sido previsto y no repelido por el agente y ese curso haberse desarrollado con un sometimiento estricto a su propia orientación. La dirección es impuesta por el agente quien a más de prever ese acaecer lo acepta también sin oponerse a su concreción. Adhiere a ese desarrollo imprimiendo movimiento o actividad al curso de la acción.

Si se dio el supuesto de evitar o modificar el curso fáctico y si el resultado final puede equipararse en su tipicidad al realmente querido, estamos en presencia de un ilícito doloso perfectamente consumado.

Si efectivamente el curso causal pudo alterarse o decididamente evitarse y se continuó con la actividad tendiente al resultado logrado, no queda sino aceptar el hecho como ejecutoriado y bajo esa modalidad dolosa. No se puede sino contemporizar con esta conclusión ya que el resultado final, amén de previsto, fue consumado. Colocados en el otro extremo y presuponiendo que el resultado logrado no fuera equiparable al querido, debemos aceptar o concluir que se trata en el evento de una tentativa de delito doloso. La tipicidad debe provenir del resultado propuesto; si tal no acontece y la consecuencia no puede ajustarse a la representación habida estaremos en presencia de una tentativa dolosa en relación al ilícito emprendido.

#### *Conocimiento de circunstancias del tipo*

El autor debe tener conocimiento de la significación de los hechos en su relación social, como asimismo la estimación legal que tenga del hecho. La estimación en ambos niveles debe ser paralela, pero no sujeta a la estrictez de ningún tecnicismo. La estimación a producirse debe provenir o inferirse de modo nada técnico, partiendo de la concepción del profano, sin exigir conocimientos especiales ni requerirse una determinada "educación" jurídica. Debe saber simplemente que el ejercicio de su actividad, movilizadora del ilícito, provocará este y cuya sanción conoce, ya que sabe de su naturaleza antijurídica. El autor conoce que la ejecución del acto acarreará la punición expresada en la regla.

#### *Elementos subjetivos (injusto)*

Existen elementos subjetivos del injusto penal que se hallan compendiados en la acción, ya que son aquéllos los que configuran el ilícito.

La substancia o valoración de una acción se interpreta relacionándola con la posición psíquica del autor, o estimando las pautas subjetivas que resultarán esclarecedoras para la comprobación del dolo. Es de toda lógica jurídica admitir la preponderancia de los elementos subjetivos para encerrar el ilícito dentro de lo consignado como doloso. Es obvio que cualquier conclusión debe provenir de una prolija revisión del elemento subjetivo, solamente así podrá arbitrarse como dolosa o no una actitud o conducta.

### *Autoría dolosa*

En el injusto es fundamental la relación con el autor. Se produce la lesión con el resultado típico-injusto provocado por la actividad delictiva del agente; surge coetáneamente la relación con el autor de ese injusto, cuya característica del personal hace de necesidad su verificación. La relación no deviene por generación espontánea sino por la causalidad existente entre el propio injusto y su autor.

En el caso específico del delito doloso la autoría se conforme o estructura en el finalismo del hecho. Para determinar con precisión la autoría en el caso de una acción dolosa, deberá atenderse no solamente al logro del resultado o la obtención del fin, sino a la consideración de la dirección del hecho orientado a tal fin pero de manera consciente; con plena consciencia de empalmarse el hecho en el sentido deseado. Esta autoría que asigna al autor el dominio del acto, trasciende tanto a cómplices cuanto instigador, ya que sólo participaron induciendo o colaborando en la ejecutoriedad, pero alejados del dominio pleno o puro del hecho, que queda reservado al autor. Este actúa, en el supuesto de la pura autoría sin restricciones o limitaciones, ya que tiene dominio del hecho en ocasión de tratarse la instigación o complicidad, lo hace bajo un rótulo carente del dominio que se desprende de la condición o calidad de autor. La noción finalista del autor busca solamente obtener, como consecuencia, resaltar el centro personal de acción del acontecer jurídico. El injusto penal se destaca como finalidad.

Es titular del hecho doloso —autor— aquel que llega a la consumación o lo ejecuta de manera finalista. Este finalismo se estructura en base a un acto decisorio de voluntad; es esta la que origina el hecho y lo hace al autor titular del dominio finalista. La voluntad expresada en el acometimiento del hecho reputado o tenido como doloso, lo hace al agente titular del dominio o finalista. Los elementos que se anexan a la autoría, están dados con las características de lo injusto personal, pero no obligadamente subjetivos, sino también que participan de peculiaridades objetivas. Todas las

consideraciones precedentes hacen a la idea de autor, pero de modo genérico, debiendo también evaluarse las razones o particularidades de la autoría, pero ya de manera específica, pudiendo reducirse a las siguientes: características subjetivas del autor, donde quedará englobada tanto la intención cuanto la tendencia. Pero debemos concluir que el dominio finalista del hecho es la nota distintiva de la propia autoría y ese dominio el que lleva a la ubicación dentro del casillero de autoría dolosa.

### 30. REPROCHE PENAL. CULPABILIDAD.

Cuando se alude a la conducta merecedora de reproche se hace mención a la culpabilidad. Esta se origina en la conducta reputada dolosa que va en procura de un resultado, significando ello que la voluntad se desplaza con consciencia de alterar el ordenamiento y tornarse antijurídica. El reproche, o mejor dicho el concepto de reprochabilidad, tiene su referencia concreta o la característica distintiva en el proceder del agente, que se vuelve antijurídica al manifestarse el dolo o actitud dolosa. La voluntad colisionando con la norma a la que trasgrede viola de tal modo el ordenamiento jurídico. La voluntad se aferra a la actitud antijurídica mereciendo la reprochabilidad o el juicio de culpabilidad. Hacemos referencia a la culpabilidad en cuanto merezca el dolo, reproche. No es exclusiva de la culpa la noción en examen, como tampoco para el dolo. Ambos participan de caracteres que hacen común la aplicabilidad del concepto expresado en la culpabilidad.

Hacemos referencia al sentido estricto de culpabilidad en su relación con el dolo, sin analizar concomitancias con la propia culpa.

El juicio de reprochabilidad corresponde por ende a quien actúa con dolo, o se conduce con culpa también reprobable y sujeta a la culpabilidad. Es decir que no es excluyente de una u otra de las formas de culpabilidad. Cuando el sujeto ejecuta la acción en oposición al sentido que le indica su propia concepción del sentido jurídico, está procediendo dolosamente cuando menos, con culpa.

Es innegable que culpabilidad engloba dolo y culpa. El nexo entre hecho y autor señala la responsabilidad del agente. De esa relación surgirá la acriminación. Culpabilidad significa acción.

Hemos visto al través de sus expositores la concepción normativa que admite la existencia de elementos contributivos diferentes o complementarios, del puramente intelectual, amén de la voluntad. Allí se clarifica el sostén de la teoría normativa donde la posición psicológica no es único objeto de la misma. La culpabilidad

obedece a una actitud que lleva como connotación ínsita a la misma reprochabilidad. Una conducta o actividad que obliga a la sanción retributiva por significar precisamente culpabilidad; ésta es la causa eficiente y previa al reproche. La observancia de todas las fases que conforman la actividad que conducen al sujeto a la conducta dolosa es el quid donde radica la investigación a realizarse. Se parte de un hecho cierto, no obstante la apariencia de abstracción, para concluir con el encasillamiento de la motivación que ha llevado a la alteración del ordenamiento; ha de buscarse la "oportunidad" jurídica en que se plasma la motivación o razón eficiente de la transgresión subsiguiente; el juicio de reprochabilidad es consecuente al de culpabilidad.

Este embarcarse en la "posición" psicológica del agente llevará a la certeza de la acriminación como hecho que ha vulnerado el mosaico jurídico impuesto por la regla, cuyos recaudos no fueron respetados. Esta investigación es habilitante para producir la resolución que admite un comportamiento contrario a derecho con la consiguiente pena.

La substancialidad de la culpabilidad subsiste, abstracción hecha de los presupuestos subsumidos en el dolo (intelecto-voluntad). Aquella es representativa de una dinámica permanente, no sujeta a la restricción de una fórmula impuesta por los componentes o integrantes del dolo. Consecuentemente es de admitir que la culpabilidad implícita la otra noción: reprochabilidad. No puede omitirse que la primera autoriza el reproche, ya que al configurarse surge como consecuencia de la relación, la obligatoriedad del reproche sintetizado o representado en la intervención de la misma sanción.

El dolo sería entonces uno de los elementos, pero no solamente él, que conduciría a la resultante del reproche; pero su análisis se hace indispensable para llegar con certeza a la culpabilidad; la sucesión de estadios que provoca la culpabilidad, debe partir, entre otros, del dolo, ya que éste es elemento constitutivo de la sanción.

En oportunidad de la adjudicación de la actividad dolosa debe descartarse la posibilidad de un obrar distinto; es decir que la exigencia de una actividad distinta es solamente posible si ésta pudo haberse dado en la práctica. Pero todas las disquisiciones no pasan de ser emisiones conceptuales, sobre las que no existe consenso; la unanimidad de criterio está muy lejos de ser una realidad, pero se impone por su significación la idea de aceptar como culpable aquella actividad que incluye el dolo como elemento constitutivo de la pena. Se ha producido la lesión y surge como consecuencia inmediata la culpabilidad en oportunidades que el sujeto se adjudica el reproche, como corolario de una actividad violatoria del derecho y estimada como reprobable por imposición de la misma.



regla. Es allí donde la pena trata de restablecer el orden jurídico contra el que ha atentado el agente con su conducta antijurídica.

Ante la comprobación de la conducta reputada culpable, es de toda evidencia la obligada y necesaria intervención de la pena reparadora. La comprobación entonces del dolo como elemento constitutivo de la pena, lleva indefectiblemente a la introducción del concepto cierto de reprochabilidad, ya que el primero contribuye a la acriminación de culpabilidad.

El reproche entonces está en relación de causa a efecto con su antecedente que no es otro que la culpabilidad. Al producirse en el campo delictual la acriminación pertinente por la ejecutoriedad del agente en el hecho típico, sobrevendrá la reprochabilidad traducida en la sanción o pena, que surge de la comprobación de la primera de las circunstancias. Se valora el reproche en función de culpabilidad del sujeto.

Es carente de todo contenido la teoría que posibilite la valoración o viabilidad del reproche sin ajustarse a la comprobación cierta de culpabilidad. La procedencia de ésta autoriza la toma de razón de la otra.

### *Culpabilidad dolosa*

La culpabilidad dolosa es un requisito con calidad de conditio obligatoria en relación a ciertos delitos, los que no traen una referencia concreta al dolo, pero hacen presumir con certeza jurídica la intención de asimilarlos al propio dolo. Su extensión analógica aparece consagrada en el giro de ciertas expresiones que no dicen sino de una real remisión al dolo concreto. Cuando la ley se expresa en punto a dolo lo hace con una explicitéz que no admite dudas; consagra al dolo como factor o elemento constitutivo del típico penal en examen. Y ello no admite cotejos o apreciaciones que se aparten de lo por la norma expresado.

La función del juzgador es contentarse a su letra imponiendo la sanción que el propio texto marca para aquella conducta o actividad dolosa. Al lado de estas manifestaciones concretas y por demás claras, la ley consagra también otras sinonimias referidas a la culpabilidad. Estas "declaraciones" del texto no gozan del encaillamiento como hecho doloso, pero es comprensivo de tal noción y se entiende que quedan encerrados en los límites señalados para el puro dolo. Es decir que se haría omnicomprendiva de la noción de dolo, a pesar de la identificación como tal, pero admite su extensión analógica. El hecho que se determina con una expresión distinta queda remitido al propio dolo y participa de sus caracte-

rísticas, como también de la sanción impuesta o reservada a tal conducta.

Cuando se ha calificado la conducta; cuando se ha determinado la actitud dolosa en tal conducta del agente, asimilada a las sanciones establecidas para el dolo, queda expresada la exigencia de un actuar doloso. Es obvio que así ocurra, pues en un supuesto distinto el peso del dolo o su asimilación a tal situación no tendrían razón de ser. Su subsistencia dependerá del actuar o accionar doloso del agente.

Hay un hecho antijurídico que se vincula con la culpabilidad dolosa. Ese hecho puede estar referenciado como doloso en forma concreta o bien asimilarse a él en mérito a propia disposición de la regla, que abarca como dolosa tal conducta.

### 31. ACCION PENAL.

La acción no solamente se cimienta, sino que tiene origen o emana de desplazamientos de carácter corporal. Y no significa ello que toda acción obedezca a un movimiento unitario; que se trate de un solo desplazamiento; las más de las veces es una concatenación de ellos que se van cumpliendo o anexando para motivar finalmente el objeto de nuestra atención: la acción.

Una acción equivale a un movimiento que debe considerarse como unidad a los fines de su valoración como determinante de aquélla. Las distintas etapas que se desarrollan para conformar o configurar la acción deben ser tomadas como circunstancias contribuyentes; todos los movimientos determinantes de la acción definitiva, están orientados a vincularse, propendiendo al desarrollo de éstas. Pero es indudable que para la acción es indiferente el número de movimientos o desplazamientos que lleven a ella.

Cuando la volición impone una determinada manera de actividad, actividad que debe acomodarse a las pautas que aquélla establezca y que obviamente conduzcan a un resultado doloso y ya representado, se está provocando el desplazamiento o movimiento, que integrando un segmento indiferenciado, llevan al quehacer o acción dolosa. Todos los movimientos constitutivos de la acción no adquieren una identidad distinta o diferenciada, sino se confunden en una unidad que lleva a la acción. Hay un resultado representado y todo el contenido psíquico, representado por la volición, aúna esfuerzos procurando la concreción dolosa. Esa suma de movimientos, reiteramos, da paso a una unidad monolítica que pasa a conocerse, o denominarse acción. Todos los pasos que van estructurando cada uno de los estamentos, se requieren mutuamente para concluir en la acción, que sería en definitiva, la suma de movimientos que pierden personalidad individual para constre-

ñirse a funcionar bajo el condicionamiento de unidad indiferenciada, donde todos y cada uno de ellos solamente contribuye al desarrollo y perfeccionamiento de la acción. La voluntad interviene como finalista. La acción se estructura y define atendiendo: a) la proposición de un resultado; donde la voluntad es decisoria al buscar a aquél como consecuencia final; y b) considerando el aspecto socio-jurídico, donde el tipo adquiere la dimensión buscada. La confluencia de estos elementos lleva a determinar la acción penal, pero destacando que voluntariedad y tipo penal ocurren para la unidad requerida por la acción penal. Es insalvable la consideración de ambos elementos para tener por acreditada la acción.

Hay que remarcar que esta unidad no está condicionada por la expresión cuantitativa del resultado; por más empeño que se ponga en buscar pluralidad de acciones en mérito al plurirresultado, ello no se logrará ni podrá jamás afianzarse en cuanto no sea sino expresión de deseos ya que abstracción hecha del número de resultados, la acción es única, es decir, reducida a la unidad. Un número que supere a la unidad, en cuanto a resultado, no hace inferir que se trata de más de una acción.

### 32. DOLO EN LOS DELITOS DE OMISION.

Se ha visto con toda la regularidad que posibilita su examen y consideración en los distintos supuestos que el dolo está sujeto a un principio que amén de su característica de ortodoxo se identifica por su rigidez y este principio es la consciencia y voluntad de la realización del tipo. En el caso de los delitos omisivos es de aplicación analógica. La razón de esta clasificación que se hace necesaria en los delitos por omisión, radica en una causal de ausencia de valores significativos, cual sería la acción regida por una voluntad consumativa. Aquí se da un resultado provocado por una omisión imputable a la voluntad que no puede ejercer su dirigismo para conformar la acción, por tratarse precisamente de omisión.

En los delitos dolosos de omisión se produce una inacción o falta de actividad de la voluntad, que al proceder omisivamente produce la lesión jurídica. Existe una decisión por parte de la voluntad de obviar los movimientos generadores de la acción, admitiendo que esa inactividad producirá el resultado que ya prevé y que de haber movilizadado aquella voluntad, el resultado delictual no se hubiera producido. Se daría efectivamente el dolo por omisión, que si bien carece de una total adhesión no puede dejar de aceptarse su existencia, ya que la voluntad es decisoria para su configuración, al llamarse a una inactividad, productora, precisamente del delito de omisión. Se trata de una omisión dolosa que vulnera

el orden jurídico, que se ve alterado por imperio de la inacción de voluntad. A esa inactividad de voluntad corresponde un resultado típico. De haberse desplazado a los fines de evitar su producción, no se daría el propio delito. La omisión de actividad produce el tipo de delito impropio.

La voluntad se aviene a un no actuar y a pesar de conocer las peculiaridades del tipo, persiste en su temática omisiva, cuando su actividad hubiera significado la oposición a la concreción del resultado; éste no se hubiera dado de haber incidido la voluntad para decidir su actividad.

Existe una conducta con un comportamiento direccional impuesto por la norma, que se eleva a exigencia jurídica en el delito impropio de omisión. La incumplimentación de la actividad atribuible a la volición origina el hecho delictivo, ya que la imposición deriva de la norma; el ejercicio de actividad de la voluntad está impuesto y resguardado por la propia regla. La omisión dolosa es inactividad de la voluntad ante el hecho cierto productor del resultado, perfectamente evitable de haberse manifestado aquella en la ejecutoriedad de la acción. Su silencio o indiferenciación ante el hecho evidente produce el resultado que pudo ser evitado mediante la actividad de la voluntad.

En el delito de omisión deben reunirse ciertos extremos que hagan posible su acriminación dolosa, ya que al configurarse el tipo se ha de tener fundamentalmente presente que éste se origina ante la necesidad de mantener protegido el orden jurídico, que es alterado por razón de aquella omisión dolosa. Esa omisión que caracteriza al tipo trae consigo la imperiosa aplicación del reproche traducido en la pena o sanción. Lo determinante del injusto en esta sede está dado por la omisión del tipo legal. La inactividad del agente es lo que caracteriza el injusto; esa parsimonia consciente y voluntaria es a la vez el mismo contenido del injusto penal. La omisión de una conducta determinada cuando la misma es requerida para evitar el resultado obtenido, produce la malformación al atacarse el orden jurídico. La actitud contemplativa del agente al aceptar la omisión como presupuesto necesario del quebrantamiento del orden jurídico, lo hace pasible de la aplicabilidad sancionatoria, ya que al adherirse a la situación imperante, mediante omisión, acepta el resultado previsible, consecuencia de aquella omisión rotulada dolosa. De tal suerte el sujeto no podrá encontrar una causa justificatoria de su actitud omisiva, ya que actuó, o mejor dicho, se incapacitó voluntariamente en la acción sabiendo o debiendo saber que su actitud sería reprochada por la norma, que le obligaba a un comportamiento distinto. Rehuyó conscientemente el ejercicio de voluntad que pudo evitar la consecuencia o resultado engendrado por la inactividad. La omisión conformaba en el

supuesto la realización del tipo, cuyo fundamento se logra en el injusto penal. Las causales exculpatorias tropezarán con un resultado que pudo evitarse, de mediar la voluntad de realización, en contraste con la omitividad adoptada. Es entonces concluyente la decisión de descartar cualquier causa de justificación ante la comprobación de la inactividad dolosa. El resultado se produce por consecuencia de esta última, y su valoración se obtiene por el disloque jurídico producido de resultas de la propia inacción.

Es entonces definitiva la aceptación de la comprobación del tipo y la noción incontrastable de antijuridicidad para tener por acreditado el delito de omisión, éste indudablemente, de naturaleza dolosa. Por otra parte existe una relación causal entre el hecho mismo y la voluntad omisiva del autor. La constatación de causalidad debe surgir a priori de cualquier valoración, ya que siendo inexistente aquella, también estaría ausente la sanción por la simple razón de no poder computarse como delito de omisión.

¿Cuál es la circunstancia realmente decisoria que permite la calificación del hecho como omisivo? La respuesta es indudablemente difícil, ya que no puede adoptarse un patrón determinado o calificar una conducta con el cartabón permisivo u omisivo. Las alternativas que se presentan para “enjuiciar” al hecho como de uno u otro carácter distan mucho de estar consentidas plenamente o merecer una adhesión irrestricta. Las circunstancias que pueden gravitar para la determinación de su naturaleza, no son solamente las brindadas por las apariencias o reales comprobaciones externas, que habiliten a concluir con el empleo o carencia de voluntad y consciencia, conformativas en un caso de comisión del hecho o generadoras —por su ausencia— de la omisión. Otra de las razones a invocarse para fijar el carácter del hecho podría estar dada por la relación causal entre éste y el autor del mismo. Su existencia surgirá y de allí la ponderación de uno u otro, permitiendo enfatizar en torno a la posición tomada gracias a la comprobación positiva o inexistencia de la relación. La existencia del delito omisivo es resultante, valga la antinomia, del “ejercicio” de la inactividad.

Al ponerse en marcha la actitud omisiva, mediante el desplazamiento de la voluntad al ámbito negativo de la inactividad, generando un resultado que la omisión torna delictivo, se está manifestando la presencia de la sanción retributiva. La inactividad, en el supuesto dolosa, lleva a la fructificación de un resultado, que, lesivo para el ordenamiento jurídico, pudo haberse evitado. El punto neurálgico y que hace lugar al reproche es precisamente la omisión por parte del agente. Claro que esta omisión debe gozar de los caracteres que permitan establecer la posibilidad de su práctica. Ante un hecho reputado como imposible de concretarse en la práctica, mal podría atribuirse una omisión, ya que la propia estructu-

ración del mismo —del hecho— advierte también sobre la imposibilidad de omisión. Se requiere para ser tenido por tal, un empleo de observación sin retaceos ni mengua, de pura objetividad.

La duda existente sobre la posibilidad o imposibilidad de omisión debe ser ajustada en orden al beneficio que deberá acordarse al sujeto, ya que el estado dubitativo opera en el sentido de la exención; el reproche no podrá formularse en atención al beneficio que otorga la duda —“in dubio pro reo”—.

### *Omisión impropia*

Queda fuera de toda duda que la equiparación cualitativa del delito de omisión impropia, al delito de pura comisión, obedece a las características que resultan comunes y se ponen de resalto. En el supuesto de la omisión quien llega al resultado típico, que lógicamente es reprochado por la regla, al materializar la omisión por medio de la inactividad, pero en orden a un resultado, actúa en perfecta armonía al que resulta del tipo en el delito de comisión. El dolo tendría que manifestarse de igual modo, es decir con una actitud caracterizada como tal, o sea que la omisión era el planteamiento elegido o la opción escogida para el logro de la consecuencia o resultado. La omisión obró como desestabilizadora del orden jurídico llevando al resultado.

En los delitos de omisión no se da una formalización reprochable (culpable) del tipo, cuando no se hace exigible la materialización de la acción por no salvar ni coadyuvar a la marginación de intereses propios. El momento de materialización de la acción; el instante de promoción de esta última, que debía ejecutarse, está señalando el inicio de la tentativa. Al no consolidarse el inicio de la acción por inercia de la voluntad en el delito de omisión, se origina la tentativa. La acción del hecho está circunscripta a la realización negativa, que es el contenido del delito de omisión.

Esencialmente debe mantenerse la entidad de la voluntad como causal determinante del hecho devenido ilícito. Toda teoría o postura que persista en la tentativa de eliminarla o ignorarla como presupuesto excluyente del delito fracasará en su intento, ya que no tendría explicación jurídicamente lógica una conducta o quehacer delictual despojada de un acto de voluntad.

Cuando se produce la variabilidad de la conducta que lleva al típico penal, ello obedece a una razón productiva o generadora del ilícito; la volición del agente hará culminar la actividad ya sea en forma de consumación o desistiendo del emprendimiento canalizado al delito. Una de las alternativas elegidas llevará a la sanción y

la última podría llevar a una exención o por lo menos a una minoración punitiva. Para ambos supuestos, el elemento decisor, el factor excluyentemente contributivo está dado por la voluntad, ya que es ésta, el última instancia, la que ha procedido a agravar, disminuir o quitar el tinte penal, mediante la imposición de una conducta, ordenada comisiva u omitivamente. En el primer supuesto ha convalidado, mediante el ejercicio de actividad que impusiera, la propia consumación o perfeccionamiento del delito; en el segundo ha procedido a un revisionismo de actitud que lleva al desistimiento.

Pero en todo delito de actividad u acto de omisión rectificatorio a veces de un quehacer delictivo, la voluntad desempeña el rol protagónico, pues es ésta la que hace presuponer la existencia o configuración criminosa. Es razonable hacer compartir el factor básico contributivo —voluntad— con otros elementos —intelecto— que adquieren el carácter de complementarios. Pero éstos también pueden devenir necesarios, ya que la voluntad librada a su propia suerte —ejercicio— llevaría a configurar un hecho anodino, sin contenido intelectual; se trataría en el evento de un hecho amorfo que merecería reproche por la calificación legal, pero despojado del elemento intelectual necesario para la acriminación específica conforme la transgresión practicada por el agente y que ha vulnerado determinado encasillamiento del código represivo.

Cuando el orden jurídico aparece violado por haberse ejercitado una actividad acreedora a la punición, se pone en evidencia la obediencia del agente a la imposición de voluntad, que la hace trascender al ilícito. La exteriorización de voluntad se manifiesta en la aceptación del resultado, de hecho punible, por parte del agente, quien procede a la culminación del acto por decisión de su propia voluntad; es ésta entonces la que somete la actividad posterior y ordena la culminación —resultado— por un acto de pura actividad o retro trayéndose en su ejercicio cuando se trata de delito por omisión. Pero en uno u otro supuesto, se trata de una actividad u omisión de naturaleza dolosa —bien puede ser culposa— no compadeciéndose de circunstancias o valoraciones que imponen un distinto comportamiento.

El acto de voluntad es lo que más tarde concluye en el título penal, ya que al pronunciarse en orden al delito está supeditado éste a aquel ejercicio. De producirse la manifestación de voluntad, exteriorizada y que lleva al resultado delictual, está produciendo o generando la acción criminosa. Luego entonces, el efecto delictual queda supeditado a la voluntad que integra la relación causal como término insustituible. Aquí damos apoyo a los sostenedores de la voluntad como razón o sentido del propio delito, ya que aquella al decretar tal o cual sentido, está ordenando la acción

o la inactividad, se trate del hecho comisivo o se aluda al acto omisivo. En ambas instancias la voluntad es de resalto a cualquier presupuesto que se pretenda valerse para determinar el delito; basta por sí sola para poder acriminar al titular del hecho, ya que de existir la voluntad en el ilícito, ello es configurativo del reproche. Es en base a la existencia de voluntad que queda justificada la sanción; ésta recurre a su aplicación cuando se hace ostensible y cierta la actividad de la voluntad; que le sean dados elementos a posteriori para calificar el hecho, es circunstancia redundante, ya que antes de analizar aquellos complementos es preciso señalar la existencia de voluntad. De existir ésta, podrán implementarse otras medidas tendientes a sopesar la influencia de elementos complementarios, pero la base que obliga a la acriminación está dada y representada por la voluntad.

La voluntad es consecuente con la sanción sólo en las oportunidades que la última sea de aplicación ante el ejercicio o actividad de aquella. La existencia de la voluntad debe establecerse a priori para poder la acriminación adquirir certeza y hacerse de aplicación la pena implicada en la sanción. Al no ser factible representar en el hecho la determinación de la voluntad mal podría establecerse la retribución de la pena, ya que la carencia de voluntad tornaría inexistente el hecho delictual. No podrá formalizarse el tipo ante lo infructuoso que resultaría encontrar el injusto penal en la relación en examen.

El meollo de la teoría finalista radica en la voluntad, en la estructuración íntima de la acción. Esta conceptualización hace adquirir a la voluntad una dimensión por cierto no desconocida, sino que la hace ascender al plano de la propia esencia de la misma acción. La acriminación penal última será consecuencia de ser la voluntad contenido substancial de la acción; el ejercicio de aquélla ocasiona la perturbación, en definitiva receptora de la pena, ya que sanciona la actividad ejercitada por imperio de la voluntad.

El agente ha consentido con el objeto querido y que será producto de su acción y guía a ésta orientándola por la voluntad. La representación habida es coadyuvante de la voluntad exteriorizada para la obtención de aquel resultado. Sería la voluntad la que decidiría la obtención del fin propuesto.

Al lado del finalismo convive la teoría social de la acción: "conducta socialmente relevante dominada por la voluntad humana".<sup>1c</sup>

En el amplio plano de la voluntad es también donde se manifiesta el dolo de tipo, yéndose a la obtención de un resultado que participará de esas características. El contenido de tal naturaleza lo

1 Wessels, obra cit, p. 25.



hace irremisiblemente objeto de la sanción. La voluntad del sujeto está empeñada en la concreción de un resultado que plasmará al tipo mediante su realización. La voluntad se conduce en un plano diametralmente opuesto a la vigencia normativa y procura la obtención de “su” resultado; esta obtención no es otra que la conformación del tipo, donde es dable observar la “preocupación” básica del agente: producir el resultado. Ello queda comprendido en el amplio concepto de intención: el autor persigue el resultado propuesto mediante la actividad de la voluntad; el tipo es la resultante del ejercicio de ésta empalmada a un resultado interesado, ya que está previamente determinado en su autor. Intención no es otra cosa que voluntad encaminada al fin. Esa actividad está obedeciendo a una intención que irrestrictamente se conjuga en el resultado, ya que la voluntad no estaba sujeta a condicionamientos, sino a una libre expresión —o ejercicio— que se verá en el resultado o fin propuesto. Entonces es de toda evidencia que la voluntad en función del resultado no es más que la intención, siendo ésta —la intención— la representación más agudizada del dolo denominado directo. Ese resultado que el agente prevé y lo adjudica a la acción, supone un obrar voluntario; tiene representación de ese resultado y voluntariamente persiste en su conducta. Aceptar no como posible, sino como consecuencia obligada ejercitando la voluntad es estar incurriendo en el dolo calificado ya como directo.

En ambos supuestos la voluntad adquiere la trascendencia que hace concluir con su necesaria presencia y consideración para ejercitar la sanción, que es réplica al acto delictual. La voluntad si bien no puede asimilarse a la acción, orienta a ésta, propiciando su desarrollo. La acción sería el desplazamiento de la voluntad empeñada en la consecución del resultado; el signo vital de la acción estaría dado por la voluntad, si bien no deben ser confundidos ambos conceptos, ya que lo anterior no significa ni mucho menos “corporizar” la voluntad en la acción. La voluntad está decidiendo en el proceso selectivo de la consumación o renuncia a la actitud delictiva; al optar por la ejecutoriedad está formalizando la acción que conducirá al resultado.

La voluntad se orienta en el carril delictivo sabiendo, por la representación habida, que su conducta subsiguiente dará lugar a la creación del tipo penal, desencadenante de la intervención de la sanción.

Los esfuerzos de la voluntad se concretan en el resultado propiciado y aquella no se muestra reticente, sino contrariamente impulsa el ejercicio de la acción al decidir su intervención en tal o cual sentido.

La sanción es consecuencia de la transgresión a que llevará el ejercicio libre de la voluntad. No podrá argüirse como causal excul-

toria la influencia ejercida, ya que no resultará la alegación circunstancia eximente o minorativa.

Comprobada la presencia de la voluntad, mediante el analítico examen del elemento subjetivo o advertida la volición en el resultado logrado, va de suyo que la acción dolosa tendrá el condigno castigo en forma de sanción retributiva.

Si bien no es único elemento a consagrar como desencadenante de la sanción, o esencia de la misma acción, debe reconocerse que su valoración puede hacerse con abstracción de los otros elementos constitutivos, mas gravitando en cualquier consideración final.

Juntamente con el elemento intelectual conforman las pautas dignas de consideración para encontrar justificativo a la sanción.

La voluntad enderezada a la concreción de la idealización representada, que de la abstracción pasa a la adquisición del propio encasillamiento, trasuntado por el resultado o concreción buscada, no puede rotularse sino voluntad criminal. El fin a cuya consecución dedica sus esfuerzos y atención, es antijurídico y de tal forma es actividad puramente delictual que deviene transgresora del ordenamiento jurídico por decisión de la norma.

Al activarse la voluntad engendrando el ilícito, por estructurar la acción, no puede calificarse sino de criminal. Entre las alternativas que le ofrece el entorno jurídico, opta por la actitud que se identifica con la perturbación normativa, dando lugar a la intervención sancionatoria o punitiva.

Existe una representación inicial, o bien una estructuración que va configurándose progresivamente dando lugar a la obtención de una representación también, pero esta vez definitiva, encauzada al resultado propuesto que no se modifica no obstante las advertencias formuladas, de su carácter antijurídico. La denominación de criminal no admite gradaciones que alteren o disminuyan la responsabilidad para el posterior juicio de reproche, puesto que la calificación la da la misma voluntad y la punición la establece el resultado obtenido y del que se tuviera representación. La acción desencadenante de la pena es provocada por la voluntad que ha persistido en su temática delictual inclinando la acción a su perfeccionamiento. Al tomar posición en favor del delito, con una manifiesta proclividad en beneficio de su ejecutoriedad, la voluntad se ha tornado criminoso y favorecido de tal modo la aplicabilidad punitiva. Tuvo oportunidad de recurrir al freno inhibitorio que ella misma pudo imponer para paralizar la acción y sin embargo procuró su desarrollo a expensas del desfavor en que incurría. Contribuyó de tal modo y eficazmente, a la formación o constitución del tipo. Ante la disyuntiva que se le presenta, persistió en su conducta antijurídica provocando el desborde de la ilicitud y la imperiosa necesidad de su reparación, a cargo precisamente de la sanción.

Cuando todas las posibilidades se han agotado y no obstante ello no se logra afianzar el recupero de la voluntad a una posición previa a la decisión delictual tomada, es índice que cualquier valoración que se haga, lo será con referencia a una voluntad devenida definitivamente criminosa. Al poder escoger entre la continuidad o impulso brindado a la acción, o retrotraerse a la inactividad, optó, o decidió preferencia por la continuación del hecho, así las cosas no cabe otra rotulación o encasillamiento que no sea la de voluntad criminal.

La voluntad lleva la finalidad de la concreción; aquí se resumen todas las posibilidades tenidas en cuenta para la obtención del objetivo y no obstante las objeciones que pueda recibir, realiza el acto tendiente a la concreción referenciada. En el acto devenido criminoso por aplicación extensiva de la voluntad, ésta se extiende, en primer lugar, a la meta o resultado que se propone obtener; es omnicomprendiva también de los medios de que se vale o utiliza para la obtención del resultado propuesto y por último la voluntad extiende su dominio o esfera de influencia a las secuelas accesorias que están conectadas o vinculadas con el uso de medios.

La voluntad decididamente habilitada para proyectarse en el resultado no puede ocultar en el evento su naturaleza criminosa, ya que es ella la propiciante del entorpecimiento jurídico que acomete al movilizar con su actividad a la propia acción. Este responde a la orden de desarrollarse substancialmente y en armonía con la decisión emanada de aquella. Podría acentuarse la causalidad en esta relación voluntad-resultado, ya que no puede desconocerse la conexión entre ambos términos y la incidencia o influencia recíprocas.

Las restricciones que se advierten en el derecho estrictamente penal —resaltando más notoriamente que en otras sedes del derecho— referidas a la autonomía de la voluntad, tienen su justificación —inobjetable— en los supuestos en que se invade por uso arbitrario, estamentos vedados y que se convierten en la propia negación del derecho, ya que no se trata de la libertad en su acepción más amplia, sino de la utilización de una voluntad que se pretende omnímoda para violar las reglas más elementales y que hacen a la esencia del propio derecho. Cuando éste se convierte en elemento, o mejor dicho instrumento de la voluntad y es empleado en desmedro de su propia significación, se produce la real y efectiva negación de aquél.

Las limitaciones que se imponen a la voluntad obedecen a la sola circunstancia de conducirse con sujeción a condicionamientos o pautas legales, ya que la libertad de comportamiento de aquella no puede ser absoluta. La voluntad, al colisionar con la regla establecida justifica la adopción de medidas defensivas del orden jurí-

dico y que se resumen en la sanción. Al convertirse en transgresora se califica ya de delictiva, la voluntad en examen.

Es por ello que la voluntad debe estar encausada en plano respetuoso del orden legal y al producirse el desborde que el derecho reprime y sanciona se evidencia que la propia voluntad está instrumentada por la propia libertad que le pone límites obligadamente respetables, bajo apercibimiento de intervención de la sanción. Es que la voluntad ha devenido ya delictiva y no puede quedar impune la acción cuya actividad provoca aquélla.

Voluntad no significa otra cosa que sujeción a la libre decisión y esta libertad de decidir coloca a aquella en la disyuntiva de canalizarse por el respeto a la norma o inclinarse por su violación; en el primer supuesto la decisión está ajustada al derecho observable; en el segundo se produjo la transgresión y con ello la introducción del nuevo elemento llamado sanción. Dentro de un restrictivo campo de actuación, limitado por la regla, el agente se ordena y adecúa un comportamiento autorizado y regido por la voluntad.

La voluntad se desplaza dentro de un radio de autonomía que hace posible que se gobierne a sí mismo el agente y comparta o no las prohibiciones que le impone la ley. Voluntad y libertad se conjugan en la relación causal. Cabe significar que por autonomía de voluntad debe entenderse la dimensión y extensión de poder, centrado en la voluntad del hombre y en cuyo mérito quedan circunscriptas a ella, ciertas esferas de actividad. Autoridad y voluntad están vinculadas por un nexo correspondiendo a la primera libertad y a la segunda decisión; al proceder la voluntad a una elección transgresora está incursionando en el campo delictivo, ya que el interés protegido por el derecho cedió ante el avance de la voluntad. Al ingresar al hecho delictivo el sujeto lo hace por un acto de voluntad y se trata de una voluntad no viciada, libre, donde se advierte inteligencia (acto inteligente) y por ende acto finalista.

La voluntad normativa impónese ante el hecho cierto de la transgresión y es la ley la que presupone una actividad indiscutida, sintetizada en la norma, sobre la voluntad individual. Y ello significa un comportamiento heterónimo por parte de la imposición referenciada de la voluntad normativa.

La limitación de la voluntad establecida en la norma mediante prescripciones que acentúan la pena en el supuesto de transgresión, lleva como connotación la necesidad de preservar el orden y evitar la reedición de conductas castigadas sin pena. Se señalan límites de actuación o actividad, los que quedan reducidos para evitar una libertad desmedida que llevaría, a no dudarlo, a una alteración del orden. Tampoco deben ser restringidos tales límites que hagan presumir la supresión de la misma autonomía. La voluntad debe subordinarse a los intereses del grupo tutelado por la norma que esta-

blece un comportamiento básico para evitar la formalización del tipo que condena. Las actitudes o conductas en contraposición a lo consignado en la regla, conforma el injusto que lleva al tipo. Al hacerse solidario con su decisión de voluntad el agente está aceptando y adhiriendo al hecho reputado ilícito; al autorizar el desplazamiento de la actividad voluntaria, el sujeto se somete a la sanción que conlleva el ejercicio de tal actividad. De ello se concluye que el enfoque que debe darse a la norma en sede estrictamente penal, es su imperatividad o carácter dispositivo, que por ende se sobrepone a la voluntad, la que debe contentarse al contenido de la regla, bajo apercibimiento de ser destinatario de la sanción contenida en ella. La voluntad del agente no puede efectuar disquisiciones en torno a la validez de la regla, sino someterse a ella, pues contrariamente quedaría configurado el quehacer delictual condeñado por ella, valga la reiteración de expresiones. La ley establece una conducta a seguir; su quebrantamiento o inobservancia lleva a la antijuridicidad de por sí lesiva del orden. La norma impide la adopción de una conducta contraria a la que ella establece de manera imperativa; la voluntad al apartarse de sus enunciados no hace sino activar la represión contenida en la sanción. La regla obra como limitación de la voluntad; al trascender sus límites está autorizando la sanción, que se revitaliza con la actitud del agente. El enfrentamiento se hace notorio cuando para la realización del hecho concluyen la prohibición señalada en la norma general y la autonomía de voluntad intentando una regulación distinta, mediante el posible ejercicio de actividad, a la que impulsa la propia voluntad, ya que a la imperatividad de la norma, de un comportamiento en el sentido que ella señala, se opone la voluntad empeñada en una posición que contraría a la primera. Se ingresa ante la concreción de la voluntad en el hecho propuesto, al terreno de la ilicitud configurativo del tipo, que la norma sanciona.

La voluntad, sensibilizada ante el resultado representado, no desiste de su propósito originario y tiende a la consumación del hecho, a pesar de conocer con exactitud que tal acometimiento ataca el ordenamiento jurídico. Así se va perfeccionando la voluntad delictiva que se concreta plenamente en la exteriorización representada en la acción, acción que la misma voluntad capacita para su desarrollo.

La voluntad se integra como de naturaleza delictiva al manifestarse en la acción. Y al no desistir, sino por el contrario, esforzarse en su comisión, es indudable que facilita el acceso de la sanción. Si bien es factor contribuyente, el elemento intelectual no goza de la característica de exclusividad que lleva como connotación la voluntad. Los demás presupuestos pueden o no coexistir para complementar los estadios que llevan al hecho, pero la presencia o exis-

tencia de la voluntad es circunstancia que no puede soslayarse para determinar el delito resultante de su obligada participación. Se podrá hacer abstracción de otros elementos pero la voluntad resultará insustituible y de obligada participación para poder lograr la calificación del hecho reputado merecedor de la sanción. Esta es la consecuencia del acto de voluntad. La voluntad es condición ineludible para la tipificación del hecho como transgresor del ordenamiento jurídico. Todo acto reputado ilícito lleva implícita la actuación de voluntad, se trate de acto permisivo o se trate de delito por omisión. Debe ser aceptado en su más amplia acepción el concepto de ser la voluntad formalizadora del acto delictivo. La comisión de su consideración anularía cualquier teoría que se elaborará en relación a la sanción; su integración conceptual es ineludible y de vigencia, por tanto, indiscutible. La voluntad devenida delictiva es la causante o determinante de la sanción retributiva, y si bien puede resultar complementada con otros elementos, la inscripción de la voluntad como factor obligado del delito, resulta inexcusable.

### 33. LA ACCION CRIMINOSA. VOLUNTAD.

La participación en un delito es consecuencia de intervención de la voluntad, mientras ésta se manifiesta inequívocamente, pero sin la obligada confluencia de la acción. La intencionalidad criminal se apodera del verdadero ejecutor del hecho y le hace desarrollar la actividad que le indica, o lo que es lo mismo le trasmite su voluntad consumativa del ilícito, amalgamándose ambas en el resultado buscado o pretendido.

La acción criminal puede sintetizarse aludiendo estrictamente a aquellos actos que inequívocamente llevan al resultado de igual naturaleza.

La voluntad, conceptuada como elemento integrante o constitutivo de la intención, conjuntamente con el factor o componente intelectual, pudo abiertamente haberse dirigido al resultado, o haberse empalmado en la búsqueda de otra consecuencia, pero sin descartar el resultado criminal resultante, como consecuencia también de la propia acción. Ello contribuye a dilucidar la calidad del dolo sobreviniente, pues en el primero de los supuestos quedará determinado y en el segundo no. Encasillado el resultado por razón del elemento intelectual, la dirección de la voluntad es la que condicionará el dolo para concluir con su verdadera naturaleza: determinado o indeterminado.

La primera preocupación se centrará en el modo y forma de desempeño de la voluntad. De ese análisis surgirá la conclusión que permitirá establecer la verdadera naturaleza del dolo.

Pero la voluntad puede vincularse a su propio contenido, valorando sus propias fuerzas constitutivas y que le son inherentes en exclusividad, como también estar contactada a motivaciones externas que logran influenciarla. Esta valoración de la fuerza en el primer supuesto permite acreditar su trascendencia para evitar una consumación ilícita o delictiva y si el dolo resultante fue preexistente.

En el supuesto de causales extrínsecas la voluntad se ve impedida a una actitud por el influjo recibido y del cual resultara fiel receptáculo. Se encuentra minorada en su total exteriorización por razón de la influencia y sometida a las imposiciones externas que al captarla —a la voluntad— le obligan a un determinado comportamiento, imponiendo el modo y forma de actividad, tendiente al desarrollo de la acción delictual o criminosa.

#### *Proceso evolutivo. Gradaciones*

El dolo entra en estructuración desde la promoción misma de la conducta humana conceptuada delictiva. Al acceder a la esfera de la reprobación el acto mismo está jalonando o marcando el hito de iniciación de la propia calificación del hacer, como doloso. Al tomar concreción en el resultado o al provocar la acción delictual se está participando la intervención del dolo como incriminatorio de la actividad rotulada delictiva. Es decir que al momento mismo de la adjudicación reprochable de conducta se está aceptando la aparición del dolo. Al retrotraernos históricamente sin preconceptos que antepongan consideraciones especulativas o interesadas, concluiremos que el dolo como tal aparece con las primeras manifestaciones del hombre, pero fue necesario para su tipificación avanzar mucho en el tiempo para contemporizar con el significado asignado desde entonces, de ser comprensivo el término de todo lo que pueda adjudicarse al fraude o al engaño, ya que su etimología lleva a esta última: de ser aceptado como engaño. Y es tan cierto ello que toda referencia al dolo trae un enfascamiento directo en la culpabilidad, ya que el exponente de ésta es sin duda el propio dolo. Va de suyo que cualquier intento empalmado a su demostración, indudablemente estará conexo a la misma culpabilidad, en una relación donde ambos términos deben consignarse sin hacer abstracciones que omitan a cualquiera de ellos. La acuciante urgencia de demostrar culpabilidad ante el resultado obtenido por el desenvolvimiento de la acción lleva implícita la obligada presencia del elemento representativo, esto es, el dolo. Ello cuando el

resultado no lo es a título de culpa, pero con la salvedad que en este último supuesto el acontecer delictivo no tiene la envergadura y estructuración del primero, ya que la presencia del dolo, como factor de culpabilidad goza de características que responsabilizan en mayor grado al agente, que en los supuestos de mera o estricta culpa.

Se tuvo del dolo, en sus orígenes, una noción que la falta de normas específicas tornaban menos exigente el rigorismo de la sanción, guiándose por usos y costumbres que en algunos casos eximían de pena, y en otros, por el contrario resultaba recalcitrantemente retributivo por la excelencia abusiva de la condena.

En sus orígenes, el dolo tuvo por única significación el referido, iteramos, al fraude o engaño. Pero el dolo debía ir unido a una manifestación o exteriorización que habilitara a presumir la presencia de la voluntariedad. Cuando la "sintomatología" criminológica exponía los fundamentos evidentes de presencia de voluntad que condujeran al resultado delictivo, es entonces de admitir que se trataba de hecho doloso. Resultaría el dolo no otra cosa que la manifestación de la propia voluntad encaminada al resultado. Este concepto fue ampliado atribuyéndose al dolo un determinismo sintetizado en el término malo. Se lo denominó malo en su empeño —nada jurídico— de diferenciarlo de lo que pudo ser bueno; pero este antagonismo de dolo y "bondad" no puede gozar de admisión en la consideración general, ya que la oposición, amén de flagrante, entre ambos términos es a ultranza, evidente. Esta antinomia, quizás admisible en el derecho en gestación, donde la dualidad, para depurarse, necesita de tiempo, no pudo subsistir ante el avance de las legislaciones y esa contradicción u oposición terminológica no gozó del favor o la dispensa, para ir gradualmente desapareciendo. Sin embargo en el marco de conceptualización de algunos sistemas de derecho, esa contradictoria adjetivación se continuó por veterata consuetudo, apareciendo en las insubstanciales expresiones de "malicia" que tanto las leyes inglesas, cuanto españolas, los aceptan y trasladan a sus respectivos códigos. No deja de resultar incongruentes que el dolo malo de la antigüedad se vea perpetuado a través de expresiones empleadas en las legislaciones de avanzada. Resulta tal vez antijurídico hacer referencia al dolo malo, al escoger expresiones no solamente criticables, sino proclives a la promoción de cierto confusionismo; no trae ello sino dudas y resquemores respecto a su excelencia y bondades. El dolo vale como tal y cualquier aditamento que lo califique como malo, amén de redundante, escapa a la claridad que debe presidir cualquier ordenamiento. De aceptar o manifestar complacencia con esta arcaica consideración, sería consentir con el nucleamiento o factotum del dolo con substancia proporcionada por la maldad y



cualquier referencia a aquel debe ajustarse a esta última razón o noción.

No es del caso analizar aquí el *sustratum* del dolo, pero esta asignación de maldad llevaría como contenido de aquel, la amplitud generosa de este último vocablo, lo que amén de sobraabundoso, lo haría estrepitosamente redundante y carente de la identidad que debe poseer toda conducta para su tipificación como tal. Existe o no el dolo, sin necesidad de adjudicarle adjetivaciones que no traen sino confusión, pero no hablan de esencialidad para asignar la jerarquía de dolosa a la acción del agente, ya que no puede persistir la distinción entre bueno y malo; el carácter será siempre el de este último. Lo que se reprocha en definitiva ante la consumación del ilícito es el dolo ejercitado por la acción y reflejado en el resultado; es entonces de aceptar que el dolo es uno solo y las distinciones, amén de caprichosas resultan inconducen-tes. De existir dolo ello se unifica en su acepción amplia de fraude o engaño; el dolo siempre resultará malo; otra naturaleza no se justifica, ya que la actitud que la ley deplora y la hace caer en la sanción, es la dolosa, pero un dolo único, ya que sería hasta criticable hacer referencia a un “dolo bueno” conforme se expresara precedentemente. El dolo siempre resultaría malo y acarrearía la sanción. De existir otra clase de dolo —verbigracia “dolo bueno”— la actitud de la ley no solamente sería contemplativa sino inoperante puesto que no habría reproche que formular. El dolo “no deja de ser voluntad orientada al hecho ilícito transgresor de la norma penal”. Dolo es intención. La intencionalidad del acto es configurativa del dolo que aparecerá acriminado. Esta conclusión no resulta novedosa ya que fue sostenida por los autores alemanes y reproducida por los estudiosos italianos, verbigracia, Merkeñ, Carmignani<sup>1</sup>.

Carrara<sup>2</sup>, al introducir elementos constitutivos del dolo, toma posición por la teoría de la voluntad, pues dá preeminencia a tal presupuesto, como ponderativo del dolo. Pero este no queda reducido en su integración como obedeciendo a un principio general, a ese presupuesto, sino que lo complementa con el factor intelectual o de consciencia sobre el que se enfatiza como de relevancia que no puede desconocerse en su significación. Intellecto y voluntad se complementan para ir en busca de un resultado, que no es otro que el fin ilícito perseguido.

<sup>1</sup> Carmignani, cit. por Carrara, ob. cit., t. II.

<sup>2</sup> Carrara, ob. cit., t. II.

La voluntad es integrativa del dolo y la posibilidad de acriminación de éste lo es en función de la existencia cierta y determinante de la voluntad.

El derecho romano antiguo no escatimó esfuerzos para calificar de “dolo malo” las circunstancias que referencia y donde la voluntad no significa sino intención: esta —la intención— fue intraducida e hizo participar a posteriori de dichos conceptos al propio derecho canónico.

La voluntad caracterizada por la intención vendría a constituirse en el “dolo malo” romano, trascendido más tarde por legislaciones modernas, pero a ella —la intención— se suma al aspecto intelectual (consciencia). Este factor tan destacado es el habilitante para saber que se está contrariando al derecho, al formalizarse el dolo. Al integrar esta fase constitutiva, adicionándose a la voluntad, se obtiene pleno conocimiento de estar lesionando el ordenamiento; con el elemento intelectual se revitaliza la voluntad y ambos concurren para constituir el dolo.

La voluntad de por sí se orienta a la consumación o ejecutoriedad y el factor consciencia es el que capacita para determinar la ilicitud; no obstante ello, la voluntad persiste en su actitud infractora, proveyendo el contenido o actividad que lleva a la acción. Ese resultado es la suma de voluntad y elemento intelectual que conforma el dolo.

La teoría de la voluntad representada por la intención es la que logra mayor consenso en Francia, aunque no llega a perfilarse con una identidad propia y que haga presumir la adhesión de los cultores del derecho, es un acudir a la fuente románica sin agregados que permitan hablar de un orden nacional, ya que se trata de una trasposición de conceptos sin peculiaridades locales.

Cualquier teoría que pretende descentralizarse de la voluntad sin hacerla eje del sistema, o adherir pomposamente a los que sustentan su trascendencia, concluyen moviéndose dentro de su radio de influencia.

La voluntad es una referencia a la conducta misma del agente con abstracción de las propias consecuencias que esta produzca.

El dolo obedece en estricto a la actividad o decisión de la propia voluntad. Esta exposición de la doctrina de la voluntad es coincidente con la reinante en Italia, sin decir con esto que todos participan de sus enunciados; no ello no sería cierto ya que la teoría de la representación tiene sus cultores y las opiniones se dividen entre ambos sistemas. Asignarle valor absoluto a la voluntad y sus expositores, no llega a conciliar como solución a los intrincados y continuos interrogantes que plantea el dolo. Las respuestas ensayadas no llegan a lograr una adhesión incondicional, aun entre sus partidarios y ello originará como contrapartida la postulación de la

representación como teoría enfrentada a aquella de la voluntad, para resolver todo lo atingente al dolo.

La práctica parecería demostrar, no la incompetencia de la teoría, cuyos principios obedecían a incontrastables realidades, sino que resultaba incompleta para una apreciación legal y cierta y con visos de definitiva. Había que proceder a la búsqueda de un sistema de carácter complementario, ya que indudablemente la cuota aportada por la teoría de la voluntad no podía ser desestimada. La viabilidad de un nuevo sistema la otorgaría la calidad de los elementos de que se valiera. Pero de por sí resultaría aventurado aceptar un sistema que no requiriera el auxilio de otra teoría. En una palabra, debería optarse en lo sucesivo por un sistema donde se conjugaran principios relevantes de una y otra teoría, para llegar a una posición aceptable y jurídicamente eficiente. Y estos vacíos que implicaban insuficiencia conceptual dan cabida a la teoría de la representación cuyo acogimiento resulta general. Pero aquí se produciría una conjunción valorativa que permitiría hablar de una complementación recíproca donde la relevancia de algunos elementos de la teoría de la voluntad se aunarían con factores estructurados en la teoría de la representación. Todas estas advertencias que anticipan una y otra teoría permiten concluir con una definición, del dolo, que no es otra que "la voluntad encaminada a la consumación antijurídica". Aquí se observa el juego de voluntad e intención lo que hace participar al concepto de dolo de la posición asumida por una y otra teoría, y las peculiaridades de una y otra son transmitidas al objeto de su atención, esto es, el dolo.

La teoría resultante de la adopción de los signos característicos de ambos sistemas permite arbitrar que la excelencia de esta pluralidad de elementos, que originan aquella, queda manifestada en los propios resultados, este resultado es el factotum de la teoría, ya que la comisión u omisión dolosa tienen por finalidad precisamente el resultado. El desarrollo de la teoría de la representación permite comprobar que por sí sola resultaba insuficiente, ya que el deslinde absoluto de lo doloso no lograba estructurarse, no pudiendo omitirse bajo este aspecto, que es el estamento más grave dentro de la culpabilidad. Pero el estudio analítico del dolo sigue sometido a revisiones periódicas que hablan de una progresiva mutación o variabilidad de concepto que impiden la aceptación de un cartabón definitivo. Las revisiones de que es objeto el dolo a través de todas las épocas y en un proceso todavía inconcluso, permiten elaborar como conclusión que el dolo persiste jurídicamente en su temática dinámica y sujeto a los avatares que le imponga la modalidad vigente al momento de su nuevo examen. No existe una teoría pura comprensiva del dolo y las que se han formalizado

como más representativas deben consentir en participar porcentualmente en el sistema, que lograr el impacto jurídico, esto es, la que ve el dolo expresado por la voluntad y representación. La evolución del dolo y la cumplimentación de sus ciclos históricos señala la permanente atención que mereciera el elemento subjetivo por parte de la norma y a las postulaciones que consideraban el resultado con abstracción de la intención se oponían con total acierto, aquellas que obligaban al análisis y observancia del dolo para imponer la sanción. La presencia de toda la estructura subjetiva en la imposición de la pena permite apreciar la trascendencia que desde antiguo se le otorgaba, lo que va en desmedro de aquellas concepciones que veían el aspecto objetivo como determinante de la punición. Esto era observable en el derecho romano donde el dolo se caracterizaba por la lesión consciente provocada en los intereses de un tercero.

El derecho canónico obtiene la comprensión cabal del dolo, encerrándolo en un concepto que merece, o marca el inicio de una estructuración que se advertirá con aquellas características, aun en nuestros días; la noción del dolo adquiere dimensión y se conviene adjudicarle a la conducta encaminada al resultado sin mediar aun el consentimiento que no pudo ser prestado ante circunstancias o secuelas no deseadas. En ocasiones que las consecuencias atribuibles a la acción de un agente sean adjudicadas a título doloso, deben imputarse al mismo todas las secuelas que guarden relación o conexión con la originaria intención, aunque estas derivaciones no hubieran participado del propósito primero o que hayan aún, trascendido su voluntad. El agente responde ante las contingencias señaladas y ninguna argumentación eximente puede servir para el otorgamiento de su liberación penal. La conexidad entre el resultado obtenido y deseado, con consecuencias de las que inicialmente no haya participado el agente, es obligada para el derecho canónico y de sus resultados participará el autor. La brillantez de la regla obvia cualquier intento de neutralizar su eficacia, ya que los distinguos que puedan hacerse, se opone el principio que consagra la culpabilidad del sujeto en relación a las secuelas o consecuencias aun no solamente no queridas, sino alejadas de la voluntad misma. El título adjudicado —de dolosa— a la acción, descarta cualquier intento de evadirse de la sanción. Responderá por su actitud dolosa en cualquiera de los supuestos enumerados. El mérito del derecho canónico consiste en la adjudicación precisa de la naturaleza dolosa en ciertas modalidades de la acción.

Por cierto que el derecho romano se ve rebozado ante la fuerza y pureza de estas reglas que marcan el establecimiento de un real sustento jurídico para el dolo, que no obstante prosigue en su transformación dinámica conceptual a través del tiempo.

## 34. VOLUNTAD EN EL DOLO. ELEMENTO INTEGRATIVO.

La voluntad como quedara referenciado precedentemente y en varios de los pasajes de este trabajo, es parte integrativa del dolo y su preponderancia no puede desconocerse, pues se correría el riesgo de desconocer también la propia eficacia jurídica del dolo. Es indiscutible entonces la participación efectiva de la voluntad como elemento principal de aquél. Así como no quiere arbitrarse una solución distinta a la existente sobre la representación, que irremisible y concluyentemente debe ser admitida como presupuesto constitutivo, así también la voluntad deviene como obligada integrante en la noción de dolo. No puede dissociarse la idea de este último, del concepto de voluntad ya que al referenciarse el primero —dolo— se compendía esta última. La voluntad contribuye eficazmente tanto en el género cuanto especificidad del dolo, ya que al referirse en forma universal al dolo, cuanto su significación específica no puede divorciarse de la propia voluntad cuya inclusión aparecerá como obligatoria o cuando menos necesaria para una eficaz conceptualización. Esta inclusión de voluntad y representación para definir al dolo o demostrar su existencia es la que goza de consenso, ya que el criterio de los tratadistas se orienta a reconocer la incidencia de estos elementos como configurativos y aún más, determinantes del dolo. Y no cabe duda que la complementación de estos factores dan vida y estructura al dolo. La toma de razón de estos factores permite dilucidar la cuestión con objetividad, pues habilita a otorgar relevancia a los reconocidos componentes del dolo, desprendiéndose de otras valoraciones que no son más que artificios innovadores que a nada conducen. Todo ello, claro está, haciendo ingresar a la voluntad dentro del elemento afectivo, como lo ha denominado Jiménez de Asúa, a diferencia del elemento intelectual que exige la consciencia o conocimiento del hecho reputado antijurídico. Pero esta particularidad de exigirse la voluntad como ineludible y sin cuya intervención no puede juzgarse como dolosa una conducta, no puede afiarse “per se” y requiere como hemos visto mucho antes, apoyarse y complementarse con la representación del resultado. Es decir que por sí sola no funciona, como tampoco puede hacerlo la representación sin su auxilio. Pero yendo a la trascendencia de la voluntad como determinante del dolo, digamos que ella puede erigirse en elemento excluyente de la sanción quedando implicitada la representación, en aquella. Equivale ello a decir que la voluntad sería factotum de la retribución sancionatoria, considerando que la representación queda subsumida en ella; al acceder al hecho criminoso lo hace por ordenar la actividad generadora del ilícito; el resultado querido o propuesto nace con su voluntad y la representación queda sujeta

a la actividad que propugna la voluntad. Si esta ordena la adecuación de aquélla —actividad— es indudable que la representación debe conformarse a la accesoriedad de la voluntad, pues bien puede ocurrir que se propicie la alteración del orden jurídico sin identificarlo con un resultado definido, pero sabedor el agente que su obrar acarreará una desacomodación del ordenamiento. Sin individualizar el resultado sino genérica y aun abstractamente, el autor sabe que transgrede la regla, sin embargo por un ejercicio de actividad impulsada por la voluntad que genera aquélla, pone en movimiento el dispositivo transgresor. La representación del resultado no quedó definida, sin embargo se produjo el quehacer criminoso de naturaleza dolosa por una circunstancia de pura actividad emanada u originada en la voluntad. Este resultado, obtenido por decisión exclusiva de la voluntad prescinde de las consideraciones que hacen requerible la representación para producir aquél; una teoría de la voluntad pura se puede afianzar en determinados supuestos, como el considerado más arriba; pero para llegar a tal solución debe hacerse minuciosa exégesis de todas las fases integrantes del hecho. Deberá producirse una “separata” total de ambos elementos con la neutralización de la representación por absorción de ésta por parte de la voluntad. Solamente así podrá concluirse con un acto de absoluta y pura voluntad con prescindencia de la representación, para acreditar el acto doloso. Contrariamente deberá aceptarse la teoría que amalgama ambos elementos enderezados a la estructuración del dolo. Pero la envergadura de la voluntad como causante del acto es de resalto por parte de los autores alemanes quienes ven la antijuridicidad en una decisión de su autor, fundada en una voluntad irrestrictamente ejercida (Beling). El autor puede estar movido por la obtención obsecada del resultado; conociendo que se trata de acción antijurídica acomete al efecto consumativo y ello genera el dolo. Pero la voluntad puede acceder sin necesidad de requerir el auxilio de la representación, al resultado antijurídico. Pero ello para conformarse deberá pasar por distintos tamices que habiliten a presumir o constatar su existencia con prescindencia de la representación; la actividad de la voluntad pura ocasiona el acto rotulado doloso, sin otro ingrediente que aquella voluntad. Este pronunciamiento ponderativo de la voluntad como razón excluyente del acto doloso y circunstancia determinante de la sanción, no es receptada mayoritariamente, sino con las reservas que impone hacer tabla rasa con la representación. Aquí jugará la voluntad excluyentemente, auxiliada en forma accesoría, mas no necesaria, por el elemento intelectual o consciencia y conocimiento de la acción antijurídica. Quizás se le dispense la negatividad de la utopía a esta novedosa concepción donde la voluntad se erige en *sustratum* o contenido substancial y exclusivo del dolo.

La culpabilidad estaría representada por la voluntad ordenadora de la actividad que caracterizará al hecho como doloso. La voluntad se exterioriza o manifiesta mediante una actitud o movimiento que aquella ordena en su ejecutoriedad. Esa expresión de la voluntad queda esclarecida en la acción que hace una elaboración dolosa y sobre la que recae el reproche. La voluntad sería decisoria del quehacer encasillado doloso.

La neutralización de elementos coadyuvantes al resultado doloso, como sería la representación de éste, se torna factible al prescindir el autor de una individualización de la consecuencia, que no le hace querer uno u otro resultado, sabiendo solamente que se trata de un obrar antijurídico y acomete con abstracción del resultado definido. Entiéndase bien, se trata de resultado sin definición en la mente del autor. Al existir tal indefinición en el resultado, la representación no fue considerada y solamente la voluntad se constituiría en causal dolosa. En el evento habría que apelar a sofismas para demostrar la plenitud de la voluntad causante, con prescindencia de todo otro elemento o factor, cual sería la representación, para acreditar el dolo.

La gestión de la pura voluntad como promotora del dolo es de difícil prueba, de allí la resistencia a tenerla como única posibilidad dolosa; sin embargo es de sostener que ella de por sí es apta e idónea para definirse como substancia del dolo, ya que la actividad de la acción está dada por aquélla, con total abstracción de una representación de resultado, que iteramos, puede estar eclipsado al no tener una vivencia o imagen en un sentido o forma determinada. Puede existir una "nebulosa" de resultado al no poder identificarse con el realmente obtenido y que es consecuencia del ejercicio de voluntad exclusivamente. Al no tener representación de una consecuencia, por lógica, querida, queda aquella desplazada y suplantada por la voluntad que sería decisoria en la instancia, del acto doloso. Como se ve, puede acontecer la vigencia de la voluntad en desmedro o sin el concurso de la representación, para tener configurado el hecho doloso; todo depende del radio de influencia que la voluntad despliegue en el momento consumativo, dando o no cabida a la representación del resultado logrado. Lo que parece improbable es que la voluntad pueda desprenderse del elemento intelectual ya que virtual y definitivamente tendrá conocimiento del carácter antijurídico de la acción. Lo que sí podemos admitir en plenitud es que inversamente, la representación sin voluntad no puede acarrear culpabilidad al agente. Por más que exista convicción o conocimiento, debe ser acompañado de la expresión de voluntad, ya que el hecho de conocer no se traduce por dolo. La admisión del hecho como doloso debe también ser admitido en la misma voluntad. Pero la aceptación de un criterio mixto donde

*tengan cabida voluntad y representación parece ser lo aconsejable, ateniéndonos a los antecedentes cronológicos y a los que haremos referencia en ordenada exposición, con las críticas que pueda merecer. A ellos nos hemos abocado al tratar de las teorías de la voluntad y representación, pero trataremos de rescatar detalles que no fueron explicitados en aquella oportunidad. La evolución histórica del dolo lleva a un revisionismo que no permite la adopción de un concepto definitivo que se sustente mediante su aceptación por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero existe consenso en hacer compartir la voluntad con la representación, si bien con modalidades que dependen de la época de su formulación.*

Se ha identificado al dolo con voluntad, pero con prelación de representación, esto es, que el dolo puede traducirse como acto de voluntad originado por consecuencia de la actividad ordenada por aquélla, pero todo ello supeditado a la previa representación que debe tener el agente. Si bien la representación aparece como accesoria se le hace asumir un carácter necesario, ya que la voluntad surgiría a posteriori de esa representación. La voluntad conduce a la acción encaminada a la obtención de ese resultado, pero la representación de éste tiene que haber sido promovida con anterioridad y aquélla obedecería a una representación suscitada antes en el autor del hecho que se concretará y devendrá ilícito, con el conocimiento por parte del autor, ya que tuvo representación de aquel resultado y dispuso su ejecutoriedad o consumación mediante la voluntad traducida en actividad. Este es el temperamento adoptado por los proyectistas suizos, siguiendo las teorías alemanas que veían en el dolo una voluntad representada.

Seguimos en el derrotero histórico con los lineamientos proporcionados por Jiménez de Asúa<sup>1</sup> y así llegamos a las concepciones tan clásicas como las de Carrara quien se expide apoyando los conceptos en que se sustenta la tesis, esto es, voluntad y representación, haciendo participar ambas nociones del concepto general de dolo. Acepta que el dolo es la armonización de voluntad y representación. Pero es indudable que lo altamente positivo en la "descripción" está constituido por el elemento "consciencia" que adquiere dimensión en la determinación dolosa. La consciencia para Carrara desempeña un papel preponderante y en ella se resumen las funciones que le competen como integrante del dolo. Y la "proclama" de Carrara no solamente es aceptada y compartida por Pessina, sino que éste utiliza una denominación particular para direrenciaria y expone para el "consumo jurídico" la "voluntad

<sup>1</sup> Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, t. V, p. 477



consciente”, haciendo de ella el contenido substancial o materia preponderante del obrar doloso. Es decir que utiliza los elementos proporcionados por Carrara: voluntad y consciencia, pero englobados en una sola expresión: “voluntad consciente”, donde ambos términos aparecen como recíprocamente influenciados, ya que la voluntad aparecería con su interconexión o dependencia con la “consciencia” y viceversa. Esa expresión es comprensiva de ambas “actitudes” del dolo, se trate de la voluntad o bien de la consciencia de acuerdo a la intervención que les diera originariamente Carrara y más tarde Pessina, concluyendo sus seguidores por exaltar la necesidad de desearse el efecto “indeseable”, sin que al tiempo ese efecto sea razonablemente previsible.

La simplicidad y por qué no oscuridad de los primeros conceptos se fueron superando hasta interrumpir en estas modalidades que aceptaron a la voluntad como dispositivo necesario del dolo, pero haciendo compartir su obligada presencia con el conocimiento del hecho (Mezger); o bien con la representación (Thormann); o con la consciencia (Carrara-Pessina). Se armonizó la voluntad con otros elementos, pero haciéndola participar activamente en detrimento de otros factores que quedaban supeditados a la existencia de aquellos.

El avance que denota la expresión utilizada por Pessina no puede soslayarse ni disminuir tampoco su trascendencia, ya que allí quedan subsumidos todos los elementos conformativos del dolo y que más tarde significaron prácticamente su aceptación irrestricta por parte de los ordenamientos jurídicos. La expresión “voluntad consciente” resume todo el acontecer que debe reputarse doloso a los fines de considerar la transgresión y la imposición de sanción. La substancialidad del dolo estaría constituida precisamente por esos elementos que, reducidos a una mera expresión, son proporcionados por Pessina luego de su histórica depuración. Pero su esencialidad ha persistido no obstante los formulismos que incursionaron por sus márgenes tratando de modificar sus estructuras, pero sin lograr impactar en su contenido, ya que las modificaciones habidas fueron de carácter formal, significando hoy el dolo una voluntad consciente enderezada al ilícito con conocimiento de la antijuridicidad y con representación de resultado.

Reiteramos que este acápite observa el orden establecido por Jiménez de Asúa en la obra citada (*Tratado de derecho penal*) formulando por nuestra parte apreciaciones que resultan de la interpretación de las expresiones de sus autores y que fueran volcadas, éstas, en trabajos del renombrado tratadista en su tomo quinto.

Entre los autores de resalto y que han contribuido decididamente a enaltecer las instituciones jurídicas mediante su aporte intelectual, sobresale la posición de Rocco, quien sin embargos

y en una indiscutible adhesión a la postura, se pronuncia por la voluntad consciente, explicitando el valor de ambos elementos como substancia del dolo y destacando como conditio obligada la voluntad, pero entendiéndose esta, armónicamente acompañada por la “consciencia”, ya que sin ésta expresa, mal podría computarse el dolo. Es procedente entonces concluir que la concepción que aleja la consciencia como integrativa del dolo centrando su objetivo en la exclusiva voluntad, sería, amén de inoperante, completamente inconducente ya que la voluntad de por sí no puede otorgar calidad de excluyente.

También Maggiore se inclina a definir el dolo como voluntad consciente. Todos los autores están contestes en aceptar la propuesta formalizada originariamente por Pessina y recogida por expositores más recientes, inclinados todos a definirse en sentido uniforme y aceptando al dolo como voluntad consciente. Es decir, que la uniformidad parte del hecho cierto de la concurrencia de ambos elementos, pero marginando cualquier posición que pretenda erigirse en definitiva desechando la consciencia y ateniéndose exclusivamente a la consideración de la voluntad, ésta, para los autores en examen, no podrá subsistir divorciada de la consciencia.

Los defensores de la teoría de la voluntad, reiteramos, aceptaron que ésta debe concurrir con la consciencia o con la representación, mas aquella no prosperaría en la configuración del dolo, de concurrir en forma aislada o exclusiva; indefectiblemente deberá recurrir a la complementación de la consciencia para tener por fomalizado aquél.

No obstante convenir en la posibilidad de un dolo constituido de manera contraria a la que impone la norma, conduce a la acción que al concretarse en un resultado, éste, no necesariamente pudo haber sido previsto o calificado “contra legge” por una representación que pudo bien ser inexistente, o simplemente haber estado ausente y desconectada del agente quien sólo imprime a la voluntad actividad para concluir con el dolo. Esta sería la partida de defunción de la representación como adquisición previa del autor del acto que devendrá doloso, ya que la voluntad no requiere el complemento de la representación para tildar al hecho como doloso.

### *La voluntad absorbe la consciencia*

Es cierto que la consciencia o conocimiento de saber el hecho como antijurídico, es circunstancia que no puede ser ignorada, pero este conocer es absorbido por la voluntad que lo asimila hasta perder la consciencia su propia identidad y confundirse con

la propia voluntad que sería decisora del acto reputado doloso. Es innegable que la voluntad admite al elemento consciencia como contribuyente, mas sin otorgarle una ubicación ponderable unitariamente, sino en función de la propia voluntad a la que se acopla perdiendo la particularidad de elemento independiente, confundiendo en aquello como quedará expresado precedentemente.

Admitimos la función pasiva que se otorga a la consciencia ya que se subsume en la voluntad, que es en definitiva la que trasmite actividad para el cumplimiento de la acción.

La consciencia o conocimiento de la antijuridicidad puede sin embargo ser aceptado de modo genérico por la voluntad, pero sin reducirlo a un hecho determinado. Se puede saber que el obrar es conocido como doloso por el agente, pero de una manera abstracta y sin relacionarlo con el resultado que pueda producirse, el que solamente será posible mediante la voluntad realmente ejercida y que llevará a la ejecutoriedad, pero no de un acto determinado, sino de un hecho indefinido y que solamente la voluntad concretará en un resultado que el autor puede ignorar, lo que equivaldrá a concluir que la consciencia no es elemento trascendente en el dolo, sino va enahancado en la voluntad, verdadero contenido del dolo. Puede inferirse de lo expuesto que la consciencia no es factor que se erige en árbitro del dolo, ya que la voluntad puede en oportunidades, prescindir de ella. La fórmula propuesta por Pessina de tratarse de "voluntad consciente" no aparece como ideal para todos los supuestos, ya que en oportunidades la consciencia no se traduce como imperativo del dolo. Es cierto que la relación entre ambos elementos es harto ostensible, pero no para todos los eventos, ya que en ocasiones hasta se hace aconsejable su prescindencia.

La voluntad "per se" se constituye en factor configurativo y determinante último del dolo, siendo irrelevante la ayuda que la consciencia pueda proporcionarle. Bien puede el agente ignorar el carácter de antijurídico de la acción en referencia al resultado, el que no es sabido, querido o deseado por el autor; sin embargo la voluntad será la gestora de la actividad de la acción para el hecho que se consumará doloso, con independencia total de la consciencia.

El nacimiento de una teoría que asigna a la voluntad la relevancia de ser la causante del dolo comprobado en el actuar de este carácter, está avalado por antecedentes y sustentos que permiten adjudicarle viabilidad y tal veremos en el desarrollo progresivo de esta exposición que sin embargos consagra a la voluntad como centro o motivación excluyente del dolo. No significa ello pretender adhesiones, pero sí poner de relieve la envergadura y estructuración de la voluntad, convertida aquí en el conspicuo elemento del dolo para su acreditación. Comprobado el dolo deberá encaminarse to-

do esfuerzo a encontrar la causalidad en la relación voluntad-resultado, sin analizar lo que solamente podrá resultar posibilidad, pero no concreción, tal sería indagar el papel de la representación o la trascendencia de la consciencia en el resultado así obtenido. Comprobada la "voluntad delictiva" no cabe duda del obrar doloso. Al generar actividad en la voluntad, que orienta a aquella en el sentido que esta le impone, es indiscutible que el dolo no puede ni debe ya desconocerse, pues la contribución de la voluntad, al lograrse el efecto, lo es en tal sentido; no se trata de una fuerza coadyuvante —la voluntad— sino de un elemento con características de excluyente, que ocurre al solo fin de manifestarse en el resultado. La voluntad orienta la acción y es la causante del acometimiento al orden jurídico que se ve transgredido por la actividad de la acción ordenada por la voluntad. Es la voluntad la que da forma y sentido a la acción enderezada a entorpecer el desempeño sano y normal de la regla sin significar ello que debe apelar a otros recursos para tipificar el dolo. El obrar doloso es consecuencia de la comisión u omisión que tiene a la voluntad como ejecutora y las posibilidades de concreción están circunscriptas a su sola y exclusiva conformidad, ya que de la voluntad dependerá la cristalización en el resultado por la actividad que ella misma —la voluntad— ordena. Es el arbitrio de la voluntad el que decide en última instancia la configuración del dolo, ya que si aquella aduce su oposición mediante comisión u omisión, es evidente que la conducta no podrá ser acriminada como dolosa por ajustarse —la voluntad— al comportamiento que le ordena la regla o norma imperante. Pero todo ello queda costreñido a la actividad generada por la voluntad, sin la recurrencia de otros factores que pretendan integrar el llamado dolo. La voluntad de por sí es la razón determinante de la naturaleza delictiva de la acción y causal entonces que deviene exclusiva para la aplicación de la sanción. Esa calidad de excluyente no significa que no pueda estar acompañada de elementos valorativos como puede ser la consciencia o la representación.

La voluntad se presenta como un todo armónico y mediante la estructuración que se autoimpone conforma el dolo sin necesidad de una adición del presupuesto o elemento conocido como representación.

Se ha sostenido que la voluntad se impone como constitutivo definitivo del dolo, con la previa asimilación de la representación, acude ésta, dicen sus sostenedores, con prelación a la voluntad, para el obrar reputado doloso. La representación tornaría un elemento aglutinante del dolo con participación de la voluntad, pero esta por sí sola no respondería a la expectativa dolosa. Ello resulta poco claro y al tiempo nada convincente, pues bien puede darse el supuesto de la voluntad determinante del dolo, sin participación

en el evento de la manida representación. Esta representación del resultado que accede a los fines de agilitar la voluntad entorpece el concepto de plena autonomía de que goza la voluntad para imponerse como condicionadora del dolo. No resulta imprescindible la previa representación para tildarse de doloso el obrar y tener acreditado en el resultado tal tipificación. La voluntad contribuye por sí sola al logro doloso; la representación no gravita en aquél ya que bien puede obtenerse el resultado sin proyectarse el agente o tenerlo representado con anterioridad. La voluntad da movimiento a la actividad sin ser necesario clarificar una consecuencia, que puede permanecer indiferenciada ya que cualquier consecuencia que resulte de la actividad es producto de la voluntad y ese resultado pudo no haber sido querido y ni aún previsto; no obstante, la voluntad al imponer un movimiento que hace doloso al acto u obrar, puede ir en busca de ese resultado imprevisible que no por ello dejará de ser doloso. Las sólidas argumentaciones de la necesaria vinculación de los factores referenciados hacen viable una aceptación, en cierto modo incondicional, de la presencia de elementos que como la consciencia no son caprichosos ni advenedizos sino integrantes de la noción de dolo y que fueran receptados del modo referenciado por los exponentes de este específico tema, donde la voluntad sin perder identidad y estructura, no debe prescindir de la colaboración de factores distintos para dejar configurado en forma definitiva al dolo; de no ser ello así, dicen sus sostenedores, tal dolo no podría expresarse por carencia del contenido que solamente aquellos pueden otorgarle.

*Voluntad delictiva, causal de sanción.  
Teoría de la voluntad pura.*

No obstante las controversias suscitadas en torno a la valoración que se hiciera de las distintas teorías, quedando subsistentes las ortodoxas de voluntad y representación o la preconizada por Pessina de "voluntad consciente" como referenciadora de dolo, no obstante ello, iteramos, no es descabellado ni contradictorio al ordenamiento jurídico intentar rescatar conceptos que hacen esencialmente a la voluntad, para conformar una teoría que ponderando la excelencia del presupuesto, enfatice con relación a la trascendencia que puede adquirir al tratar —la voluntad— despojada de toda complementación y erigirla en el único elemento capaz de demostrar la presencia del dolo de un modo eficiente e inequívoco. Va de suyo que la voluntad se constituiría aquí en la esencia de una teoría que tendría a aquella por absoluta para deter-

minar el dolo. Se trataría del único componente integrativo de la teoría de la voluntad pura en la descripción del dolo. Sería asaz suficiente encarar al dolo partiendo de la premisa voluntad, elemento al que convergirían y subsumirían todos los factores que hoy se destacan como indispensables integrantes del obrar doloso. Al requerirse la comprobación de la voluntad como causante del resultado doloso, sin buscar el aditamento de otros compuestos, quedaría configurado el dolo sin necesidad de recurrir a ningún artificio que constituya en significativo el papel de la conciencia o de la representación. A la voluntad quedará circunscrito el examen que llevará a la comprobación dolosa. Al ser la voluntad el único objeto de estudio es indudable que la valía a otorgarse a ésta será lo suficientemente amplia como para permitir advertir sobre el resultado doloso logrado por el ejercicio exclusivo de aquella voluntad. No será obligatorio ni tampoco necesario forzar la integración del dolo con otros elementos, llámese representación, conciencia o como quiérase rotular. La determinación y el propio resultado estarían dados por la actividad que ordena la voluntad, con abstracción o prescindencia de formulaciones de representación o de conciencia. Al asumir el rol protagónico dentro del obrar doloso, la voluntad deviene como estamento indiscutible para ser ponderado como determinante del dolo. Y las objeciones que pueden caber a la preeminencia asignada a la voluntad, quedan neutralizadas al constatar que cualquier otro elemento atribuible al dolo debe contar con el concurso de la voluntad, en tanto ésta cumple su cometido y adquiere personalidad sin la recurrencia a los otros factores designados como constitutivos del dolo.

Definitivamente, entonces, la conciencia devendrá elemento ponderable y complementario, pero no necesario obligadamente, del quehacer doloso. Conciencia y representación son presupuestos que hacen al quehacer doloso, pero no con ello se concluye que aquellos sean requeridos a título de impostergables para tener por acreditado el dolo. El resultado deviene doloso por la actividad que promueve a la acción la voluntad decisora.

### *Voluntad de consumación y voluntad de desistimiento*

El acto doloso llega a su conclusión por mediación de la voluntad que imparte la actividad a la acción que desemboca fatalmente en el resultado. La consumación se opera en el momento que la voluntad decide someterse a un resultado, ordenando determinado comportamiento al agente que bien puede ignorar de que modo se producirá aquel resultado, al tiempo que también puede no vislumbrar que se está operando la transgresión del ordenamiento;

ello es tan significativo que las nociones de representación y consciencia quedan neutralizadas por la actividad de la voluntad.

Al orientarse en un sentido determinado está posibilitando que se concluya en el resultado, siendo la voluntad la capacitada para la concreción de éste. Cuando la relación de hechos precipita su consecuencia —resultado— cabe a la voluntad determinar el mismo siendo inconducente valorarlo, tomando como pautas otros elementos que no sea aquella —voluntad—, verbigracia, representación o consciencia. Cuando el agente se muestra proclive a la consumación, es la voluntad la que ha de decidir el resultado y al ordenar la actividad que requiere la acción se producirá el obrar doloso.

La consumación del acto que se traduce en el resultado es producto de la voluntad, la que prevalece hasta imponerse mediante el logro obtenido que bien pudo no ser buscado, sin significar ello preterintencionalidad, sino simplemente ausencia de representación, lo que significaría no ser esta imprescindible en el dolo. Solamente la voluntad se afianza en el dolo como determinante del mismo y es esta voluntad la que deviene delictiva y se constituye en el elemento único, objeto de la sanción que es la retribución al obrar doloso.

Es entonces de concluir que la consumación del hecho doloso es atributivo de la voluntad quien imprime dirección y actividad a la acción.

Puede ser integrada la fórmula del dolo con el elemento consciencia; es decir el conocimiento por parte del agente del hecho de naturaleza antijurídica, pero no por ello debe significarse que la voluntad requiere el concurso de la consciencia, ya que puede actuar con prescindencia de ella en el supuesto del dolo.

Representación y consciencia son estadios del dolo, pero ambos no interfieren en el resultado que debe atribuirse a la voluntad. Aquellos se presentan como contingentes u ocasionales, en cambio la voluntad aparece como necesaria. El dolo encuentra el sustento en la voluntad; al tratarse de una voluntad pura resulta redundante o sobreabundosa referirse a otros elementos que no actúan sino como complementarios. La voluntad actúa como catalizador y se proyecta en el resultado y éste no es más que aquélla concretada en la práctica. La incidencia de cualquier otro presupuesto es a mero título de accesoriad y su trascendencia o relevancia le es otorgada por la voluntad. La voluntad puede o no conocer el resultado que generará su actividad como asimismo puede ignorar que trastoca el orden jurídico; el obtener un resultado doloso no implica la intervención de la consciencia y representación, la voluntad ha generado el dolo mediante la actividad de la acción, pero originariamente pudo desconocer que se dislocaba el

orden jurídico, adquiriendo noción de ello luego de ordenarse la actividad de la acción por disposición de la voluntad, elemento éste que resultaría indiscutible en la configuración o determinación del dolo.

Y es tan cierto el distintivo otorgado a la voluntad de representar al dolo en su determinación, que de no ser así, ella misma posee el instrumento hábil para no producir la transgresión, esto es, la posibilidad de concretar el desistimiento mediante el aporte de su retracción, en el delito de comisión, o acelerando el movimiento en el hecho reputado como omisivo; en ambos supuestos la voluntad al incidir en el resultado estaría quitando al obrar el carácter de doloso. Al impartir a la acción una orientación conforme a la prescripción de la regla, está comportándose en armonía con ella. Es indudable que solamente la voluntad genera el desistimiento del quehacer doloso y por más que se trate de acoplar conciencia o representación para tener por válido al acto, ello no quita nada a la concepción de ser la voluntad indiscutiblemente la causa o razón eficiente y válida del desistimiento del agente en lo que llevaría a la actividad u obrar doloso. Así como existe una voluntad encaminada a la consumación del acto doloso, así también se advierte una voluntad determinante del desistimiento; éste se obtiene mediante la retracción de la voluntad o el impulso otorgado a ésta, se trate del delito de comisión o de omisión respectivamente.

### *Voluntad de desistimiento*

Dentro de la teoría de una voluntad pura, es admisible contemporizar con el criterio que otorga a la propia voluntad la capacidad necesaria para conducir al desistimiento del acto. La voluntad actúa con una autonomía irrestricta y es la encargada de producir o desistir del acto preconizado como doloso.

La voluntad de desistimiento, subyace en el fondo de cada acción, ya que aquella otorga el "placet" para su consumación o rechazo, esto es, para concretar el dolo en el resultado o evitando la transgresión de la norma mediante el oportuno desistimiento.

La virtual preeminencia otorgada a la voluntad no resulta caprichosa sino que obedece a un reconocimiento justo a la importancia que reviste dentro del obrar conceptuado doloso, sin omitir que al momento de la sanción, el examen de la volición determinará su gravedad, que quedará reflejada en el "quantum" de pena impuesta. Ello es innegable ya que la voluntad es la razón de imposición de sanción con exclusión de otro elemento, puesto que aquello determina el dolo.



*Voluntad definitoria*

La voluntad sería definitoria cuando ella se conduce en procura de un resultado que reviste como consecuencia querida mediante el ejercicio de la acción. Aquí concurrirá la representación de ese resultado deseado y necesariamente la consciencia, ya que de otro modo no podría en el supuesto reputarse doloso, pues al buscar el resultado concreto debe saberse o tenerse conocimiento de ser antijurídico. La consecuencia de la acción es dolosa pues así lo ha querido la voluntad al imponer un comportamiento determinado, ya que el resultado estaba previsto por parte del autor. La marcha del proceso consumativo está enderezada a la resultante final que el agente previno como tal. Todos los esfuerzos están orientados a la obtención de tal resultado, no otro, y es la voluntad la que ha definido la consecuencia o resultado final. El objetivo está dado por la voluntad siendo ésta la expositora de todas las ponencias destinadas al resultado; este desde el comienzo posibilita la concreción con las particularidades que autoriza la voluntad y el desenlace —resultado— debe coincidir con la posición asumida, pues de otro modo la voluntad no actuaría en el carácter de definitoria. Aquí no solamente obedece a una programación —originaria— sino que imprime a la acción un movimiento en análogo sentido. La voluntad es entonces definitoria cuando el resultado está diagramado y se busca sin distorsionar su espectro originario, esto es, que el resultado debe producirse conforme se desea y todos los esfuerzos se dirigen a concretarlo, con o sin asistencia de otros elementos cuáles serían la representación o la consciencia y es la voluntad la que determinará la necesidad de ocurrir a ellos para el resultado propuesto, o mejor dicho, definido. No por ello la voluntad deja de expresarse como pura, ya que ella resulta esencial y los otros factores no dejan de ser contingentes u ocasionales; al definirse la voluntad lo hace con sentido de resultado y este debe ser coincidente con el propósito de aquella voluntad que busca concretarse o definirse. Si no se diera esta coincidencia no se trataría ya de voluntad definitoria; ésta debe actuar en relación de causalidad con el resultado y valiéndose de la acción, a la que ordena actividad. Y esta actividad no puede ser trastocada mediante movimientos que alteren el curso impreso originariamente por la voluntad; de allí su encasillamiento como voluntad definitoria.

La voluntad se manifiesta o exterioriza en un sentido determinado cuando se tiene en vista un resultado ya fijado con prelación y que la hace movilizar conforme al fin propuesto y a él debe propender sin distorsiones, con una identificación de ella misma

con el resultado querido. Al ser este definitorio se produce la adhesión de la voluntad. Voluntad definitoria es la concreción del obrar doloso en el resultado querido, pero con la incorporación del elemento consciencia y representación en calidad de accesorios.

### *Voluntad abstracta*

Sería aquella que no está determinada; que no se sujeta a un actuar preconcebido sino que se trataría de una nebulosa cuya materialización es improbable. La voluntad actuaría en un plano de indefinición que no se alteraría sino circunstancialmente, pero que está llamada a consumarse mediante una actividad que permanece incierta. La voluntad origina la actividad pero distando mucho de conocer un resultado que ni siquiera se insinúa como representación. Tampoco sabe la voluntad que su actividad provocará la desestabilización del orden jurídico; se trata de una voluntad que no puede definirse y que se exterioriza en un resultado que también se desconoce.

La voluntad que plasma el acto doloso es decididamente abstracta cuando permanece en estado de indefinición y se desconoce la incidencia en el resultado por la sola razón de la referenciada indefinición. Al no estar determinada la voluntad para actuar en una obligada posición, permanece inescrutable y por tanto incapaz de pronunciarse. Al no poder adquirir personalidad definitoria aparece como algo informe y carente de peculiaridades que posibiliten una calificación.

La voluntad abstracta está dada por una total indiferencia para una acción en procura del resultado. No puede ser decisora en el evento para ordenar la cumplimentación de actividad por carecer del atributo constituido por la definición de la misma. El resultado que acaece no es precisamente reputado como originado estrictamente en la voluntad, por no ser ésta, en el supuesto, definitoria, sino continuarse como al principio, de manera abstracta. Voluntad abstracta sería aquella que teniendo capacidad para el obrar doloso no lo configura por carecer de la potencialidad volitiva que solamente puede ser activada por la mencionada voluntad. Al no poder desarrollarse esta y no alcanzar por ende definición, no tendría aptitud para el obrar doloso que reclama para su concreción, una definición de voluntad.

### **35. VOLUNTAD EN EL DELITO DOLOSO IMPOSIBLE. IMPUNIBILIDAD.**

Cuando la voluntad se ejerce para obtener la consecuencia dolosa de un delito imposible, resalta el hecho de faltar el ele-

## VOLUNTAD EN EL DELITO DOLOSO IMPOSIBLE

mento idóneo para la calificación, atento a las circunstancias que entorpecen la viabilidad de la consecuencia o resultado; la voluntad no se manifestaría en pugna con la observancia de la regla, ya que la secuencia final no podría reputarse con el carácter de dolosa. Declarar la impunidad está acorde con el propio orden jurídico que no resulta lesionado por la actividad de la voluntad, por no encasillarse, ésta —la actividad— siquiera como delictual.

La sanción debe ser contemplativa y la elasticidad de la norma debe prever esta exención para no caer en situaciones inconsultas.

La falta de entidad dolosa, su irrelevancia en la consideración del ilícito hacen que el resultado no pueda reputarse doloso y por ende la voluntad tampoco podrá ser acriminada a efectos de la pena.

La voluntad debe manifestarse decididamente en el resultado para su calificación, contrariamente no podrá hablarse de quehacer doloso u obrar de esta índole. Resulta entonces viable la no punición del agente cuando ha obrado con pretendido detrimento del orden jurídico, pero atento al carácter del delito imposible, aquel orden no resultó alterado. Aun puede resultar que el medio de que se ha valido el agente e impulsado por la voluntad, no estuviere destinado a la provocación dolosa que jamás podría prosperar o concretarse en un resultado por la ineptitud, ineficacia o insuficiencia del medio.

Debe ser concluyente la ley al definirse por la impunidad cuando la voluntad se propusiere la consumación o ejecutoriedad del delito imposible, de conceptuarse doloso.

### *Voluntad suspensiva.*

El comienzo del acto doloso, es decir el comienzo de ejecución, tiene lugar cuando la actividad sucede a la orden de la voluntad que urge la acción. El quehacer doloso puede entorpecerse ya sea mediante el desistimiento, que obedece a un proceso reflexivo de la voluntad y que concluye con la retracción del agente, o deteniendo momentaneamente el acontecer a la espera de circunstancias que hagan precedentes los designios de la voluntad. Aquí la voluntad busca una suspensión de su actividad en la acción, la que reanudará sus esfuerzos en procura del resultado, cuando la realidad del entorno o la subjetividad del agente lo considere oportuno o necesario. Se ha operado un abrupto aunque no descontado cambio de frente a la espera de la concreción o comprobación de circunstancias que habiliten el movimiento o la dinámica de la voluntad; al estar ésta en constante operatividad no le resulta difí-

cil aguardar la oportunidad del nuevo desplazamiento que los hechos aconsejen. Entonces el efecto buscado y que ha quedado momentáneamente suspendido recobraría su marcha atento al auxilio que le proporcionará la producción efectiva de las circunstancias esperadas. Ya dejaría de ser suspensiva al reanudarse en su actividad. Pero bien puede ocurrir que tal no se produzca y no se resuelvan los condicionamientos a que se hallaba sujeta la voluntad, entonces esa calidad de suspensiva subsistirá hasta concretarse el hecho que llevará al resultado doloso, o terminará por desaparecer como desencadenante del dolo al no darse éste, por no poder simplemente, desarrollarse la voluntad atento a las circunstancias incumplidas que no hacen posible la persistencia de aquella; desaparecería entonces la voluntad reputada suspensiva o mantendría el "statu-quo" a la espera de la cumplimentación de los hechos que la sacarán de ese estancamiento suspensivo. No obstante lo sutil de la calificación, es innegable que el supuesto es susceptible de producirse en la práctica, dependiendo la continuidad del carácter de voluntad suspensiva, del acogimiento que esta brinde a los presupuestos tendientes a su total desarrollo o concreción, o que estos no se produzcan, lo que retrotraerá las cosas a su estado originario, o esperar que las contingencias lleguen a producirse para procurar el resultado final doloso.

### 36. RELACION ENTRE LA VOLUNTAD Y GRAVEDAD DEL RESULTADO DOLOSO.

Partiendo de la hipótesis que la teoría esbozada de la voluntad pura le asigna, de ser ésta la motivadora eficiente del delito doloso, llegamos a concluir que el resultado se estructura por disposición de la voluntad, quien obliga a la acción a una actividad orientada o impuesta volitivamente. Y esta secuencia obligada e incuestionable que se rotula resultado puede ser más o menos grave, conforme se lo proponga la voluntad o las circunstancias especiales del caso determinen aquel. Pero la rigidez de la norma sancionatoria cuestionará no solamente el carácter del delito sino también su trascendencia dentro del ordenamiento jurídico resquebrajado por la acción. La gravedad del acto impondrá también una consecuente reacción resumida en la sanción que será más o menos importante cuantitativamente de acuerdo a la entidad del ilícito u obrar doloso considerado. Cuanto más se pronuncie el ilícito como obediente a una voluntad desnaturalizadora de la norma, mayor será la ponderación que de la pena haga la regla, ya que a mayor distorsión del ordenamiento sucederá una condena que guarde armonía con aquel resultado calificado como doloso.

La voluntad actúa en un plano de autonomía y se basta a sí misma como para adecuar el obrar; si éste se produce con las particularidades del dolo es verosímil admitir que la lesión irrogada obedece a anomalías de la voluntad que la ley reparará por medio de la sanción. Pueden existir causales que beneficien un accionar irregular cuando por ejemplo el agente no puede dirigir sus acciones por adolecer de deficiencias que hacen al acto insalvablemente nulo en relación a punición. Esas diminutios que obstaculizan la aplicación de pena deben ser adjudicadas a título de eximentes, ya que el obrar doloso queda neutralizado o cohonestado por esas incapacidades que hacen vulnerable la rigidez de la norma por la simple razón de su imposibilidad de aplicación.

Cuando una incapacidad puede argüirse como causal de exención, la misma debe concurrir al gestarse el hecho, en el momento de su promoción, ya que una incapacidad sobreviniente escapa al hecho mismo, pues la voluntad no llega a concretarse dolosamente por circunstancias que son ajenas; es entonces admisible sancionar la voluntad que no perfecciona el acto doloso por una incapacidad sobreviniente y a la cual es ajena, ya que el "animus dolus" existía en "la voluntad" al proponerse el acto y principiar su ejecución. No podrá eximirse de sanción pues en el supuesto de la incapacidad sobreviniente ella —la voluntad— buscaba solamente la concreción; el impedimento del resultado doloso no puede atribuirse sino a circunstancias o acontecer ajeno a su esfera. No puede inferirse de ello que quede exenta de pena, pues siempre la voluntad estuvo orientada a fin doloso y de tal modo se comportó.

Otro será el temperamento a adoptarse cuando el impedimento de consumación obedezca a una imposibilidad originaria, ya que la invalidez del acto quedaba consagrada por la sola constatación de la diminutio que lo afectaba para su toma de razón. La voluntad se encontraría viciada ab initio y el acto sería de imposible consumación, ya que obstaría a su perfeccionamiento el impedimento que legaliza la impunidad.

La falta de sanción obedece a la articulación exculpatoria de incapacidad de la voluntad para lograr el resultado doloso. Por más que exista un comportamiento aparentemente normal y coincidente con la finalidad propuesta, es contrario al régimen jurídico atacar al acto como merecedor de pena, puesto que se encuentra afectado por la manifiesta incapacidad que surge del examen volitivo del agente. El empeño que el autor ponga para lograr la concreción del acto, tropezará con la eximición de sanción que la ley adjudica en supuestos como el referenciado, donde la alegación de incapacidad debidamente comprobada, hace caer la posibilidad de su sanción.

Al producirse el hecho lesivo, comprobable en el resultado, el que corroborará el ejercicio de la voluntad, la oposición de la incapacidad tendrá el efecto de la excepción y su autor se beneficiará con la impunidad que la misma regla otorga. Pero queda descartado que la acreditación de la eximición quedará a cargo sino del que articula la exención, por lo menos de los propios hechos que son los que en definitiva llevarán la certeza necesaria para liberar al agente de la sanción retributiva. Y esta admisión o constatación de incapacidad debe valer por sí misma, es decir, debe ser tan incontrastable que se haga de aplicación el "juris et de jure". La admisibilidad de prueba en contrario, de la incapacidad articulada u oficiosamente comprobada, hará caer cualquier alegación que pretenda sostener que la voluntad se hallaba viciada y por ende no ser punible. Es decir que la incapacidad comprobada con prelación al acto, hace definitiva la aceptación de una voluntad impune y merecedora de las eximentes que neutralizan la posibilidad de incriminación.

La voluntad incapacitada por una causal sobreviniente no goza del privilegio de la exención, pues estuvo en el momento que gozaba de plenitud jurídica encaminada al resultado doloso, promoviendo así la actividad de la acción.

Es de concluir con la innegable relación existente entre la voluntad, como generadora del resultado y este mismo resultado que no gozará de atenuantes o eximentes, sino quedara fehacientemente comprobada la incapacidad aducida o articulada.

La voluntad se orienta al fin doloso, conforme sea doloso el obrar, con abstracción de la consciencia e independientemente de la representación. Uno y otro de los presupuestos pueden coadyuvar al logro, pero no son determinantes pudiendo bien la voluntad prescindir de su consideración por ser esta la integrativa del dolo. La voluntad accede al ilícito por propia decisión y el impulso que imprime a la actividad como asimismo la persistencia de su actitud y connotaciones de peligrosidad que pueden señalarse son las que contribuirán a configurar la gravedad del dolo obtenido con el resultado del obrar con la naturaleza indicada.

No puede eliminarse la consideración de la gravedad para graduar la sanción, pero la pena dependerá de la exclusiva intervención de la voluntad, ya que ésta es el fundamento de aquélla y no podrá hacerse abstracción de la voluntad para sancionar una conducta que no es otra cosa que actividad de la propia y misma voluntad.

El dolo es acto de voluntad en cuanto ésta ha querido la actividad cuanto el resultado y ha impulsado la adhesión de la consciencia a la voluntad sabedora —la voluntad— del quebrantamiento del deber jurídico en cuanto ha hecho participar a la representación

de la actividad y del resultado. La acción se ha ejercitado en el hecho doloso por mediación de la voluntad, que ordena inferir la lesión ejecutando el acto u omitiendo su cumplimiento, trátase del delito comisivo o de omisión respectivamente. Y la gravedad se desprende de la observación de la consecuencia de la acción, al ordenar su actividad o movimiento. La sanción se acomodará entonces a la gravedad que se otorgue a la voluntad acriminada.

La voluntad al consentir con la ejecución dolosa se hace pasible de la sanción bajo aquel título, debiendo inferirse entonces que la pena se pronuncia conforme a la gravedad de la acción transmitida por la voluntad, que es en definitiva la sujeta a la retribución legal.

### 37. TEORIA DE LA VOLUNTAD PURA. JUSTIFICATIVOS E INCONVENIENTES PARA SU ADOPCION.

Una teoría de la voluntad pura no puede aceptar intromisiones o participaciones que le adjudiquen una asimilación a otros sistemas que se fundamentan en presupuestos distintos a la voluntad, o adoptando un criterio mixto que si bien incluye a la voluntad, no es reputada como exclusiva o aun como indispensable en el acontecer doloso. Para reputarse como de pura voluntad debe participar del concepto que la define como constitutiva del dolo, adquiriendo resonancia por la sola circunstancia de consolidarse como presupuesto único del hecho doloso o por lo menos de una preponderancia tal que podría existir sin la recurrencia a otros elementos ya se trate de la consciencia o de la representación. La voluntad en el evento se constituye en el contenido substancial del dolo, admitiendo la acción que su actividad obedece a la fuerza impulsora de aquella y que la conduce al resultado último.

Cuando la naturaleza del ilícito hace concluir con la calificación de doloso resulta innegable que la voluntad ha traído tal connotación al desplazarse en su obrar en el sentido referenciado. Un análisis de la volición del agente a través de las fases que totalizan el resultado, habilitará tal conclusión.

Resulta difícil aceptar una implicancia tan exclusiva y absoluta, pero es más problemática una crítica que contribuya a desnaturalizar la influencia de la voluntad en el resultado, ya que éste actúa en función de dependencia o accesoriedad, puesto que permanece ajeno a toda discusión que un resultado sin voluntad no podrá producirse o concretarse en la práctica. Un resultado obliga a pensar en un antecedente provocativo del mismo; ese antecedente radica en el acontecer de la acción cuya actividad

provoca tal resultado. Pero no puede desconocerse que todo el movimiento conducente aflora por decisión de la voluntad, constituyéndose por tanto en la parte ostensible e indiscutible de valoración del hecho doloso.

Hemos visto que la voluntad se desenvuelve en plano de autonomía y los refuerzos presupuestarios los toma e incorpora si lo considera conveniente, llámese representación, titúlese consciencia. Si advierte sobre la necesidad de su anexión los acepta como elementos concurrentes; pero tampoco significa que no pueda prescindir de ellos para el logro propuesto por su exclusivo arbitrio. Razones de conveniencia o de economía de realización le "sugieren" su incorporación. La consumación del hecho puede concretarse más rápidamente, pero sin ser necesaria la anexión. Pueden resultar prescindentes tales elementos sin entorpecer ello al resultado, que deviene doloso por decisión de voluntad.

Una teoría de la voluntad pura debe ceñirse a la valoración irrestricta de la voluntad como configurativa o determinante del dolo. Debe quedar acreditada la responsabilidad decisora de la voluntad cuando se interprete el hecho para su sanción.

Cuando se produce la introspección, el sujeto analiza el proceder volitivo para acceder a la conclusión de ser la voluntad la que ha decidido el resultado. Y al proceder el juzgador o intérprete de la ley a estudiar las motivaciones que originan el ilícito doloso, tendrá que detenerse en el exhaustivo análisis de la voluntad como constancia obligada del obrar y resultado doloso.

La lógica jurídica impone una observación crítica y desapasionada de los presupuestos constitutivos del hecho que desembocan en el resultado y aquí no puede desentenderse de la consideración objetiva del elemento trascendente y que no es otro que la voluntad.

Todo arbitrio que se sustente tendrá que hacer referencia a la voluntad como desencadenante del resultado y no podrá liberarse la conclusión de otorgar a aquella el rol de exclusividad que la teoría en examen le asigna en el total doloso.

Por otra parte, la certeza necesaria para aplicación de sanción está dada por la efectividad que logre la observación del resultado del hecho reputado doloso, debiendo el enfoque practicarse sobre la voluntad que ha decidido tal concreción en aquel resultado.

Queda fuera de toda duda la participación excluyente de la voluntad en su consecuencia del resultado, siendo ella precisamente la encargada de movilizar la sanción aplicable por el discompás jurídico en que incurriera.

Y no se diga que aquí se produce un divorcio entre la voluntad y los contingentes presupuestos que puedan acompañarla.



como serían consciencia y representación, ya que estos no son requeridos de manera indefectible por la voluntad, sino cuando considera ésta que su auxilio acortará el término para la consumación final; es decir entonces que al ser contingentes no resultan obligadamente necesarios, quedando desairado el divorcio invocado entre voluntad y presupuestos no necesariamente constitutivos del dolo.

El quid radica en asignar a la voluntad un papel relevante y exclusivo dentro del dolo, en perjuicio de la representación y consciencia pero con el evidente propósito de rescatar para la voluntad los valores absolutos que fueran demerituados por otras teorías empeñadas en desconocer su trascendencia en la configuración dolosa, propulsando el enaltecimiento de otros elementos en detrimento de aquélla.

Estamos enrolados en la tesitura de la adopción, sin cortapisas o limitaciones, de la teoría de la voluntad pura por reconocer la capacidad generadora de ésta en quehacer y resultado dolosos. Su receptación sin limitaciones le adjudica una preponderancia de carácter absoluto y que la erige en la concreta única posibilidad del dolo, ya que dependerá de su actividad y decisión compulsiva el cumplimiento del resultado. Pero no obstante existen razones que obligan a una meditación reflexiva sin abdicar por ello del valor asignado de presupuesto necesario del dolo, siendo las contrariedades sintetizadas en necesidades que deben ser cumplimentadas. Se dirá que el agente debe tener consciencia de una conducta que dislocará el orden jurídico, con prelación al acto de voluntad; ello no puede omitirse en su valoración, pero también es muy cierto que la voluntad accede a un resultado mediante una actividad originaria de acción que bien puede desconocer el quebrantamiento del deber jurídico, no obstante ser sabedora que no es comportamiento ético o moral; pero esto significa que su ataque al orden jurídico no se produce por ignorar la regla normativa o el sentido otorgado a la misma. Hace un análisis del comportamiento y sabe que acciona en desmedro de valores éticos pero no jurídicos; tiene convicción que la sanción no es consecuencia de su obrar, puesto que no se produce la transgresión legal. En el supuesto de la representación del acontecer sucede algo análogo, ya que la prelación de aquélla no resulta indispensable.

Los detractores de la teoría señalan que la representación debe ser previa, ya que el resultado doloso está motivado en la existencia de representación que lo condiciona para el ejercicio de la voluntad, ya que sin representación dolosa no puede aceptarse un resultado de la misma naturaleza. Pero la voluntad bien puede procurar un fin doloso por sí misma y sin cooperación representativa, puesto que se consolida progresivamente buscando una definición

de algo que comenzó por ser una abstracción, con falta de representación y que se definió posteriormente por el concurso de la voluntad que inclinó en un sentido determinado la acción, sin acudir a una obligada representación. Se llega al resultado abstracción hecha de la representación, como lo fuera también de la consciencia.

Todas estas oposiciones a la teoría de la voluntad pura quedan circunscriptas a una formalidad que carece de fuerza sostenedora para imponerse como sistema.

La solidez de estructuración de la teoría, lograda por la importancia otorgada a la voluntad, hace de ésta la causal eficiente en la nominación dolosa, siendo por tanto habilitante para desechar otros presupuestos que encasillados como consecuencia o representación, pretenden compartir un rol protagónico asignado con exclusividad a la voluntad, constituida en razón excluyente de la sanción penal, por ser la voluntad precisamente la originaria del dolo.

Debemos enfatizar en torno a la capacidad de la voluntad ponderando su estructuración como justificatoria del dolo y desestimando cualquier esfuerzo que se manifieste proclive a una aceptación de presupuestos extraños y marginativos de la voluntad como constitutivo doloso, ya que una vez más, de manera iterativa, destacamos que la actividad creadora de acción tendiente al resultado, está impulsada o generada por la sola voluntad, decisora final en el también final resultado.

La voluntad queda localizada, en la teoría pura de la voluntad, en el propio resultado que no es más que la consecuencia de la ponderada labor de la voluntad en la constitución dolosa. El resultado está trasuntando la intervención de la voluntad que ocurre de manera innegable y decisiva para la obtención del acontecer doloso, que fatalmente desembocará en el referenciado resultado.

El colofón que puede coronar el esfuerzo de este trabajo queda sintetizado en el auspicio que se le otorgue a esta teoría esbozada, donde la voluntad accede a las posiciones más encumbradas, al punto de decidir por sí todo lo atingente al dolo, al hacerse centro gravitacional de donde arranca cualquier posibilidad acriminatoria. Es notorio que la voluntad se constituye en la causal motivadora o presupuesto necesario para que la sanción retributiva adquiera relevancia, ya que sin aquélla, mal podría pensarse en la aplicación de ésta. Las circunstancias que genera la sanción están todas implícitas en la voluntad y es ésta la que acuerda "autorización" a la acción para el desempeño de su actividad.

La sanción penal tiene el antecedente de su decreto en la fuerza que la voluntad imprime a la acción y ésta al ejecutar el acto establece el quantum de la primera. La sanción actuaría en una

relación incontrastable con la voluntad y su dependencia —de la sanción— estaría acordada por el ejercicio de la voluntad, se trate del delito de comisión o en el supuesto del hecho omisivo; en ambas instancias la voluntad sería la encargada de poner en movimiento el aparato represivo encarnado en la pena.

Si bien hemos visto la aquiescencia que prestan los autores a la voluntad y representación actuando en un todo armónico y aun confundiendo ambos presupuestos, no menos cierta resulta la trascendencia de la voluntad en un estudio unitario, donde ella juega con abstracción e independencia de cualquier otro factor. La incidencia de la voluntad estaría reflejada en la sanción y el valerse o no de otros presupuestos —por parte de la voluntad— queda sujeto a su exclusiva conveniencia y oportunidad, ya que, repetimos, la voluntad puede prescindir de los factores llamados intelectivos o de representación, valiéndose por sí misma para la determinación y calificación dolosa y por ende siendo presupuesto suficiente para la aplicación de la sanción.

La teoría pura de la voluntad obliga a replantear el rol esencial de la misma, ya que en otras teorías se le asigna una relatividad que hace considerarla en un plano de accesoriedad, cuando en rigor de verdad viene a ser el *sustratum* del dolo mismo. Resulta inconcebible y alejado de toda realidad admitir una noción del dolo desvinculándola de la esencialidad de la voluntad; es ésta precisamente la que da contenido al dolo. Y a lo largo de este trabajo se trató de demostrar la incidencia gravitante de la voluntad en el ilícito de tal naturaleza, convirtiéndose por fuerza propia en la obligada referencia de la sanción, ya que al no poder encasillarse la voluntad en el tratamiento del supuesto en examen, mal puede hacerse referencia a la sanción. Y en toda relación de esta naturaleza —dolosa— debe la sanción centrarse en el estudio analítico y exhaustivo de la voluntad.

Cuando se llegue a perfeccionar la observancia de la voluntad como causal determinante o presupuesto necesario y obligado de la sanción, se habrá avanzado en el logro de una resolución a la que podrá rotularse como objetiva y ajustada a los cánones que el derecho impone y a los que el juzgador debe atenerse.

Al fructificar diversas teorías en torno al dolo, se fueron ensayando otras concepciones basadas en las articulaciones ofrecidas por las primeras, hasta llegar a lo que consideramos la real depuración y contenidos sus principios en la expuesta teoría de la voluntad pura.

No pretendemos haber innovado, pero sí contribuido al conocimiento o comprensión cabal de la voluntad como presupuesto insustituible de la sanción. La base de toda concepción jurídica respecto al dolo debe despojarse de resabios filosóficos y ceñirse

estrictamente a conceptualizaciones puras y en el caso específico del supuesto relegar o marginar toda teoría que pretenda desconocer la realidad dolosa suministrada precisamente por la voluntad.

Dolo: “Es toda acción encaminada a un resultado doloso generado por la voluntad, orientadora de la acción misma, con prescindencia de la representación y que pone en movimiento la sanción retributiva, a la que se hace acreedora por ser la voluntad presupuesto obligado de la última”.

## BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, E.: *Delitos impropios de omisión*, Edic. Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- BISHOP, P.: *Comentarios sobre la ley criminal*, Boston, 1882.
- CAAMAÑO ROSA, : *Régimen de culpabilidad*, "Revista de Derecho Penal", Montevideo, 1949.
- CARRARA, F.: *Programa de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1956.
- CARMIGNANI, P.: *Elementos de derecho criminal*, cit. por Jiménez de Asúa, *Tratado...*, t. V, p. 307.
- DE MARSICO, A.: *Consciencia y voluntad en la noción del dolo*.
- DORADO MONTERO: *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*.
- FONTAN BALESTRA, C.: *Tratado de derecho penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II.  
— *El elemento subjetivo del delito*, Depalma, Buenos Aires, 1957.
- GOLDSCHMIDT, W.: *Concepción normativa de la culpabilidad*, Depalma, Buenos Aires, 1943.
- GOMEZ, E.: *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 127.
- HUERTA FERRER: *La relación de causalidad*.
- IRURETA GOYENA: *Código Penal* (notas explicativas), Montevideo, 1934.
- JIMENEZ DE ASUA, L.: *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1956, t.V, p. 477.
- MAGGIORE, G.: *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1978, t. V, p. 576.
- MERKEL, A.: *Derecho penal*, vol. V, p. 116, cit. por Jiménez de Asúa, *Tratado...*, t. V, p. 478.
- NUÑEZ, R.: *Derecho penal argentino. Parte general*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, t. II.
- PECO, J.: *Exposición y comentario del Código Penal*.
- RANIERI: *Derecho penal. Parte general*, ps. 218 y ss.
- RIVAROLA, R.: *Derecho penal*.
- ROCCO: *Trabajos preparatorios*, vol. IV, ps. 13 y 14.
- WELZEL, H.: *Derecho penal. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1956.
- WESSELS, J.: *Derecho penal. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos de  
INDUSTRIA GRAFICA DEL LIBRO S.R.L.  
Warnes 2383, Capital Federal, en el mes de setiembre de 1986