

ASPECTOS DEL DOLO, LA CULPA Y LA ULTRAIINTENCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL URUGUAYO

MIGUEL LANGÓN ¹(*)

A veces, precisamente ante los casos más aberrantes de crímenes gravísimos, que atentan no solo contra las personas sino contra la humanidad como tal, se presenta una buena ocasión, justamente por ello, de hacer un repaso de nuestras convicciones jurídicas para que, superando el rechazo que provoca el caso, podamos observarlo desapasionadamente y estudiarlo a la luz del derecho positivo del país que corresponda, para dar una respuesta científica, clara, transparente y objetiva, que provea a los operadores de instrumentos para hacer justicia, garantizando la certeza y la seguridad jurídicas, sin las cuales el sistema cae en la anarquía y el voluntarismo.

Es así que en el desempeño de mis tareas como abogado defensor me he encontrado frente al problema que planteo con toda su crudeza a continuación:

¿Qué delito comete el que con intención de obtener información somete a torturas a un sujeto que fallece a consecuencia de un paro cardíaco producido durante las aberrantes sesiones?

Se descarta, por hipótesis, que hubiera querido matar torturando, haciendo sufrir, lo que sería homicidio doloso muy especialmente agravado por las graves sevicias (art. 312.1 C.P.)².

La respuesta podría encontrarse entre:

- a) homicidio a dolo eventual porque se trata de un resultado que no se quiso “pero que se previó”, el cual por mandato de la ley “se considera intencional” (art. 18 C.P.)³;
- b) homicidio culpable porque “el daño” “que se previó como imposible se considera culpable” (*idem*)⁴; o
- c) homicidio ultraintencional porque el resultado que es previsible (“que pudo ser previsto”), excede la intención (*idem*)⁵, porque en el caso, del “hecho” de torturar, se deriva la muerte (no querida), del agredido (art. 319 C.P.)⁶.

No vamos a considerar ahora,

- a) cómo es que puede un tercero (el juez) adentrarse en la cabeza del agente para determinar que cosa es lo que previó éste,
- b) ni en el problema de establecer en qué consiste la previsibilidad: en sí misma (u ontológicamente), y si ella (fuere lo que fuere), es la del sujeto concreto objeto de estudio, la del hombre

1 (*) Catedrático de Derecho Penal en las Universidades de la República y de Montevideo.

2 Artículo 312. “(Circunstancias agravantes muy especiales). Se aplicará la pena de penitenciaría de quince a treinta años, cuando el homicidio fuera cometido: 1...con grave sevicia”.

3 Artículo 18. “(Régimen de la culpabilidad)...El resultado que no se quiso pero que se previó, se considera intencional”.

4 Artículo 18;...El hecho se considera culpable...cuando, con motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos”.

5 Artículo 18. El hecho se considera ultraintencional cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto”.

6 Artículo 319. “(Lesión o muerte ultraintencional...) Si del hecho se derivare la muerte de la persona agredida o una lesión más grave que la que se pretendía inferir, la pena será la del homicidio o la lesión disminuida de un tercio a la mitad”.

medio u otra determinación de ese estilo, aunque esta cuestión estará presente de algún modo en toda esta ponencia,

- c) ni si es posible tipificar agravantes especiales o muy especiales de un homicidio cometido a dolo eventual.

Estos problemas no derivan, en el Perú del Código Penal, que probablemente con acierto, solo reconoce, sin definirlos, el dolo y la culpa⁷, sino del C.P. uruguayo, que, como se ve, optó por hacer definiciones doctrinarias en su viejo texto, que son las que tratamos de analizar en este aporte.

Trataremos de llamar la atención, a la luz del derecho positivo nacional uruguayo, no de la teoría abstracta, ni conforme a leyes o doctrinas extranjeras, sobre dos asuntos específicos y concretos:

- a) delimitación entre dolo eventual y culpa con previsión en el derecho objetivo, y
- b) la cuestión de la imputación ultraintencional.

La tesis que proponemos a discusión, fundamentalmente se centra en afirmar con ánimo de polemizar, discutir y eventualmente concluir que: en el sistema nacional, que opta por tipificar el grado ultraintencional para el delito de homicidio y también el de lesiones (artículos 198 y 319 C.P.), no tiene cabida ni el dolo eventual, ni la culpa con previsión.

Cuando el resultado muerte (o de lesiones graves o gravísimas), no se quiso, es previsible y excede la intención, hay muerte (u homicidio) ultraintencional, no pudiendo funcionar aquí la división tradicional (porque es una norma especial que regula un caso muy singular a texto expreso fijado por la ley), de que hay dolo eventual si lo previó y culpa si no lo previó por imprudencia, porque la ley no hace esta distinción al regular la ultraintención, sino que exige simplemente un resultado que exceda la intención, esto es, que vaya más allá del dolo directo que rige la conducta del agente, de la intención de lesionar que se halla en la base de la figura ultraintencional, que exige en el inicio la existencia de una "agresión personal".

Para arribar a dicha conclusión provisional partimos de la base que: como todo es naturalmente "previsible", este término legal debe ser tomado en consideración desde una óptica no naturalística (o filosóficamente correcta), sino normativa, valorativa, y por lo tanto de apreciación subjetiva por parte del intérprete.

Nos preguntamos una vez más que es prever para el derecho penal, porque prácticamente, cuando uno sale a la calle conduciendo un automóvil "prevé", todos los días, que puede con el mismo lesionar o matar a un peatón o chocar con otro vehículo con resultado fatal.

Tanto lo prevé que se asegura contra esos riesgos y el mismo legislador, que también sabe que eso puede ocurrir y que ocurre, legisla sobre el seguro obligatorio.

¿Qué nivel de previsión es éste?

Es el de la posibilidad, es decir que el resultado no es un imposible, se trata de un resultado no querido, pero que obviamente puede suceder y que se ha previsto, con lo que se ve que la construcción de la culpa sin previsión incluso es de orden normativo, de creación legislativa y no de la realidad ontológica, porque no se puede afirmar, como hacemos habitualmente que culpa es falta de previsión de un resultado previsible, porque, como se ve, allí hay previsión, aunque no actualizada, no en el momento del hecho, sino en forma genérica.

En este tipo de culpa, afinando más el concepto, lo que hay es una certeza, pero ¿certeza de qué?: de que lo previsto puede ocurrir, que puede llegar a pasar.

⁷ Artículo 12 DL., N° 635 de 3 de abril de 1991.

⁸ Artículo 129: "(Punibilidad de la ultraintención y de la culpa). El hecho ultraintencional y el culpable solo son punibles en los casos determinados por la ley".

Todos “sabemos” que conduciendo un vehículo, que cargando un arma de fuego, se puede llegar a lesionar o matar a otro.

Por ende la diferencia entre culpa y dolo eventual no está en que en el primero no se previó y en el segundo sí, sino en el grado de la previsión.

Dado que tanto en uno como en otra hay previsión del resultado, es en la naturaleza de este juicio de anticipación donde debe encontrarse la diferencia entre estos tipos: en el primero se prevé como posible y en el segundo como probable.

Ni en la culpa ni en el dolo eventual hay certeza de que se matará o lesionará (eso sería dolo directo), sino certeza en dolo eventual de que es probable que ello ocurra, mientras que en la culpa es certeza de que es meramente posible que suceda el evento.

En la culpa el evento, posible y previsto, difícilmente puede producirse, estadísticamente es poco probable que ocurra el resultado que no es imposible, por la congrua razón de que está allí, ha ocurrido, de modo que el juicio humano anticipado de previsión es a grado de posibilidad abstracta, el sujeto no quiere el resultado, lo prevé como remotamente probable (como posible), sabiendo no obstante que en ocasiones el mismo puede ocurrir: el que conduce en estado de ebriedad, aunque lo haya hecho toda la vida sin consecuencias, “sabe” que puede matar a otro a consecuencia de su estado defectuoso, y eventualmente tanto lo sabe que conduce despacio, junto a la acera, deteniéndose en todas las esquinas, lo que no privará al juez de procesarlo y eventualmente condenarlo si, en tal estado, produce el resultado fatal del ejemplo.

En la culpa con previsión⁹, hay un juicio de imposibilidad que por definición es errado, porque aquello que se considera como de bajísima posibilidad de producirse, ha ocurrido, de donde resulta que la ley nacional prevé por lo menos tres formas de previsión: como probable (dolo eventual), como posible (culpa inconciente) y como muy poco posible (culpa “con” previsión).

Y ello tomando en cuenta que, el límite de la responsabilidad penal está en el hecho subjetivo culposo, conforme a la reforma de 1995, que incluyó el último inciso del multi citado artículo 18, que establece esta regla inamovible de un derecho penal de culpabilidad, liberal y democrático¹⁰.

Por debajo de la culpa no hay imputación subjetiva posible, pues es ese el reino del azar, de la mala suerte, del acaso, el accidente, el fortuito o la desgracia: la imputación penal requiere un mínimo de involucramiento subjetivo que se halla precisamente en la imprudencia, en aquella conducta que, al menos, crea un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico objeto de la protección.

En el dolo eventual hay intencionalidad, por mandato de la ley, porque el resultado es probable; en la culpa inconciente se considera que no hay previsión del resultado, porque la previsión genérica que, como vimos, en realidad existe, está en grado de mera posibilidad y sin actualización en el momento del hecho (que es producto mas bien del azar); y en la culpa conciente hay una previsión concreta, pero de tan baja probabilidad, que la ley la conceptúa como “imposible”, y por ello la imputa como delito imprudente.

De donde se puede prever como probable y esto es dolo eventual.

Como “imposible” y es culpa con previsión y se castiga como si fuera culposo.

Como posible, en un actuar riesgoso o imprudente y es culpa.

Si el hecho base es indiferente (base objetiva de la culpa en derecho uruguayo) y sobreviene un resultado dañoso, se responde por culpa, pero si el hecho base es ilícito, si se trata de una “agresión personal”, y el resultado es de lesiones más graves o de muerte, se imputa la ultraintención.

⁹ Artículo 18. “el daño que se previó como imposible se considera culpable”.

¹⁰ Artículo 18: “En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente”.

El resultado que excede la intención es previsible y si fue previsto lo fue en grado de mera posibilidad, pero no de imposibilidad, sino como algo que puede ocurrir pero con baja probabilidad.

La ley uruguaya no castiga la mera conducta, sino la conducta productora de un resultado (de daño o de peligro), de modo que si éste no existe, el hecho previsto por la ley como delito no se puede castigar, porque del resultado, consecuencia de la conducta humana “depende la existencia del delito” (artículo 3 C.P.)¹¹.

Se castiga pues el resultado al punto de que, si el mismo no ha podido ser previsto por el agente, resulta impune (artículo 18.4 C.P.).

Es tan importante el resultado que la tentativa (que en sí misma supone una alta probabilidad de llegar al resultado, porque hubo, por definición un “comienzo de ejecución”), se castiga de regla con menos pena que la consumación (art. 87 C.P.)¹², de modo que no le vale al delincuente no producir un resultado material, como tampoco le vale producir un resultado menos grave que el querido, porque, aunque con pena morigerada, de todos modos responderá, sea que la víctima quede incólume, sea que resulte apenas lesionada, pues en todo caso responderá por homicidio en tentativa.

Ahora bien, ese resultado de daño o de peligro debe ser consecuencia de la conducta activa u omisiva del autor.

Hay en nuestro sistema una cláusula de equivalencia o de correspondencia, que establece que no impedir un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo (artículo 3 C.P.), algo similar a lo que prevé el Código peruano en su artículo 12, que, con acierto, establece las condiciones de la imputación por omisión impropia, en la posición de garante derivada de un deber, en la creación de un peligro inminente apto para producir el resultado y en la correspondencia de la omisión a la realización de un tipo mediante un hacer.

Por lo tanto, en la construcción uruguaya, el resultado o es la consecuencia de la conducta (causalidad “directa”, delitos de acción), o es el producto de una no evitación del mismo, a cargo del que está obligado, porque tiene el deber, de evitarlo (delitos de omisión).

Se pune pues el resultado: a) consecuencial o, b) no evitado, o sea que se castiga tanto por producirlo como por no evitarlo, pero en ninguno de los casos se responde si opera una concausa, esos factores “anormales”, independientes e imprevisibles (artículo 4 C.P.)¹³, que interrumpen la causalidad, lo que es una consecuencia del principio de culpabilidad o, dicho de otro modo, del rechazo sistémico a todo tipo de responsabilidad meramente objetiva.

En este importante artículo 4 se establece que si ese resultado se pudo prever y no se hizo, por imprudencia, impericia o negligencia (que es el formulismo utilizado en el artículo 18 al definir la culpa inconsciente), se reputa culposo lo que conlleva una “rebaja de la pena”.

Ya se va viendo cómo la ley refiere permanentemente a la previsibilidad, pues quiere vincular el castigo a un hecho subjetivo, al estado espiritual, a la intención del actor, conforme a lo que hubiera querido (teoría de la voluntad) o previsto (teoría de la representación), obligando a una ardua tarea de interpretación y de reconstrucción normativa del sistema.

La conducta típica productora de un resultado lesivo solo se puede castigar si es intencional, culposa o ultraintencional (art. 18 C.P.).

11 Artículo 3. “(Relación de causalidad). Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo”.

12 Artículo 87. “(Penalidades del delito tentado, Individualización). El delito tentado será castigado con la tercera parte de la pena que corresponda por el delito consumado, pudiendo ser elevada hasta la mitad, a arbitrio del Juez, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente”.

13 Artículo 4. “(De la concausa). No se responde de la concausa preexistente, superviniente o simultánea, independiente del hecho, que no se ha podido prever, La que se ha podido prever y no se ha previsto, será tenida en cuenta por el Juez para rebajar la pena, según su criterio, de acuerdo con a las circunstancias del caso, y lo dispuesto en el artículo 18”.

En dolo directo el sujeto prevé y quiere el resultado¹⁴, en dolo eventual no quiere pero lo prevé, en culpa ni quiere ni prevé, en culpa conciente prevé como imposible y en ultraintención, sobre base ilícita, hay un resultado previsible que excede a la intención original y que sin embargo ocurre¹⁵.

La tesis que propugnamos parte de la base de que todos estos conceptos son de orden estrictamente normativo, es decir, que no se pueden explicar ni siquiera lingüísticamente, sino que requieren una re-construcción valorativa, conforme al sentido de la ley, ya que estrictamente los criterios legales no se pueden reconducir lógicamente a un orden natural objetivo, sino a convencionalismos de imputación, que es lo que tratamos de poner de manifiesto en esta presentación.

Porque partimos de la base de que absolutamente todo es previsible por un lado y que, en estricta lógica, todo ha sido previsto ya con anticipación por el actor.

No hay una línea divisoria clara entre prever y no prever o prever como imposible, lo que hace necesario intensificar el análisis para desentrañar el sentido de la ley y ofrecer pautas de conductas seguras y confiables, que permitan arribar a cierto grado de certeza jurídica, conforme se verá.

Para el exponente habrá dolo eventual cuando el resultado previsible (dentro de la experiencia normal humana), lo sea, precisamente, en grado de probabilidad, es decir, en términos de posibilidad “cercana a la certeza”, donde estadísticamente es altamente probable que se produzca el resultado no querido, que fue sin embargo efectivamente previsto (debe darse por probado que efectivamente “lo previó”), como de producción no segura, pero de acaecimiento “muy” posible.

El Código uruguayo exige para el dolo eventual una doble condición:

a) **que el resultado sea probable** en el sentido que yo le doy al término previsibilidad que exige la ley, entendiéndolo por tal la “previsibilidad cercana a la certeza”), y

b) **que haya sido efectivamente previsto** por el agente de la conducta (el famoso resultado “que se previó” que exige la ley).

Como en realidad no se castiga el resultado no querido (el que es “distinto o más grave que el querido”), en cuanto no pudo ser previsto por el agente, es decir, como no se castiga el resultado imprevisible en ninguna hipótesis, **para que haya dolo eventual se exige**, como particularidad, **una sola condición: que el resultado haya sido previsto**, como manda la ley, **en grado de probabilidad**, según mi interpretación, que no resulta expresamente del texto de la ley, pero que es indispensable para diferenciar el dolo indirecto de la mera imprudencia.

Va de suyo que en dolo eventual, para nuestro derecho, se exige que esta previsión sea concreta y que exista “en la cabeza del actor”, en el momento de actuar, lo que se debe probar y dar por acreditado en juicio.

Por tanto no hay un dolo presunto conforme a lo que “debió de haber previsto”, o a lo que “no pudo no prever” o al hecho de haber actuado “con ignorancia intencional”, sino que, como digo, debe de haber habido una concreta previsión por parte del concernido, porque se trata de un resultado “que se previó” por el actor.

Estamos discutiendo también, la interpretación tradicional que supone que para que haya dolo eventual el resultado debe haber sido previsto “como probable o como posible”, lo que nosotros venimos a restringir solo a la previsión en grado de probabilidad, pero previsión real, concreta, actual, en el momento de la acción.

Como la previsibilidad del resultado, como vimos, es un requisito común a todas las formas de imputación subjetiva previstas por la ley (art. 18.4 C.P.), es evidente que la norma establece casi idénticos requisitos

14 Artículo 18. “(Régimen de la culpabilidad). Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad. El hecho se considera intencional cuando el resultado se ajusta a la intención”...

15 Todas estas definiciones han sido ya transcritas en notas en este trabajo. Vide supra.

para el dolo eventual que para la ultra intención, toda vez que este último grado se imputa al que produce un resultado de muerte, que es previsible, pero que excede la intención, porque el sujeto no quiso matar, no obstante lo cual del hecho de torturar, en el ejemplo, derivó la muerte del agredido.

La ultraintención es en el fondo un caso de aberración, es decir, que hay una discordancia entre lo previsto y querido y lo realmente ocurrido: el sujeto quiere una cosa directamente, pero se produce sin embargo, un resultado diferente, excesivo.

Quiere lesionar y produce o una lesión más grave o la muerte (ar. 319 C.P.).

¿Cuál es la diferencia entre dolo eventual y delito ultraintencional, entonces?

Simplemente, en teoría, en que, el que actúa con dolo eventual “previó” el resultado previsible, mientras que la **“muerte” ultraintencional no requiere la previsión efectiva del actor**, de modo que ese resultado no previsto, ni como probable, ni como posible, se imputa por la imprudencia, por la falta del debido cuidado que pone de manifiesto su accionar previo antijurídico, que se patentiza en el hecho de la agresión personal que lleva adelante contra la víctima

Hay una persona “agredida” (art. 319 C.P.), que, sin que exista intención de matar por parte del actor o de inferir un daño de la magnitud acaecida, resulta no obstante muerta o lesionada grave o gravísimamente, no siendo filosóficamente posible considerar que ese resultado “no se previó”, pues todo el que agrede a otro “sabe”, “le consta”, que del hecho puede resultar un daño mayor al previsto, que es lo que, efectivamente ocurrió en el caso concreto a analizar.

Se afirma comúnmente que la ultraintención plasma en la cúspide un caso de culpa sin previsión, toda vez que se produce un resultado que pudiendo ser previsto no lo fue, por imprudencia al actuar ilícitamente, agrediendo a una persona, de cuya violencia material puede resultar, sin que lo haya ni previsto ni querido el agente, o una lesión más grave o la muerte de la víctima.

La ultraintención no sería otra cosa que el castigo de una muerte (no de un homicidio propiamente dicho, sino una “muerte ultraintencional”, que tal es el título de esta figura estrictamente hablando), causada por imprudencia sobre una base ilícita. Un problema propio del Uruguay, donde la culpa requiere, necesariamente, un “arranque lícito” o “jurídicamente indiferente”, cuando en realidad prácticamente nada lo es desde el punto de vista del derecho.

Lo que hubiera podido castigarse, quizás con mejor criterio, como un concurso de lesión intencional y muerte culposa, la figura de la ultraintención (que se aplica como es sabido exclusivamente para muertes y lesiones más graves que las queridas), imputa unitariamente el resultado fatal imprudente, donde queda englobado el delito intencional antecedente de lesión, o de tortura, si fuera el caso, como en el ejemplo propuesto al comenzar esta exposición.

Pero esta construcción es enteramente normativa por cuanto no existe en realidad un hecho previsible no previsto, pues, como vimos, todo individuo que sale con su auto y se introduce en el tránsito prevé (en realidad está seguro, tiene certeza), que puede causar daños, matar o lesionar a alguien con su vehículo, así como todo individuo que maneja una sierra de carnicería sabe que puede con ella lesionar a un tercero, todo armero sabe que sus pistolas pueden dispararse, y todo arquitecto que pone a un obrero en un balancín a trabajar a cincuenta metros de altura prevé y sabe que puede caer, por lo que esa no previsión es en todo caso, para que haya culpa, no absoluta sino actual, concreta, en el caso específico, y debida a una imprudencia, lo que trasunta la artificiosidad de la construcción o de significado de la “falta de previsión”, desde el punto de vista de la realidad.

Hay sin embargo una forma de previsión del resultado, previsión efectiva, en la cabeza del actor, que no plasma dolo eventual, sino culpa, cuando esa previsión es a grado de “imposibilidad” o, creo yo, que es lo mismo, a grado de mera previsibilidad o, mejor aún, de remotísima posibilidad.

De donde la previsión expresa del resultado como probable es dolo eventual, y como difícilmente probable o “imposible” es culposo.

Esta asimilación de lo difícilmente probable (o de lo previsible) a lo previsto como imposible deriva del hecho de que, así como no hay nada estrictamente imprevisible, tampoco hay nada que pueda ser considerado “imposible” rigurosamente hablando, por lo cual también aquí vale un criterio normativo o de valoración que en el fondo deja un campo, imposible de eliminar totalmente, pero sí capaz de ser acotado, a la subjetividad.

Exposiciones, como la que estoy haciendo, tal como trata de hacer la dogmática en general, no son otra cosa que un intento de objetivar de algún modo los conceptos, para dar seguridad y certeza a los operadores, y garantizar la mayor uniformidad posible en la aplicación de la ley, para así llevar paz social y no caos y arbitrio en los asuntos jurisdiccionales.

La ley no exige, está muy claro, ni un “egoísta indiferente” en dolo eventual, ni un “sujeto solidario y esforzado” en culpa con previsión, sino que la distinción radica simplemente en que, exigiéndose en ambos casos que el sujeto haya previsto efectivamente el resultado (o el daño), **en dolo eventual se prevé como probable y en culpa con previsión se prevé como imposible** (o improbable o, lo que es lo mismo, como de difícil posibilidad), sin ningún aditamento moral o de cualquier otro tipo, que no exige la ley.

La “imposibilidad” en culpa con previsión es normativa, debe ser objeto de una valoración, pues de otro modo desaparecería la culpa conciente del Código ya que nada es “imposible” materialmente hablando.

El que prevé como imposible, está previendo (hay allí una *contradictio in terminis*), lo que llevaba a BAYARDO BENGOA a decir, paradójicamente, que prever como imposible equivale a no prever.

La ley “soluciona” el punto equiparando la previsión en grado de imposibilidad a la no previsión del resultado, haciendo responder al autor por imprudencia en ambos casos

La imputación por imprudencia o culpa inconciente ocurre cuando el actor no previó el resultado (que, como en todos los demás casos, debe ser previsible).

Prever un resultado como meramente posible (o como “imposible”), es culpa, con lo que venimos a sostener que la definición tradicional de la culpa, como falta de previsión de un resultado previsible, debe ser vista en términos concretos, de falta de previsión actual, que es provocada, y esto es esencial por la imprudencia que ha causado ese resultado sin cuyo concurso no se puede imputar al sujeto, sea porque no causó un riesgo, sea porque ese riesgo no se plasmó en el resultado.

El resultado estrictamente siempre se previó, porque se está cierto de que es en realidad de posible producción, y ello se concreta, por ejemplo, en el hecho de que los automovilistas aseguran sus vehículos y se aseguran contra terceros, porque, precisamente, han previsto la posibilidad abstracta de la producción del evento dañoso del que emergería la responsabilidad civil.

La previsibilidad teórica o abstracta es entonces el límite inferior de la imputación subjetiva: no se responde a ningún título de lo imprevisible, del azar, de la desgracia, del fortuito, de la fatalidad, o, dicho de otro modo, no se responde de lo que no se ha podido prever (art. 4 C.P.).

El criterio normativo también se puede apreciar en la disposición que prevé la extensión de la responsabilidad a los copartícipes por delitos distintos de los concertados (artículo 63 C.P.)¹⁶, donde se advierte el criterio de extensión, “de acuerdo con los principios generales”, en cuanto el resultado distinto del concertado “hubiera podido ser previsto”.

16 Artículo 63.” (Responsabilidad por delitos distintos de los concertados). Si el delito cometido fuere mas grave que el concertado o de igual gravedad, pero de distinta naturaleza, o complicado por otros delitos, los partícipes extraños al hecho, responderán por el delito concertado y cometido, y solo por el cometido sin concierto, en canto hubiere podido ser previsto, de acuerdo con los principios generales. Si el delito cometido fuere menos grave que el concertado, responden solo por el primero”.

¿Y que es lo que puede ser previsto?: lo previsible, que es todo, de modo que se debe dar una interpretación de racionalidad, “en la cabeza del juez”, para apreciar cuando ese resultado no querido, pero previsible, se puede imputar además de al autor, a los otros concurrentes al hecho común objeto de la concertación.

¿Puede decirse que la muerte del torturado con intención de obtener de él información, fue prevista como probable por el torturador?

O bien ¿puede sostenerse que fue prevista como “imposible”?

O ¿puede decirse que no fue prevista en absoluto por el actor?

Es francamente imposible, creo yo, dar una respuesta concreta y objetiva a estas preguntas, más allá de lo que resulte del caso específico y su prueba, porque el intérprete, con iguales válidos argumentos en todos los casos, prácticamente puede afirmar una cosa u otra, dado que en realidad lo que hace (salvo excepcionales casos), es una reconstrucción de lo que él piensa que previó o dejó de prever el actor, y en su caso, es él que determina con que grado de aproximación a la certeza previó lo que previó, dado que no hay modo científico de entrar en la interioridad de la mente del agente, para poder saber exactamente cual fue su estado espiritual al momento de los hechos, cual fue en concreto su subjetividad personal e intransferible.

En lugar de todo eso, especialmente ante la imposibilidad material de poder llegar a afirmar cualquiera de las dos formas de previsión referidas ¿prima la imputación de muerte ultraintencional o la del dolo eventual?

Porque entendámonos: solo en la academia se podrá tener un corte neto de distinción, porque en la vida real es muy improbable (vean el término que utilizo), que alguien admita que previó un resultado, y mucho menos que lo hizo con carácter de probabilidad o de previsión con posibilidad de acaecimiento cercano a la certeza.

La teoría del dolo eventual en nuestro código penal sigue la línea de las intelectivas o cognitivas, en concreto la teoría de la representación del resultado a nivel, decimos nosotros, de probabilidad.

Ya es bastante dificultoso admitir la ficción de intencionalidad del dolo eventual en casos en que, por definición, no hay volición del resultado, lo que plasma de algún modo una presunción de ella, un dolo presunto, que se atribuye porque el azar quiso que el resultado no querido, se haya producido a consecuencia de la acción del actor que no lo quiso pero que lo previó.

El dolo llamado eventual entre nosotros es una verdadera ficción jurídica, lo que resulta del propio texto de la ley que en esos casos, dice que el resultado “se considera intencional”, no afirmando que lo sea en realidad, sino que la ley lo toma por tal.

No hay voluntad de matar, no hay intención directa del resultado, sino que como se previó por el actor, la ley lo toma como si fuera intencional, cuando no lo es, a lo que la doctrina suele agregar el asentimiento o la indiferencia, cabiendo preguntarse si la ley uruguaya exige la asunción del riesgo por parte del actor, a lo que, a mi criterio corresponde contestar negativamente, porque nada dice al respecto el texto legal, que solo exige, sin calificarla, la previsión del mismo.

Es vano pretender probar que el agente contaba “seriamente” con el resultado, o que “se conformaba” con él (MIR PUIG), porque en verdad esto no es exigido por la ley uruguaya y resulta por lo tanto no de ella, sino de la especulación doctrinaria.

Cuando el sujeto actúa teniendo la certeza de la producción del resultado, aunque el mismo no haya sido directamente querido, hay dolo directo, hay intención como se ve claramente en los casos denominados de “consecuencias necesarias”, debiendo ser objeto de prueba en juicio tal hecho, como en el conocido caso de la bomba colocada en un avión en vuelo para matar a uno de los pasajeros, resultado que para producirse involucra necesariamente la muerte de todos los que se encuentren en la nave, muertes por las que debe responder ya que no es ni posible ni probable el evento, sino claramente cierto.

Hay dolo directo porque previó el resultado plural como seguro, como cierto, porque no puede llegar al resultado querido (muerte del enemigo), sin considerar como inevitable los resultados que, aunque no sean directamente queridos, son el producto inevitable de su acción.

Al punto que, si sobrevive un tripulante, por ejemplo, el hecho debe imputarse en grado de tentativa de homicidio (obviamente intencional), mientras que el dolo eventual no admite el conato: quien cruza con luz roja a alta velocidad una avenida muy transitada, y no provoca la muerte, ni la lesión de nadie, no responderá nunca por homicidio a dolo eventual en grado de tentativa, porque al no haber intención no hay mecanismo amplificador capaz de atrapar al imprudente (pese al riesgo real y concreto que pudieran haber corrido automovilistas y peatones que por allí estaban).

Prever como probable, como posible, como imposible o no prever en absoluto, es algo que escapa en la realidad de los hechos, a la apreciación objetiva de los intérpretes y particularmente del juez, por lo cual creo que en un sistema como el nuestro, que admite la forma ultraintencional para toda muerte que excede la intención, toda vez que ello ocurra, como en el ejemplo de la tortura, donde claramente no se quiere matar, si se produce el fallecimiento del agredido, habrá efectivamente “muerte (o si se quiere homicidio) ultraintencional”, sin que sea necesario determinar si hubo o no cualquier grado de previsión del resultado, porque basta que el mismo sea excesivo, para que corresponda imputar por ese grado excepcional.

El principio de especialidad hace que la ultraintención prime sobre el dolo eventual y aún sobre la culpa con previsión, a lo que coadyuva también el principio *pro hominie* y el de benignidad, que rigen en el linde entre lo adjetivo y lo sustantivo, con idéntico fin de preservar la regla de humanidad y de interpretación *favores rei*.

El tipo ultraintencional no exige que el resultado fatal esté desvinculado o alejado del hecho, de forma de resultar de excepcional o rara producción, como en el caso académico del sujeto que empuja a otro que cae y se quiebra el cráneo contra el borde de una silla, sino que escuetamente exige solamente, que el daño exceda a la intención.

El ejemplo anterior, aunque está en el límite, no podría verse como un caso de concausa (porque estrictamente no es “independiente” del hecho, ni fue “imprevisible”), lo que excluiría toda responsabilidad, aunque es difícil suponer que un sujeto que empuja a otro haya podido prever que la caída lo mate, y en todo caso lo más probable es que no haya previsto en el momento de la actuación ese resultado, en cuya hipótesis se le castigará conforme al artículo 18 (ver art. 4 C.P.), o sea por ultraintención dado la imprudencia que subyace al hecho ilícito de agredir a otro.

Entonces un resultado excesivo de muerte a causa de una agresión personal, se debe imputar siempre, conforme a la ley nacional, a título ultraintencional.

A esta “muerte ultraintencional”, no querida, se le aplicará la pena del delito de homicidio disminuida de un tercio a la mitad, no pudiendo hacerse el cálculo sobre otra base que la del homicidio simple del artículo 310 C.P., salvo el caso de homicidas múltiples en cuyos caso, por ser objetiva la agravante, corresponderá aplicar el art. 311.4 o 312.6 C.P., según corresponda (¹⁷ y ¹⁸).

Entender otra cosa puede hacer del dolo eventual, un delito fuera de la intención, especialmente en los casos de homicidios o lesiones, una especie de agujero negro que todo lo trague, y lo que es peor, que dependa absolutamente de la voluntad del intérprete y no de la del concernido, como manda la ley.

17 Artículo 311.4: “(Circunstancias agravantes especiales). El hecho previsto en el artículo anterior (homicidio) será castigado con diez a veinticuatro años de penitenciaría, en los siguientes casos:...4. Si el sujeto fuera responsable de un homicidio anterior ejecutado con circunstancias atenuantes”.

18 Artículo 312.6. “(Circunstancias agravantes muy especiales). Se aplicará la pena de penitenciaría de quince a treinta años, cuando el homicidio fuere cometido:...6. La habitualidad, el concurso y la reincidencia, en estos dos últimos casos, cuando el homicidio anterior se hubiera ejecutado sin las circunstancias previstas en el numeral 4° del artículo precedente”.