RESPONSABILIDAD, DOLO EVENTUAL Y DOBLE EFECTO *

María Laura Manrique
CONICET, Argentina

RESUMEN. En el Derecho penal contemporáneo, debido a la creciente importancia de la doctrina del dolo eventual, la distinción entre resultados intentados y consecuencias previstas no es tomada como normativamente relevante. De acuerdo a esta doctrina, ambos efectos de nuestras acciones son equivalentes al momento de atribuir responsabilidad penal. Por el contrario, en filosofía moral se utiliza esta distinción por medio de la doctrina del doble efecto que entiende que nuestra responsabilidad es mayor cuando provocamos un daño de manera directa que cuando el daño es producto de nuestra intención oblicua. Nuevas aproximaciones a la doctrina del doble efecto conectan esta estrategia con el liberalismo moral y político. Si el Derecho penal necesita estar justificado por principios liberales —como las constituciones y los códigos penales parecen exigir—, la doctrina del doble efecto genera un importante desafío a nuestras concepciones de responsabilidad penal. Más específicamente, este trabajo sostiene que la doctrina del doble efecto provee de una mejor solución al problema de la distinción entre resultados intentados y consecuencias previstas que la doctrina del dolo eventual.

Palabras clave: responsabilidad penal, doctrina del *doble efecto*, doctrina del *dolo eventual.*

ABSTRACT. In contemporary Criminal Law, the distinction between intended results and merely foreseen consequences is no longer seen as normatively relevant due to the increasing importance of the *dolus eventualis* doctrine (Criminal Knowledge). According to this doctrine, both effects of our actions are equivalent in order to attribute criminal responsibility. On the contrary, moral philosophers usually deal with this distinction by means of the double effect doctrine and they often claim that our responsibility is greater when we directly provoke harm than in cases of oblique intention. New approaches to the double effect doctrine connect this strategy to moral and political liberalism. So, if Criminal Law needs to be justified in liberal principles —as our Constitutions and Penal Codes seems to require—, then the double effect doctrine constitutes an important challenge to our conceptions of criminal responsibility. In particular, this paper claims that the doctrine of double effect actually provides a better solution to the problem of intended results and foreseen consequences than the *dolus eventualis* doctrine.

Keywords: criminal responsibility, doctrine of *double effect*, *dolus eventualis* doctrine.

* Este artículo recoge alguna de las ideas centrales de mi trabajo *Intención, dolo eventual y doble efecto*, presentado en la Universidad Pompeu Fabra en julio del 2006 a los efectos de obtener el certificado de estudios avanzados (DEA). Agradezco los comentarios y correcciones de José Juan MORESO, Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Jorge MALEM, Íñigo ORTIZ DE URBINA, Ricardo CARACCIOLO y Pablo NAVARRO.

I. INTRODUCCIÓN

Un fenómeno de creciente importancia social es el reproche por circunstancias que el agente no *intentaba* lograr, pero que *conocía* que probablemente se producirían como consecuencia de su acción. En la dogmática penal, esta estrategia de solución se engloba bajo el rótulo de *dolo eventual*. Hay numerosas concepciones del dolo eventual, pero todas coinciden en que el agente no quiere o desea directamente la consecuencia que se produce —de lo contrario, habría dolo directo— pero asume como posible o probable la producción del mismo [1]. En general, se asume que esta clase de dolo merece el tipo más grave de reproche [2]. Por ejemplo, es frecuente imponer a los «conductores suicidas», que ocasionan un accidente con resultado mortal, una pena similar a los autores de un homicidio con intención directa, *i.e.* dolo directo [3].

Por el contrario, en el ámbito de la filosofía moral se han elaborado categorías conceptuales para explicar la diferencia entre lo que se quiere hacer y la previsión de las consecuencias. Más específicamente, el núcleo de la doctrina conocida como «doble efecto» subraya la distinción entre las consecuencias previstas y la intención de producir un determinado resultado. Esta doctrina justifica conductas que tienen consecuencias previstas disvaliosas siempre que ellas no sean el objeto de intención del agente [4]. El argumento del doble efecto es estructuralmente similar a la imputación de dolo eventual, pero tiene consecuencias normativas diferentes. Mientras que en el caso del dolo eventual, la previsión de la consecuencia disvaliosa lleva a sostener la responsabilidad del agente, en el doble efecto es el hecho de que ellas han sido *solamente* previstas la razón para descartar o disminuir el reproche.

El objetivo principal de este trabajo es comparar las soluciones ofrecidas por las doctrinas del dolo eventual y del doble efecto para el problema de la diferencia entre resultados intentados y consecuencias previstas. En la sección II revisaré brevemente

---

[1] Mi propósito no es hacer un desarrollo exegético de las diferentes concepciones sino mostrar algunos problemas conceptuales del dolo eventual, independientemente de las concepciones que se defiendan. Por ejemplo, existen pocas dudas de que el terrorista que dispara reiteradamente desde corta distancia a un profesor universitario en su despacho tiene intención de cometer homicidio. Cualquier concepción del dolo tiene que ser compatible con la atribución de dolo en ese caso. Cuando las propuestas doctrinarias o jurisprudenciales no reconstruyen los mismos casos paradigmáticos, ellos ya no pueden ser considerados concepciones del *mismo* concepto sino lisa y llanamente diferentes conceptos (aun cuando sigan empleando la misma palabra). Acerca de la distinción entre concepto y concepciones véase: DWORKIN, 1989: *Los derechos en serio,* Barcelona: Ariel, pp. 212 y ss.; HART, 1964: *El concepto de Derecho,* 199.

[2] Una excepción a esta línea de análisis es BUSTOS RAMÍREZ, 1994: «Política Criminal y Dolo Eventual», *Revista Jurídica de Catalunya*; *Manual de Derecho Penal - Parte General*, tomo I.

[3] Esto es lo que ocurrió en primera instancia en el caso «Cabello» aunque luego la sala III de la Cámara Nacional de Casación penal revocó la sentencia y condenó a Sebastián Cabello por un delito de homicidio culposo. También Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI • 23/12/2003 • Ranno, Carlos A. • Sup. Penal 2004 (octubre), 75, Cámara en lo Criminal Nro. 1 de Trelew • 06/03/2002 • Wenner, Francisco A. • *La Ley,* 2002-B, 547 - DJ 2002-1, 916; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV • 27/09/1999 • Cañete, Sergio. • *La Ley,* 1999-F, 377 - DJ 2000-1, 669

[4] Conceptos como objeto de intención, resultados, consecuencias, se utilizan bajo la reconstrucción de la acción de VON WRIGHT. Véase VON WRIGHT, 1979: *Norma y acción —Una investigación lógica—,* Madrid: Tecnos, 1979. VON WRIGHT, 1979: *Explicación y Comprensión*, Madrid: Alianza Universidad; VON WRIGHT: «On the logic of norm and action», en *Practical Reason,* New York, Cornell University Press.; GONZÁLEZ LAGIER, 1995: *Acción y norma en G. H von Wright,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

los rasgos paradigmáticos del dolo eventual, a la luz de las tesis defendidas por ROXIN y JAKOBS. En la sección III presentaré de manera general a la doctrina del doble efecto. En la sección IV, analizaré las dos objeciones básicas que se han dirigido contra esta doctrina (*i.e.,* por una parte, la imposibilidad de distinguir entre resultados intentados y consecuencias previstas y, por otra parte, la irrelevancia moral de esa distinción) y, en la sección V, argumentaré a favor de una respuesta razonable a esas críticas.

La conclusión de este ensayo es que, si la doctrina del doble efecto es aceptable, entonces hay buenas razones para atribuir diferente responsabilidad en casos de dolo directo y dolo eventual. Si por el contrario, la doctrina del doble efecto es rechazada, ya sea por la imposibilidad de realizar la distinción entre resultado y consecuencias o por la irrelevancia de la distinción, el dolo eventual se solaparía con la imprudencia con representación del resultado (*i.e.* culpa consciente).

II. SOBRE EL CONCEPTO DE DOLO EVENTUAL

En el lenguaje ordinario, la ausencia de intención constituye una *excusa*, es decir tiene por función disminuir el reproche. Por supuesto, existen razones para reprochar jurídica y moralmente a un sujeto por las consecuencias disvaliosas de su conducta, con independencia de que ellas sean intencionales[5]. En ello radica, precisamente, la responsabilidad por imprudencia, pero el reproche es siempre disminuido con relación a las formas directamente intencionales. Sin embargo, las doctrinas del dolo eventual van más allá del reproche por imprudencia, y pretenden dar al dolo eventual la misma respuesta que se atribuye al dolo directo. En este sentido, DÍAZ PITA señala:

> El punto de partida, en el que existe unanimidad doctrinal, es el hecho de que las conductas realizadas con dolo eventual merecen la misma pena que las conductas directamente dolosas[6].

Un desafío particularmente complejo para las doctrinas del dolo eventual surge de los problemas generados por la imprudencia con representación del resultado. Por ejemplo, al analizar la responsabilidad de los propietarios de una embarcación de turismo que salen a navegar por un lago en condiciones meteorológicas inadecuadas, la Cámara en lo Criminal 2.ª (Córdoba-Argentina) sostuvo:

> ... el cúmulo de reproches que puedan merecer los imputados (no haber efectuado la inspección, anomalía consistente en falta de estanqueidad de la cubierta de proa, las condiciones meteorológicas adversas, la impericia de los mismos, etc.), por más graves que sean, no permiten sostener como probable que reúnan las características que doctrinaria y jurisprudencialmente se consideran necesarias para la configuración del dolo eventual. Por el contrario, ello parece indicar que en todo caso hubo de parte de los encartados un obrar negligente, imprudente y de falta de pericia en la labor desarrollada, puesto que estaban obligados a observar los deberes del debido cuidado y prevención para con las personas que

[5] Muchos autores sostienen que el dolo no se identifica completamente con la intención. Al respecto, véase, MIR PUIG, 1998: *Derecho Penal —Parte General—,* Barcelona, p. 241; JESCHECK, 1993: *Tratado de Derecho Penal,* Granada: Comares, p. 267; ROXIN, 1997: *Derecho Penal —Parte General—,* Madrid: Civitas, p. 417; SANCINETTI, 1996: *Subjetivismo e imputación objetiva,* Universidad Externado de Colombia, p. 66; LOURENZO COPELLO, 1999: *Dolo y Conocimiento,* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 204.

[6] DÍAZ PITA, 1994: *El dolo eventual,* Valencia: Tirant Monografías, p. 42.

transportaban y hacerlo a su vez con la debida eficiencia, lo que requiere adecuado aprendizaje y capacitación; y aunque tales aspectos lleguen a ser valorados en alto grado de reprochabilidad, no trascienden a nuestro entender la esfera de la culpa. Podrá estimarse que los imputados tuvieron, por las características antes señaladas, la representación de la producción de un resultado como el acaecido en el caso que nos ocupa, lo que sería constitutivo de la llamada culpa consciente o con representación, esto es su máxima expresión[7].

En casos de culpa consciente, al igual que ocurre en el dolo eventual, el agente comprende que su acción puede dar lugar a consecuencias perjudiciales. Por esta razón, WELZEL señala: «delimitar el dolo eventual de la culpa (consciente) es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal»[8].

En dogmática penal contemporánea hay innumerables intentos de establecer un criterio de demarcación entre dolo eventual y culpa consciente, que, al mismo tiempo, no implique concebir al reproche por las consecuencias probables como una alternativa a la responsabilidad por dolo, es decir una suerte de responsabilidad penal objetiva[9]. En otras palabras, el desafío es mostrar que el dolo eventual es una forma genuina de dolo y, al mismo tiempo, proporcionar un criterio para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente.

Dos concepciones han sido predominantes y se distinguen fundamentalmente por el papel que le atribuyen a los aspectos volitivos en la calificación dolosa. Por razones de simplicidad, denominaré a esas doctrinas como concepción cognitiva y concepción volitiva del dolo. Mi propósito no es ofrecer aquí un análisis exhaustivo de estas posiciones, sino únicamente reflejar sus características principales. De todos modos, cuando sea preciso fijar una referencia específica a estas propuestas, tendré en cuenta a las teorías de Günther JAKOBS y Claus ROXIN. Mientras que JAKOBS parece prescindir del elemento volitivo, definiendo el dolo eventual en función del conocimiento del agente de las circunstancias específicas en que se realiza el delito, ROXIN enfatiza que la intención dolosa del autor se manifiesta en la realización de un determinado plan delictivo. Los desarrollos de la dogmática y la jurisprudencia en lengua castellana han reflejado, con mayor o menor originalidad, esas posiciones elaboradas por los dos maestros alemanes y sus discípulos. Por esta razón, en esta sección recordaré de manera breve sus principales ideas.

a) La concepción cognitiva del dolo

Un rasgo característico de esta doctrina es que fusiona el elemento volitivo de la acción en sus componentes epistémicos, y ello parece descartar que la voluntad tenga un papel relevante[10]. Una defensa paradigmática de este enfoque se encuentra en la obra de JAKOBS. Según DÍAZ PITA, desde sus primeros trabajos JAKOBS,

---

[7] Cámara en lo Criminal 2.ª (Córdoba-Argentina). En auto interlocutorio 4/03/2004.

[8] WELZEL, 1993: *Derecho penal alemán,* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 85.

[9] NINO, 1980: *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires: Astrea, p. 132.

[10] JAKOBS, 1997: *Derecho Penal —Parte General—. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, p. 316.

> ...se inclina por el rechazo de un elemento volitivo como integrante de la definición de dolo, propugnando la suficiencia del elemento cognitivo o intelectual del mismo. Este elemento cognitivo no consiste exclusivamente en la percepción intelectual del riesgo sino en un juicio que el sujeto realiza sobre la peligrosidad de la situación con la ayuda de las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico [11].

La distinción entre consecuencias primarias y secundarias es una de las claves que proporciona JAKOBS para su análisis del dolo en general y del dolo eventual en particular. El primer tipo de consecuencia es el objeto de intención; aquello que nos permite identificar la razón principal por la que el agente desarrolla un cierto comportamiento. Por el contrario, las consecuencias secundarias de la conducta son eventos que pueden ser previstos por el sujeto, pero que no constituyen su razón para la acción, es decir su realización no es «el motivo del actuar» [12]. En este enfoque no existen mayores razones para distinguir entre distintas modalidades dolosas ya que no hay diferencia entre (i) el conocimiento del resultado y (ii) el conocimiento de las consecuencias que éste genera [13]. Para JAKOBS, el dolo eventual se caracteriza a partir de los siguientes rasgos:

i) *Deber de evitar el resultado*. La atribución de responsabilidad presupone un cierto dominio por parte del agente de los eventos que produce. La facilidad o dificultad para evitar el resultado está directamente relacionada con la exactitud con que el sujeto aprecia la situación. Es decir, si conoce la conexión entre la acción y las consecuencias, su responsabilidad de evitar el resultado es mayor que cuando esas consecuencias le son desconocidas[14].

ii) *Tipo de conocimiento. El juicio válido.* Para JAKOBS, es fundamental el conocimiento de que no es improbable la realización del tipo [15]. En otras palabras, es importante que el agente sepa que su acción probablemente ocasionará un daño. Pero este juicio válido es algo más que el pensar en la posibilidad de que el resultado se produzca, y debe incluir la probabilidad del daño en la configuración que éste tiene de la situación [16]. Dice:

> *Concurrirá, pues, dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción* [17]. (En cursiva en el original)

Por consiguiente, un conocimiento genérico sobre las relaciones causales todavía es compatible con la culpa consciente. Por ejemplo, aunque todos sabemos que el manejo de armas puede ocasionar daños a terceros, ello no constituye un fundamento suficiente para atribuir dolo eventual. El agente tiene que haber reflexionado específicamente acerca de las consecuencias cuando decide ejecutar la acción [18].

---

[11] DÍAZ PITA, 1994: 237.

[12] JAKOBS, 1997a: p. 315.

[13] Según JAKOBS: «Dentro del dolo no existe ninguna graduación, en el sentido de que al ocasionar una consecuencia principal corresponda una culpabilidad mas grave *ceteris paribus* que al ocasionar una consecuencias secundaria...». JAKOBS, 1997a: 316.

[14] JAKOBS, 1997a: 326.

[15] JAKOBS, 1997a: 327.

[16] DÍAZ PITA, 1994: 243.

[17] JAKOBS, 1997a: 327.

[18] Sin embargo, este enfoque parece contradecir la afirmación que JAKOBS realiza refiriéndose al dolo en general y la intensidad del conocimiento cuando dice: «En el ámbito restante del conocimiento actual está fuera de discusión que no es necesario haber reflexionado sobre las consecuencias». JAKOBS, 1997a: 317.

iii) *Los límites de la probabilidad.* JAKOBS intenta establecer cuál es el grado de probabilidad que, como mínimo, debe representarse el sujeto al momento de realizar su *juicio válido*. Este límite se determina por la relevancia del riesgo percibido por el agente al realizar la acción. A su vez, el criterio para determinar la relevancia del riesgo estriba en dos factores: En primer lugar, la importancia que el ordenamiento jurídico atribuye al bien afectado y, en segundo lugar, la valoración que el ordenamiento jurídico hace del riesgo creado por el sujeto[19]. JAKOBS realiza una restricción a estos criterios dado que existe una cantidad importante de riesgos no permitidos por el Derecho que abarcan situaciones en las que el peligro se encuentra en la repetición masiva de esos fenómenos e.g. tráfico de automóviles, y no se perciben como individualmente dañinas. Esto es el llamado *riesgo habitual*. De todos modos, esta habitualidad al riesgo puede eliminar la imputación de la conducta a título de dolo sólo cuando se presenta como referida al propio sujeto y a conductas que son ineludibles en la práctica[20].

JAKOBS muestra que el dolo eventual es una forma genuina de dolo, aunque para ello tiene que revisar la noción intuitiva de dolo que vinculaba este aspecto de la conducta a los elementos volitivos de la acción de un cierto agente. Sin embargo, todavía queda abierta la cuestión del límite que distingue al dolo de la imprudencia[21]. Si hay una distinción cualitativa entre dolo e imprudencia, entonces, la culpa consciente no puede definirse mediante las propiedades que caracterizan al dolo. En otras palabras: si la propiedad definitoria del dolo es el «conocimiento de la acción junto con sus consecuencias»[22], se sigue que en la culpa consciente el agente no posee ese conocimiento. La respuesta de JAKOBS es que la decisión de lo que cuenta como dolo o imprudencia debe adoptarse atendiendo al «fin de la separación» entre ambos fenómenos[23]. Una de estas razones es que los hechos imprudentes representan un desafío menor a la norma jurídica que los hechos dolosos en virtud de que la imprudencia revela la incompetencia del agente para llevar adelante sus propios asuntos.

Con independencia de los méritos y defectos específicos de la propuesta de JAKOBS es conveniente resumir el aspecto central de la concepción cognitiva del dolo: la exclusiva relevancia de los aspectos epistémicos. Pero, ¿es plausible sostener que el dolo ha de ser definido como conocer la realización de un tipo penal?[24]. Entre otros prestigiosos autores, Ramon RAGUÉS responde de manera afirmativa:

> ... hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento[25].

---

[19] JAKOBS, 1997a: 333.

[20] JAKOBS, 1997a: 335.

[21] JAKOBS, 1997B: «El principio de culpabilidad», en *Estudios de Derecho Penal,* Madrid: Civitas UAM ediciones, p. 387.

[22] JAKOBS, 1997a: 316

[23] JAKOBS, 1997a: 325.

[24] SILVA SÁNCHEZ, 1996: «Sobre los movimientos «impulsivos» y el concepto jurídico-penal de acción (1)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Madrid, p. 19; SILVA SÁNCHEZ, 1992: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Barcelona: Bosch, p. 401. RAGUÉS, 2002: «Consideraciones sobre la prueba del dolo», *La Ley,* n.º 5633, tomo 7, p. 1891

[25] RAGUÉS, 1891. Para una exposición extendida de sus ideas véase: RAGUÉS, 2002: *El dolo y su prueba en el proceso penal,* Barcelona, Bosch, 1999.

Esta respuesta afirmativa parece una exageración ya que, tomada literalmente, permite separar al dolo de la acción. Supongamos que dos médicos A y B conocen que una cierta dosis de una determinada sustancia es suficiente para producir la muerte por envenenamiento, pero que A utiliza su conocimiento para salvar la vida de un individuo que B ha intentado envenenar. En tanto que conocimiento de la conexión entre muerte y envenenamiento no hay diferencias relevantes en el equipamiento epistémico de A y B. La diferencia radica, más bien, en lo que ambos han intentado hacer. Sin acciones por parte del sujeto, su conocimiento de la realización del tipo es irrelevante para atribuir intencionalidad y, a su vez, las acciones requieren un componente volitivo que genere o inicie la conducta[26].

Es probable que la insistencia en la exclusividad de los aspectos epistémicos del dolo sea consecuencia no tanto de la irrelevancia de la voluntad sino del hecho de que esa voluntad ya se encuentra presupuesta en el análisis. Así, la pregunta por si un cierto delito ha sido realizado de manera dolosa o imprudente presupone que la conducta del agente fue intencional. Al haberse presupuesto la naturaleza intencional del comportamiento, es tentador pensar que lo único que resta para determinar si hubo dolo es aquello que el agente conocía acerca del contexto de su conducta. Pero, el conocimiento no marca diferencias específicas en ausencia de una acción. Un agente que no actúa en un momento T puede conocer exactamente lo mismo que cuando decide ejecutar una acción en T1. En este sentido, el conocimiento *no* es dolo. Al menos, no tiene mayor sentido señalar, en ausencia de una conducta específica, que tenemos dolo de ejecutar todos aquellos eventos que conocemos que se encuentran típicamente reprochados. Más aún, el conocimiento es completamente inerte para producir una acción en ausencia de otras intenciones específicas. Un agente que sabe que matar a otro constituye homicidio puede abstenerse de esa acción precisamente porque no quiere infringir la norma, mientras que a otro agente que conoce exactamente lo mismo, esa información le puede dejar indiferente. Sin elementos volitivos no hay acción alguna y, por consiguiente, carece de relevancia la discusión sobre el dolo[27].

b) La concepción volitiva del dolo

Los elementos volitivos no pueden estar ausentes en la reconstrucción del dolo, a menos que esta reconstrucción pretenda explicar de manera novedosa el modo en que actúan los agentes[28]. Por ello, frente a los enfoques cognitivos del dolo, ROXIN advierte que «los empeños en suprimir totalmente el elemento volitivo-emocional están condenados al fracaso»[29]. Recordemos que una concepción adecuada del dolo debe dar cuenta de dos cosas. La primera es de la diferencia entre los delitos dolosos y los imprudentes. En segundo lugar, una concepción del dolo eventual debe mostrar de qué forma las conductas que imputamos a titulo de dolo eventual son genuinamente dolo-

---

[26] VON WRIGHT, 1979: 49.

[27] ROSS, 1970:, *Sobre el Derecho y la justicia,* Buenos Aires: Eudeba, p. 290.

[28] El modelo paradigmático de acción humana se remonta a los trabajos de HUME en los que se insiste sobre la naturaleza compleja de la motivación en términos de un complejo epistémico-volitivo. SMITH: *The humean theory of motivation, Mind,* Oxford University Press, vol. 96, n.º 381, January 1987, pp. 36-61.

[29] ROXIN, 1997: 446.

sas, i.e., cuál es la razón que justifica la imputación como intencional de los comportamientos que caen bajo esta forma de dolo. Con relación a este último punto, ROXIN sostiene que la razón que justifica el tratamiento unitario de las tres formas de dolo es la *realización del plan.* Es decir, un resultado se considera producido con dolo cuando se corresponde con el plan que el autor tenía[30]. Y dice:

> Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, *se ha decidido* conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo[31]. (cursivas añadidas)

Una vez establecida que la distinción entre dolo e imprudencia se realiza en función de si el agente actuó o no conforme a su plan, ROXIN afirma que hay dolo eventual cuando: (i) el sujeto *cuenta seriamente con* la posibilidad de la realización del tipo, (ii) actúa para alcanzar el fin perseguido, (iii) *se resigna* (aunque sienta remordimiento) o *se conforma con* la eventual realización del delito[32].

La *decisión por la posible lesión* de bienes jurídicos es lo que diferencia al dolo eventual de la imprudencia consciente y justifica un reproche más severo. Sin embargo, para ROXIN este concepto de *decisión por la posible lesión* o *el tomarse en serio* el riesgo, no debe valorarse de acuerdo a parámetros puramente psicológicos sino normativos. De esta manera, quien es indiferente frente a la producción de un resultado típico ya ha tomado una decisión contra la lesión del bien jurídico[33]. *Tomarse en serio* la posibilidad de resultado dañoso, significa que el sujeto debe adoptar una posición respecto del resultado típico y decidir si asume el riesgo de su producción en base a un objetivo más importante para él, o si por el contrario renuncia a la acción planteada.

> Se dará, por tanto, dolo eventual, cuando el sujeto, a pesar de la posibilidad de que el resultado lesivo se produzca, toma en serio dicho riesgo, en el sentido de que lo asume, y sigue actuando para conseguir su objetivo[34].

En síntesis, las líneas básicas a partir de las cuales ha de delimitarse el dolo eventual de la imprudencia consciente son dos. En primer lugar, la interpretación del dolo como la realización del plan del sujeto y en segundo lugar, la verificación de que el sujeto se decidió en contra del bien jurídico protegido frente a un determinado tipo penal[35]. Por ejemplo, un criterio es la adopción por parte del agente de alguna medida para evitar el resultado. Así, si el sujeto no realiza ninguna actividad dirigida a evitar el resultado y es consciente de que éste resultado posiblemente se materializará, su acción es dolosa[36].

Por la relevancia que tiene para ROXIN el concepto de *decisión por la lesión del bien jurídico* es importante detenerse un momento sobre este concepto. En lenguaje ordinario quien toma una decisión, actúa intencionalmente. Incluso podría afirmarse que quien decide un curso de acción normalmente también *delibera* acerca de su acción. De este

---

[30] ROXIN, 1997: 416
[31] ROXIN, 1997: 425
[32] ROXIN, 1997: 427
[33] ROXI, 1997: 429.
[34] DÍAZ PITA, M., 1994: 189.
[35] DÍAZ PITA, 1994: 187.
[36] DÍAZ PITA, 1994: 188.

modo, el concepto de decisión parece suficiente para explicar la acción (*i.e.* lo que pone en movimiento al agente). Sin embargo, en los casos paradigmáticos de dolo eventual, la decisión no se toma sobre las consecuencias que se imputan sino sobre otra acción distinta que ocasiona esa consecuencia dañosa. Esto sugiere que ROXIN usa el término «decisión» (y otros conceptos semejantes que se refieren a los aspectos volitivos de la acción) en un sentido distinto al del uso común del lenguaje. En el lenguaje ordinario, la decisión y la indecisión se refieren a estados mentales específicos del agente, que desempeñan un papel fundamental en el razonamiento práctico que guía la acción. En este sentido, cuando un agente decide ejecutar una acción clausura el balance de razones relevantes para su plan de conducta y, si dispone de medios necesarios, se embarca en este curso de conducta. A la luz de lo que el agente cree y de las decisiones que ha adoptado, su acción se torna inevitable. Por el contrario, en la reconstrucción de ROXIN (y de otros autores que siguen esa línea de análisis), la decisión del agente se presupone a la luz de criterios objetivos. Estos parámetros pueden coincidir o no con aquello que el agente de hecho quiere hacer y ha decidido ejecutar. La función principal de esos criterios objetivos es proyectar una apariencia de intencionalidad a los casos que se reprochan a título de dolo eventual. Por esa razón, en esta línea de análisis normalmente se concluye que el concepto de decisión *debe* valorarse conforme a parámetros normativos. Estos criterios normativos son útiles para dar cuenta de situaciones normales y proporciona una suerte de reglas de la experiencia para atribuir a los sujetos determinado estado mental. Pero, más allá de su utilidad genérica, ellos no describen un fenómeno volitivo ni se conectan de manera necesaria con la acción específica de ningún individuo. Por consiguiente, la propuesta de ROXIN, al igual que otras versiones de la concepción volitiva[37], reintroduce, bajo una terminología diferente, el problema del desafío al modo en que damos cuenta de la acción humana.

c) Un balance provisorio

Las doctrinas del dolo eventual se basan en dos ideas claves. Por una parte, que no se puede reprochar al dolo y la imprudencia de igual manera y, por otra parte, que el dolo eventual y el dolo directo merecen el mismo reproche. Por ello, una teoría del dolo eventual tiene que explicar dos cosas: (i) la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente, y (ii) la naturaleza genuinamente dolosa del dolo eventual.

i) Dolo eventual y culpa consciente

En general, las concepciones epistémicas y volitivas del dolo trazan la distinción entre dolo eventual y culpa consciente subrayando el peligro que el propio agente enfrenta con su acción (autopuesta en peligro). Así, para ROXIN, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de ocasionar el resultado y no se la toma en serio. En este caso, el agente confía en que no se producirá el resultado típico[38]. Por ejemplo, un automovilista que sigue conduciendo a pesar de que siente fatiga y advierte que el sueño lo va dominan-

[37] Para una crítica general del dolo y su relación con el consentimiento de los agentes, véase por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, 1990: «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Tecnos.

[38] ROXIN, 1997: 427

do. En estas condiciones y a consecuencia de su somnolencia invade el sentido contrario de circulación e impacta contra otro automóvil provocando un accidente mortal[39].

De manera similar, para JAKOBS, la mayor gravedad de la sanción de los delitos dolosos frente a los delitos imprudentes radica en que, en los hechos imprudentes, el autor también se pone en riesgo a sí mismo.

> En la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado... está gravada con una *poena naturalis,* y este riesgo de auto-daño disminuye la importancia del autor imprudente frente al doloso[40].

Esta manera de trazar la distinción entre dolo y culpa ha ejercido una considerable influencia en la jurisprudencia. Consideremos, por ejemplo, el caso de unos amigos que van en automóvil en una autopista a 140 kmts. por hora aproximadamente. En un cierto momento, se produce una discusión y una de las mujeres, Yolanda, que está en los asientos traseros grita: «ahora vais a morir todos». Se incorpora y gira el volante logrando que el conductor pierda el control del vehículo y se estrelle. Con estos datos, el fiscal solicita la condena de esa mujer por tentativa de homicidio. Sin embargo, el tribunal, Audiencia Provincial de Barcelona, al resolver el recurso de apelación 105/2005 del 10 de noviembre del 2005, señaló que

> ... no consta acreditado que el volantazo efectuado por Yolanda estuviera presidido por el dolo de matar, ni siquiera por dolo eventual, sino por la culpa consciente... Si bien es cierto que profirió la frase «ahora vais a morir todos» realmente no se infiere que se planteará tal resultado, ni siquiera como posible, pues en esta frase no evaluó el hecho de que ella misma pudiese haber perecido en la maniobra.

Esta distinción entre dolo y culpa parece atractiva en aquellas situaciones en las que el agente *también* se enfrenta al riesgo del resultado típico. Sin embargo, esta manera de distinguir entre ambos fenómenos todavía deja indeterminado un aspecto importante de nuestra reconstrucción ya que no nos dice de qué manera hay que entender a la relación entre dolo, culpa y auto-puesta en peligro. Podría señalarse que esta participación del agente en el riesgo es un *síntoma* que normalmente acompaña a la culpa consciente. Sin embargo, esta conexión entre imprudencia y pena natural no puede servir como *criterio* concluyente para distinguir entre hechos dolosos y culposos[41]. Supongamos que un terrorista suicida detona una bomba provocando la muerte de varias personas y, por circunstancias fortuitas, sobrevive. Si se aceptase que la auto-puesta en peligro es el *criterio* para atribuir responsabilidad a título de imprudencia, entonces, el reproche a este terrorista sería por homicidio imprudente[42].

ii) La naturaleza genuinamente dolosa del dolo eventual

La concepción cognitiva, para mostrar que el dolo eventual es genuinamente «dolo», se aparta del uso común de este término y excluye la relevancia de los aspectos voliti-

---

[39] Sentencia del Tribunal Supremo Español. Recurso de Casación núm. 2799/1999.

[40] JAKOBS, 1997a: 313.

[41] Acerca de la distinción entre síntoma y criterio, véase, VON WRIGHT, 1963: *The Varieties of Goodness*, Londres: Routledge & Kegan Paul, p. 37

[42] Aunque JAKOBS menciona la auto-puesta en peligro como un factor relevante, también advierte que ese criterio no resulta concluyente.

vos. A su vez, la concepción volitiva se aparta del uso común de términos como «intención», «decisión», «voluntad», etc., y limita arbitrariamente la referencia psicológica que los acompaña en el lenguaje ordinario. En ambos casos, estas doctrinas pierden la conexión entre conducta e intención que caracteriza a la explicación de la acción. En este sentido, y con independencia de la diferencia entre dolo y culpa, la concepción cognitiva y volitiva del dolo conllevan un desafío a nuestra teoría clásica de la acción, que desde HUME hasta ahora, ha sido analizada como un complejo epistémico-volitivo. En la medida en que nuestros conceptos de responsabilidad se conectan con la noción de *agente* (*i.e.* de un individuo que *hace* cosas), el desafío a la concepción humeana de la acción abre el camino para ampliar los horizontes de la responsabilidad objetiva. En este sentido, al señalar la diferencia entre la obligación moral y jurídica, HART señala que,

> … el sistema jurídico puede imponer, para ciertos tipos de transgresiones, una «responsabilidad objetiva» y hacer que la responsabilidad sea completamente independiente de la *mens rea*, excepto quizás en lo relativo a la exigencia mínima de que el acusado posea control muscular[43].

III. UNA ESTRATEGIA DE SOLUCIÓN: LA DOCTRINA DEL DOBLE EFECTO

Hay una diferencia fundamental entre hacer algo intencionalmente y dar lugar a algo como consecuencia previsible de nuestras acciones. De manera intuitiva podemos capturar esa diferencia mediante una comparación entre las siguientes situaciones:

a) Una pareja de sordos decide tener un hijo. El médico les advierte del carácter hereditario de su sordera y subraya que esa discapacidad será probablemente transmitida al hijo.

b) Una pareja de sordos no pueden tener hijos y deciden intentar lograr un embarazo mediante una inseminación artificial. Conociendo los rasgos hereditarios de ciertos tipos de sordera, solicitan al médico que supervisa el tratamiento que la inseminación sea con esperma de una persona sorda a los efectos de incrementar al máximo las probabilidades de que el hijo nazca con la misma discapacidad que sus padres[44].

En el primer caso es posible que tengamos dudas acerca de si es moralmente admisible que una pareja complete el deseo de tener un hijo cuando conocen que probablemente heredará su discapacidad. Estas dudas pueden ser más o menos acuciantes, pero no nos parece insensata una respuesta a favor de los padres. Aun cuando las consecuencias previsibles de sus acciones sean dañinas para un tercero, todavía podrían darse argumentos a favor de su decisión. Sin embargo, en el segundo caso, las intuiciones morales parecen inclinar la balanza en contra de la decisión de la pareja. Tal vez un juicio moral esclarecido muestre que las dos situaciones son idénticas, pero en el segundo ejemplo hay un dato intuitivo que nos inclina hacia el reproche. Una explicación de nuestras diferentes actitudes ante estos dos ejemplos radica precisamente en la naturaleza *intencional* de las acciones ejecutadas por ambas parejas. Así, aunque en ambos ca-

[43] HART, 1964: 221.

[44] Un análisis completo de estos ejemplos tiene que incluir al hecho de que muchas personas sordas no se consideran discapacitadas sino más bien se ven como miembros de una clase especial.

sos las consecuencias serán idénticas parece (más) reprochable provocar directamente un daño que dar lugar al mismo daño sin haberlo intentado directamente[45].

La doctrina del doble efecto pretende identificar y dar razones a favor de ese principio moral. Su objetivo central es explotar la diferencia entre provocar intencionalmente un daño y dar lugar a un daño mediante la ocurrencia prevista, pero no querida, por el agente. Actualmente esta teoría es defendida por autores como Thomas NAGEL que dice:

> Creo que el principio tradicional del doble efecto, a pesar de sus problemas de aplicación, nos provee de una guía aproximada acerca de la extensión y caracterización de los limites deontológicos, e incluso luego de los volúmenes que han sido escritos sobre este tema en los últimos años, este sigue siendo el punto correcto de convergencia para los esfuerzos de capturar nuestras intuiciones[46].

En general, el primer requisito que se exige a las acciones que se pretenden evaluar mediante la aplicación de la doctrina del doble efecto es que el acto en sí mismo sea bueno o, al menos, indiferente moralmente. A primera vista, este requisito de bondad o indiferencia podría parecer incompatible con los requisitos que definen al dolo eventual ya que es tentador pensar que en estos casos las acciones quedan teñidas por la ilegalidad del resultado disvalioso. Sin embargo, como señala SOLER, «los casos más típicos de dolo eventual… son precisamente aquellos en los que la acción del autor se movía no ya dentro de la esfera ilícita, sino en la posibilidad de delinquir o de no delinquir»[47]. Y, a manera de ejemplo, este autor añade:

> Supongamos el caso de un corredor de automóviles que apuesta diez mil pesos en una carrera no oficial. Ya cerca de la meta, con una pequeña ventaja sobre su competidor, se encuentra con el obstáculo de una persona, y se halla ante la disyuntiva de perder la carrera y el dinero, si frena su maquina, o la probabilidad de herir al transeúnte. Si no frena no puede afirmarse que las lesiones causadas hayan sido *intencionalmente* producidas, pues la intención se dirigía a ganar la apuesta —evento lícito— pero, para lograrlo, fue necesario asentir en afrontar un *riesgo* de delinquir[48].

Otras condiciones relevantes para la aplicación de la doctrina del doble efecto son los siguientes rasgos:

— El acto intentado genera consecuencias disvaliosas (efecto colateral).

— El agente prevé que el acto intentando dará lugar a un efecto secundario perjudicial.

— El agente no intenta o pretende el efecto colateral dañino ni como fin ni como medio para la realización de su fin[49].

---

[45] WOODWARD, 2001: *The Doctrine of Double Effect - Philosophers Debate a Controversial Moral Principle*, Indiana: Notre Dame Press, p. 2.

[46] NAGEL, 1980: «The Limits of Objectivity», en MURRIN (ed), *The Tanner Lectures on Human Values,* vol. 1, Cambridge: Cambridge University Press, p. 129.

[47] SOLER, 1956: *Derecho Penal Argentino,* tomo II, Buenos Aires: Tipográfica Argentina, p. 133.

[48] SOLER, 1956: 133.

[49] Un requisito que no es común a todos los autores, pero que aparece con cierta frecuencia es: *e)* El buen efecto debe ser lo suficientemente bueno como para compensar el mal efecto. De igual manera, hay autores que señalan la conveniencia de introducir diferentes tipos de «side-effects» en el análisis y, a partir de allí, reconstruir DDE en términos de *triple* efecto. Al respecto, véase, KAMM: «Nonconsequentialism», en LAFOLLETE, ed., 2000: *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, Oxford: Blackwell, pp. 211-213.

En la filosofía moral contemporánea, el interés por la doctrina (en adelante, DDE) fue reavivado por una serie de trabajos de Philippa FOOT[50], y su importancia se muestra en el amplio arco de temas a las que actualmente se aplica, e.g. terrorismo, bioética, etc.[51]. El atractivo principal de la doctrina es que insiste en la posibilidad y relevancia de la distinción entre los resultados que el agente intenta conseguir (*intención directa*) y las consecuencias previstas de esa acción (*intención oblicua*). De esta manera, DDE permite dar cuenta de situaciones excepcionales sin poner en crisis el carácter absoluto de las reglas morales[52], por ejemplo, casos de agresión ilegitima y defensa necesaria que resultan en la muerte del agresor[53]. La naturaleza disvaliosa de las consecuencias previstas no es suficiente para calificar a esa acción como pretendida y su status moral dependerá de aquello que el agente intentó hacer.

A pesar de su atractivo para explicar ciertas intuiciones morales, DDE es criticada por dos motivos principales[54]. Por una parte, se afirma que la distinción entre resultado intentado y consecuencia prevista carece de sentido por razones conceptuales y, por otra parte, también se sostiene que aun cuando esa distinción fuese conceptualmente viable, ella es moralmente irrelevante. Estas críticas se pueden presentar esquemáticamente de la siguiente manera.

a) La tesis de la imposibilidad

Dado que las acciones pueden ser descriptas mediante una serie potencialmente infinita de predicados[55], parece imposible encontrar algo así como la «verdadera» des-

---

[50] FOOT, 1994: «El problema del aborto y la doctrina del doble efecto», en *Las virtudes y los vicios*, Universidad Nacional Autónoma de México. En un trabajo anterior FOOT defendió la doctrina del doble efecto pero posteriormente se retractó. Al respecto, véase: FOOT, 1985: «Morality, Action, and Outcome», en *Morality and Objetctivity*: A Tribute to J. L. Mackie, London and Boston, Routledge and Kegan Paul. Reimpreso en WOODWARD, 2009: *The Doctrine of Double Effect - Philosophers Debate a Controversial Moral Principle*, Notre Dame Press. En resumen, el enfoque de Philippa FOOT rescata un ámbito genuino, aunque residual, para DDE. Su trabajo muestra que la discusión sobre las intenciones y las consecuencias ha resultado en gran medida viciada por la confusión con las distinciones entre hacer y omitir, deberes negativos y positivos; e intención directa y oblicua. El atractivo genuino de DDE sólo puede apreciarse cuando se disminuye el marco en el cual es útil distinguir entre la intención de realizar algo y el conocimiento de las consecuencias dañinas de su acción. Al respecto, véase, FOOT, 1994: 46.

[51] Acerca del empleo de DDE, véase por ejemplo: ANSCOMBE, «War and Murder», en WOODWARD, 1994: 247-260; WALZER, «Double Effect», en WOODWARD, 2001: 261-269; MARTÍN, «Suicide and Self-Sacrifice», en WOODWARD, 2001: 270-288; DUNDON: «Nuclear Power, Challengin Non-Utilitarian Ethics», en WOODWARD, 2001: 289-297.

[52] FARRELL MARTÍN, 1980: *Descripción de acciones y teoría del doble efecto,* Derecho, Moral y Política, Buenos Aires, Editorial Belgrano, p. 86.

[53] Tomas DE AQUINO, *Suma de Teología,* Parte II-II, Cuestión 64, artículo 7; BECKER (ed.), 1992: *Double-Effect,* Encyclopedia of ETHICS, vol. I, A-K, New York & London, Garland Publishing Inc., p. 268.

[54] Otras críticas surgen porque esta teoría asume que la corrección o incorrección de una conducta no tiene que ver sólo con el comportamiento externo (resultado y consecuencias) sino que además mantiene la idea de *intención* como parte esencial del concepto de acción. Para quienes desconfían de la posibilidad o utilidad de incluir estos estados mentales en el análisis de los problemas de responsabilidad, DDE no constituye una manera plausible de abordar esos problemas. Así, el conductismo y el consecuencialismo son enfoques que pueden suscribir este tipo de críticas. No abordaré aquí una defensa de la intencionalidad de las conductas y su valor para dar cuenta de la atribución de responsabilidad. BOYLE JOSEPH, M. Jr., *Toward Understanding the Principle of Double Effect, op. cit.,* p. 13.

[55] VON WRIGHT: *On the Logic of Norms and Actions, op. cit.,* p. 113.

cripción de un cierto fenómeno. En el caso de las acciones humanas, este refinamiento se plasma en la «contracción» o la «expansión» de las posibles descripciones de una acción[56]. Por consiguiente, es imposible trazar una distinción conceptualmente precisa entre resultados intentados y consecuencias previstas en el nivel de la descripción de las acciones. El límite a este proceso son las acciones *básicas*, *i.e.* aquellas que no son realizadas mediante otra acción. Sin embargo, para la dogmática penal estas acciones carecen de mayor interés y sólo sirven para distinguir entre aquello que el agente hace y lo que le sucede o padece. Es decir, cuando la cadena de eventos no ha sido generada, en última instancia, por una acción del agente, no tiene sentido atribuirle responsabilidad[57].

b) La tesis de la irrelevancia

Otra importante crítica a DDE es la que niega la relevancia práctica de la diferencia entre aquello que se intenta hacer y las consecuencias previstas[58]. Esto equivale a sostener que no habría razones para atribuir distinta significación moral a una secuencia de eventos por el mero hecho de que reflejen intenciones o previsiones del agente[59]. El atractivo de esta línea de crítica es que no desafía la reconstrucción clásica de la acción y tampoco precisa negar diferencias conceptuales entre aquello que el agente intenta hacer y las consecuencias que ha previsto. La intención del agente está conceptualmente vinculada a la identificación de la acción, y el resultado de esa acción puede analizarse como el *input* de una relación causal que da lugar a diferentes consecuencias. Sin embargo, la crítica a DDE subraya que esa distinción conceptual no sirve, sin un argumento adicional, para avalar una diferencia moral[60].

En la siguiente sección señalaré qué tipo de argumentos podrían ser útiles para defender a DDE frente a estas líneas de crítica. En particular, mis conclusiones se apoyarán en la reconstrucción de DDE ofrecida por Warren QUINN, uno de los autores más influyentes en la filosofía moral contemporánea[61]. La idea central de QUINN es original

---

[56] Donald DAVIDSON proporciona el siguiente ejemplo de descripción de la acción para mostrar el «efecto acordeón»: «Digamos que un hombre mueve su dedo intencionalmente, presionando así el interruptor, y causando que se prenda la luz, que el cuarto se ilumine y que un merodeador se alerte. Este enunciado tiene las siguientes implicaciones formales: el hombre presionó el interruptor, prendió la luz, iluminó el cuarto y alertó al merodeador. Algunas de estas cosas las hizo intencionalmente, algunas otras no; fuera del movimiento del dedo, la intención no es pertinente para las inferencias, e incluso en este caso sólo se la requiere en el sentido de que el movimiento debe ser intencional bajo alguna descripción». DAVIDSON, D., 1995: *Ensayos sobre acciones y sucesos,* Barcelona: Editorial Crítica, UNAM, p. 75. En el mismo sentido ANSCOMBE, G. E. M., 1991:, *Intención,* Barcelona, Buenos Aires, México: Paidos, p. 96.

[57] DANTO ARTHUR, 1976: «Las acciones básicas», en *La filosofía de la acción,* México-Madrid-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económico, p. 67.

[58] HART, 1973: «Intention and Punishment», en *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press, pp. 113 y ss. En el mismo sentido SPECTOR, 1992: *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism,* Oxford: Clarendon, 1992.

[59] BOYLE JOSEPH, Jr.: *Toward Understanding the Principle of Double Effect, op. cit.,* p. 13.

[60] Puede encontrarse en la discusión sobre DDE distintas versiones de estas dos líneas de crítica. No es posible abordar aquí todos los enfoques que ofrecen diversos autores. Para un desarrollo extendido de la discusión contemporánea véase los trabajos incluidos en WOODWARD, 2001.

[61] Sus diversos trabajos sobre acciones, intenciones y consecuencias se consideran una importante defensa de los enfoques deontológico en filosofía moral y una de las versiones más plausibles y mejor articuladas de

y se aparta de las defensas tradicionales de DDE. Su objetivo no es tanto mostrar que los segundos efectos de nuestras elecciones pueden ser justificados sino más bien que la *estructura* de la intención marca una diferencia en la justificación de la acción[62]. A diferencia de la mayoría de expositores de esta doctrina, él afirma que la función de la doctrina del doble efecto es elevar barreras morales. No se debe esperar que alguien que apoya la doctrina del doble efecto sea más tolerante con quienes actúan con intención oblicua, sino que será menos tolerante frente a quienes actúan con intención directa[63].

IV. ACCIONES ESTRATÉGICAS Y AUTONOMÍA INDIVIDUAL

El argumento central de QUINN puede dividirse en dos partes. La primera parte está dedicada a aclarar la formulación de la doctrina para dar cuenta de los casos que intuitivamente queremos reconstruir e intenta encontrar una formulación que escape a la crítica según la cual bajo determinada interpretación cualquier resultado puede ser descrito como un caso de intención oblicua. La segunda parte apunta a mostrar cuál es la razón que justifica nuestra intuición y otorga plausibilidad a DDE.

QUINN analiza DDE a la luz de una serie de ejemplos. Su propuesta es la siguiente:

1a. *Estrategic-Bomber*. Un bombardero quiere arrojar una bomba sobre una fábrica militar, esta acción le ayudará a ganar la guerra, pero sabe que como consecuencia de la explosión morirán personas

1b. *Terror-Bomber*. Un bombardero que, para amedrentar al enemigo y ganar la guerra, mata deliberadamente al mismo número de personas que EB

2a. *Distribución de recursos*. Un médico ante escasez de medicamentos elige selectivamente a los pacientes que tienen mas probabilidades de curarse sabiendo que quien no recibe la medicina morirá.

2b. *Conejillo de India.* Ante la misma escasez de recursos, un médico decide dejar de impartir medicamentos a un grupo de individuos para así poder estudiar el desarrollo de determinada enfermedad mortal.

3a. *Craneotomía*.

3b. *Histerectomía*[64].

La plausibilidad de DDE depende de su respuesta al criterio para distinguir entre resultados y consecuencias. Con relación a este tema, la crítica señala que, dado que varias cosas pueden ser intentadas bajo la misma conducta, la fuerza de la doctrina depende de cómo se describe la acción. En particular, si DDE identifica aquello que un

---

DDE. En particular, cabe destacar a: QUINN, 1993: *Morality and Action*, Cambridge, Cambridge University Press y «Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Double Effect», WOODWARD, 2001: 23 y ss. Véase también FISCHER MARTÍN, RAVIZZA, y COPP:, «Quinn on Double Effect: The Problem of "Closeness"», en *Ethics,* 103, July 1993, pp. 707-725.

[62] QUINN, 2001: 23 y ss. También en *Philosophy and Public Affairs,* Princeton University Press, 1989, vol. 18, n.º 4, pp. 334-351.

[63] QUINN, 2001: 33.

[64] QUINN deja fuera del análisis los casos de administración de la droga para aliviar el dolor del paciente cuya consecuencia es la muerte del mismo, y el de administrar una droga para matarlo y así acabar con el dolor, porque aquí hay un dato que no se presenta en el resto de casos que es el del consentimiento de la otra persona. QUINN, 2001: 24-25.

agente intenta hacer con resultados o consecuencias que surgen inmediata e invariablemente luego de lo que el agente hace (criterio de proximidad), se torna imposible distinguir entre algunos casos intuitivamente relevantes tales como la histerectomía y la craneotomía[65]. Sólo una vez que se ha respondido a este desafío tiene sentido analizar la relevancia moral de las distinciones entre resultados intentados y consecuencias previstas.

Sin embargo, antes que debatir directamente acerca de un criterio de proximidad para conectar resultados y consecuencias, QUINN propone una aproximación diferente y señala que un concepto filosóficamente más estricto (o laxo) de intención puede cambiar nuestra percepción de la solución de los casos a los que se aplica paradigmáticamente la doctrina. Por ello, para mostrar que DDE es sólida debe dar cuenta de las respuestas bajo cualquier concepto de intención que tengamos, incluso aquellos que revisan el concepto ordinario de intención[66]. Una vez que se admite este compromiso, la defensa de DDE precisa mostrar que las acciones del *Terror-Bomber* y el médico de la *Craneotomía* son intencionales en tanto acciones de matar y que el comportamiento del médico en el caso del *Conejillo de Indias* es intencional en tanto que conductas que dejan morir[67]. De igual manera, DDE tiene que rechazar como conductas intencionales de matar y dejar morir a las acciones del *Strategic-Bomber* y el médico de la *Histerectomía* al igual que el médico de la *Distribución de Recursos*, respectivamente.

La clave para establecer una intención o daño ocasionado de forma *directa* es analizar si la intención o daño que se ocasiona a las víctimas surge porque el agente las involucra de forma deliberada en las consecuencias perjudiciales. Las victimas son tratadas como objetos y se las involucra en ese plan precisamente porque ellas son una pieza necesaria para los fines del agente. Por el contrario, el daño o la intención será *oblicua* cuando el agente no haya involucrado de forma voluntaria a la víctima y lo que tiene intención de hacer no contribuye a dañarla. Es decir, las víctimas no forman parte del plan que el agente despliega ni existe una intención específica de provocarles daño[68].

Así, por ejemplo, puede distinguirse el caso del *Terror-Bomber* del *Strategic-Bomber*. En el primer caso el piloto intenta que las personas se vean envueltas en su acción de arrojar la bomba, y una de las razones por las que la realiza es porque estas personas están involucradas en el daño *e.g.* la muerte de éstas amedrentará al rival[69]. Por el contrario, en el caso del *Strategic-Bomber*, el piloto intenta realizar una explosión pero no para afectar a los civiles. Quizá, él no podrá decir que la muerte de los civiles fue a todas luces no-intencional, pero sí puede negar que el implicarlos en la explosión ayude en algo a su propósito.

Esta forma de distinguir los casos de intención oblicua y directa resuelve los dos problemas antes señalados. Por una parte, este criterio no hace referencia ni depende de la proximidad o conexión causal y, por otra parte, puede ser utilizado bajo cualquier interpretación del concepto de intención que se posea. Además, esta propuesta lleva a

---

[65] Este criterio de proximidad (closennes) es el introducido por HART en el trabajo mencionado en la sección anterior.

[66] QUINN, 2001: 29.

[67] QUINN, 2001: 27.

[68] QUINN, 2001: 31.

[69] QUINN, 2001: 29.

distinguir entre aquellos casos en los que la víctima es una ventaja o un obstáculo para el plan del autor. Así, en los casos del *Terror-Bomber* y el médico del *Conejillo de Indias*, la víctima es vista como una ventaja ya que sólo al emplearlas como un medio pueden sus planes tener éxito.

Esta distinción entre ventajas y obstáculos en la realización del plan da una clave para disipar las dudas y dificultades en los casos de la *Histerectomía* y la *Craneotomía*. Recordemos que muchos autores que participan en la discusión consideran que: o bien esos casos no ilustran la distinción que DDE pretende capturar (*e.g.* HART) o bien que la distinción entre ellos es indefendible. Por el contrario, el análisis de QUINN sirve para mostrar en qué sentido la craneotomía se parece a los casos de acciones directas y en qué sentido la histerectomía se parece a los de acciones indirectas (oblicuas). Aunque intuitivamente la craneotomía merece un reproche por su disposición a usar al feto como medio para salvar la vida de la madre, el médico no cuenta con el feto como una ventaja para lograr su plan sino más bien como un obstáculo que debe ser removido[70]. Esta diferencia sugiere también una diferencia en la atribución de responsabilidad en casos en los que la acción directa no involucre a la victima como parte de un beneficio para el agente.

Se considera que una acción que es realizada con intención directa produce un daño directo de dos maneras diferentes. En primer lugar, cuando la víctima sirve de alguna forma (como ventaja u oportunidad) a las metas o los fines que se propuso el agente, y, en segundo lugar, cuando la víctima se considera como un obstáculo que debe removerse[71]. En ambas situaciones se actúa del mismo modo en que lo haríamos si la víctima no existiera. Por el contrario, las acciones realizadas con una intención oblicua o que generan un daño indirecto son aquellas situaciones donde la víctima no tiene ninguna utilidad para el agente, su lesión o muerte son indiferentes para el logro de los planes que se ha propuesto. Por ejemplo, si los enfermos a los que no se distribuyó la droga, en el caso de la *Distribución de Recursos*, consiguen medicamentos por otros medios no les causa ningún «perjuicio» a los médicos. Pero, si lo mismo sucede en el caso del *Conejillo de Indias*, la víctima ocasiona un «daño» a la investigación médica.

Por ello, la conclusión de QUINN es:

> El efecto de la doctrina es más bien *elevar* las barreras morales antes que disminuirlas. Por lo que no debemos esperar que un defensor de DDE sea más tolerante frente una acción indirectamente dañina que aquellos que rechazan la doctrina pero comparten el resto de su posición moral. Lo que debemos esperar es que sea *menos* tolerante con la acción que genera daño de manera directa. Este punto es importante. Los críticos circunstanciales de la doctrina algunas veces parecen suponer que sus defensores deben estar preparados para permitir homicidios o lesiones simplemente sobre la base de que la acción es indirecta. Nada puede estar más lejos de la verdad. La doctrina de ninguna manera disminuye la fuerza vinculante de cualquier derecho o deber moral independiente[72].

Una vez identificada cuál es la distinción relevante que pretende capturar DDE, es preciso analizar qué razón moral justifica esa distinción. Esta razón tiene que mostrar porqué hay un plus de gravedad en aquellas acciones que ocasionan un daño con una

[70] QUINN, 2001: 31
[71] QUINN, 2001: 31
[72] QUINN, 2001: 33

intención directa por sobre las que ocasionan el mismo perjuicio a través de una acción indirecta. El compromiso con la autonomía moral de los individuos puede ayudarnos a comprender esa diferencia. Lo que parece darle mayor gravedad a la acción directa es el modo en que las víctimas entran en el pensamiento estratégico del agente. En este caso, el agente tiene algo en mente para sus víctimas, las envuelve bajo alguna circunstancia que le resulta provechosa[73]. Por el contrario, un agente que actúa indirectamente puede tener la certeza de que su acción ocasionará muertes, pero esto no sucede porque el agente las haya envuelto o no en sus propósitos. Por supuesto, quien realiza una acción con intención indirecta también trata a sus víctimas como seres cuyo daño o muerte es inferior al propósito que tenía el agente. Pero, en el caso de acción directa hay un dato adicional y éste es que la víctima cumple algún papel en los planes del agente. Ésta es la razón por la que parecen más graves los casos abarcados por la intención directa que de indirecta[74].

El ideal moral de autonomía se manifiesta paradigmáticamente en el modo en que los individuos diseñan y desarrollan planes de vida. Tomarse en serio este ideal representa otorgarle un papel especial al consentimiento que prestan los agentes en situaciones de interacción. En este sentido, QUINN señala que,

> DDE descansa sobre la fuerte presunción moral de que quienes pueden ser involucrados de manera útil en la promoción de un objetivo al costo de perder algo protegido por sus derechos morales independientes (tales como sus vidas, integridad corporal, o su libertad) deben, prima facie, servir a esos objetivos sólo de manera voluntaria[75].

En los casos de acciones directas, las víctimas juegan un papel en la meta del agente, con independencia de su consentimiento. Y este dato es lo que le da una mayor fuerza moral negativa a estas acciones. No se trata sólo de causar un daño o de no impedirlo, sino además se trata de usar a otras personas de manera estratégicamente útil más allá de su consentimiento o planes de vida[76].

Al comienzo de este trabajo señalaba que el reproche a título de dolo eventual representa un fenómeno de creciente relevancia teórica y social. A título de ejemplo, mencionaba el caso de los «conductores suicidas», señalando que la doctrina y jurisprudencia, de manera más o menos uniforme, atribuye frente a estas conductas responsabilidad similar a los casos en que existe dolo directo. Por ejemplo, un conductor de automóvil corre una carrera en la madrugada por una importante avenida. Con el objetivo de ganar el desafío comete distintas infracciones de tráfico y atropella a una madre y su hija provocándoles la muerte[77]. Por medio de la aplicación de DDE, en particular siguiendo los desarrollos de Warren QUINN, puede observarse un esquema de solución diferente al ofrecido en la dogmática penal contemporánea. Conforme a los criterios elaborados en DDE, el primer paso de nuestro análisis es identificar la razón de la acción del agente. Ella permite detectar tanto el objeto de intención de su

[73] QUINN, 2001: 35
[74] QUINN, 2001: 36
[75] QUINN, 2001: 36
[76] QUINN, 2001: 36
[77] Esta situación reproduce los datos esenciales del caso «Sebastián Cabello», quien fue en primera instancia condenado por homicidio a título de dolo eventual. Luego, el tribunal de alzada sólo encontró elementos para reprochar por un delito imprudente. Tribuna Oral número 30, Buenos Aires, 21/11/2003, autos Cabello, Sebastián s/doble homicidio doloso en concurso ideal con lesiones leves dolosas.

conducta —posibilitando así su explicación en términos teleológicos— como también identificar de manera genérica el plan diseñado y la estrategia desplegada por el agente. En este ejemplo, la razón que explica el actuar del conductor es vencer a su contrincante. Su objetivo es ganar la carrera antes que el daño a terceros. El segundo paso es analizar el papel de las víctimas en el plan del agente. En este caso el conductor no interviene en la esfera de organización de las víctimas de manera estratégica, ni pretendía beneficiarse con su muerte ni son un obstáculo que debe removerse. El conductor no ha involucrado de forma voluntaria a la víctima. Es decir, las víctimas no forman parte del plan que el agente despliega ni existe una intención específica de provocarles daño. Así, si las víctimas hubieran sobrevivido o, más aún, si hubiesen resultado ilesas no le causaría ningún «perjuicio» a los planes que tenía el conductor de ganar su carrera. Por ello, sea cual sea el reproche que pueda corresponderle por su conducta, no hay razón para atribuirle la misma responsabilidad que si directamente hubiese intentado eliminar sus víctimas.

V. CONCLUSIONES

La discusión sobre DDE es de directa relevancia para comprender la atribución de responsabilidad a título de dolo eventual. No es sólo que la estructura de los problemas sea idéntica sino también que una amplia gama de herramientas conceptuales desplegadas en el análisis guardan una estrecha semejanza. Por ejemplo, la naturaleza de la intención oblicua, la relevancia del plan del agente, la capacidad de controlar y decidir cursos de acontecimientos, son temas de interés compartido por el dolo eventual y el doble efecto. Más aún, el explícito rechazo que DDE propone para las doctrinas consecuencialistas le otorga un permanente atractivo en un programa moral que atribuya derechos inalienables a los individuos.

Si esta doctrina moral captura de manera apropiada nuestras intuiciones sobre la justificación de la atribución de responsabilidad, entonces quienes defienden el dolo eventual tienen un duro escollo que superar[78]. Pero, por otro lado, si se demostrase que la distinción entre consecuencias previstas e intenciones es imposible de realizar, entonces hay que abandonar la búsqueda de la diferencia entre imprudencia consciente y dolo eventual. En pocas palabras, si se llega a la conclusión de que no existe límite alguno entre resultados intentados y consecuencias previstas, los casos que caen bajo el concepto de culpa consciente quedarán cubiertos por el concepto de dolo eventual. La opción de agravar o disminuir el reproche sólo se basará en consideraciones de política criminal ajenas a la estructura conceptual del doble efecto y el dolo eventual. De este modo, el reproche a título de dolo eventual inicia una pendiente resbaladiza hacia la atribución de responsabilidad objetiva. El entrecruzamiento de doctrinas y la proliferación de criterios que pretenden distinguir entre culpa consciente y dolo eventual es un síntoma de la incapacidad de la idea de dolo eventual para justificar claramente por qué razón se reprocha de manera similar en casos de intención directa y oblicua.

[78] Esta afirmación debe entenderse bajo la cláusula *ceteris paribus* ya que el reproche a título de dolo eventual podría aun justificarse sobre la base de otro tipo de exigencias, *e.g.* mayor eficiencia en la persecución penal, revaloración de la responsabilidad objetiva, etc.

Una aplicación de DDE a diversas situaciones de dolo eventual no significa automáticamente reducir el ámbito de responsabilidad de los agentes. Por el contrario, como he señalado anteriormente, esta doctrina moral puede caracterizarse por representar una exigencia de responsabilidad más gravosa para los casos de resultados disvaliosos directamente intentados. En este sentido —y *sólo* en este sentido—, el dolo eventual podría ser considerado como el fenómeno básico y el dolo directo como una forma agravada de cometer el delito. Pero, inmediatamente se sigue la consecuencia de que ambas formas de dolo no merecen el mismo grado de reproche.

La doctrina del doble efecto aporta dos elementos esenciales para la correcta solución de los problemas del dolo eventual: la noción de razón para la acción y la noción de intervención estratégica en la esfera de organización de otro agente. Esta combinación de ideas permite comprender en qué sentido la autonomía moral de los individuos se encuentra amenazada en los casos de dolo eventual. De manera similar nos sirve para interpretar por qué es plausible reprochar de manera atenuada a quien no utiliza a su prójimo de manera estratégica para conseguir realizar sus planes. En este criterio la diferencia crucial no se encuentra en el conocimiento del agente, ni en la previsión de las consecuencias, ni en la aceptación del resultado, ni en la decisión de llevar adelante un curso de acción. Aunque todos estos elementos pueden formar parte —y de hecho, así ocurre— de una correcta descripción de lo que hace el agente, ninguno de ellos es decisivo para justificar un tratamiento idéntico de los resultados intentando y las consecuencias previstas.

En virtud de las semejanzas en los problemas y estrategias de análisis entre el dolo eventual y el doble efecto resulta extremadamente implausible creer que las soluciones propuestas por DDE serán completamente originales en su aplicación al dolo eventual. En particular, las versiones de DDE usadas en este trabajo (*i.e.* las desarrolladas por FOOT, QUINN) guardan muchos puntos de contacto con las teorías del plan del autor (ROXIN). Sin embargo, sus diferencias contextuales también ilustran compromisos diferentes. En particular, a diferencia de las concepciones tradicionales del dolo eventual que se refieren al plan del autor, DDE permite un enfoque más natural de estos propósitos y estrategias del agente por las siguientes razones: En primer lugar, no necesita un criterio de proximidad para dar cuenta de los resultados intencionalmente provocados. En segundo lugar, DDE no compromete con dar cuenta de la intencionalidad a través del dolo directo. En tercer lugar, DDE no exige un enfoque normativo de los estados mentales del agente.