

Dolo como reproche

Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*

*Gabriel Pérez Barberá***

En el presente trabajo se intentará superar de modo definitivo la comprensión psicológica del concepto de dolo, según la cual el dolo es un estado mental (conocimiento, voluntad, etc.), o requiere necesariamente la existencia en el caso de un determinado estado mental. Aquí se desarrollará la tesis de que el dolo, al igual que la imprudencia, no es un hecho (psíquico), sino una propiedad normativa que caracteriza a una determinada clase de caso. Que la presencia o ausencia de un determinado conocimiento, de una voluntad o de una creencia sea o no decisiva para definir a un caso como doloso, depende de la ratio legis del mayor merecimiento de pena del delito doloso. El concepto de dolo se objetiviza así por completo, a través de una reconstrucción conceptual que, de la mano de una teoría de la probabilidad actualizada, es factible incluso de lege lata. Conforme a ello, en términos sistemáticos no ha de diferenciarse ya entre tipo objetivo y tipo subjetivo, sino entre tipo de explicación y tipo de imputación.

** Doctor en Derecho. Profesor de derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba y de Derecho Procesal Penal profundizado en la Universidad Torcuato Di Tella. Actual becario de la Fundación Alexander von Humboldt, Alemania.

* El presente trabajo es un resumen de mi tesis doctoral, entregada en junio de 2007 y publicada en 2011 (cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011). Por razones de espacio resulta imposible incluir en esta publicación una fundamentación exhaustiva del punto de vista defendido en ese trabajo de más de 800 páginas, al cual corresponde por tanto remitir.

I. Introducción

Es usual que la doctrina se valga del “caso de la correa de cuero”¹ para demostrar el fracaso de todos los conceptos de dolo propuestos hasta ese momento.² Aquí se hará uso del mismo recurso. Piénsese en el núcleo central de ese caso: dos ladrones que de ninguna manera quieren matar a la víctima, porque la conocen, no obstante la matan, estrangulándola con un cinturón (o correa) de cuero. Por razones de brevedad, se tendrán por correctas las críticas que, a partir de este caso, efectúan Roxin y Herzberg a las demás teorías sobre el dolo, incluida la crítica de Herzberg a la tesis de Roxin.³ Pero se agrega lo siguiente: tampoco es apta la tesis de Herzberg para resolver este caso. Porque él, al igual que casi toda la doctrina y la jurisprudencia, identifica dolo con conocimiento o representación efectiva de una determinada clase de peligro,⁴ y lo cierto es que, en este caso, no es posible sostener que los autores, al momento exacto del hecho, se representaron el resultado como posible. Afirmar que sí existió tal representación, como opina la doctrina dominante,⁵ es arbitrario. Porque la relación personal existente en forma previa entre uno de los autores y la víctima obliga a inferir que, si esa representación realmente hubiese existido, los autores no hubiesen continuado con su acción, como de hecho ocurrió cuando, en un primer momento, cuando sí se representaron como posible a la muerte de la víctima, desistieron de usar la correa y decidieron emplear una bolsa de arena para atontarla con un golpe. Siguiendo a Schmidhäuser,⁶ es válido afirmar que cuando los autores, espontáneamente, se representaron el resultado de muerte, desistieron de usar la correa de cuero para estrangular a la víctima. Y que si luego emplearon esa correa fue porque, en el momento exacto de hacerlo, no se representaron la posibilidad de ese resultado. Hay

1. Tribunal Supremo Federal alemán en materia penal (en adelante BGHSt, conforme a su sigla en alemán), 7, 363. El caso es tan conocido que puede prescindirse aquí de su exposición detallada. Verla no obstante en PÉREZ BARBERÁ, *Dolo* (2011), pp. 262 y ss.

2. Así por ejemplo ROXIN, *JuS* 1964, S. 53 ff.; HERZBERG, *JuS* 1986, S. 249 ff.

3. Cf. HERZBERG, *JuS* 1986, S. 250.

4. Cf. HERZBERG, *JuS* 1986, S. 261 f.; EL MISMO, *JZ* 1988, S. 638 f.

5. Y también –inconsecuentemente– SCHMIDHÄUSER, *JuS* 1980, S. 244 ff.

6. Cf. SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer* (1966), S. 324 ff.

que admitir entonces que este es un caso en el que, en el momento exacto del hecho (que es el momento que importa) no ha existido en los autores representación efectiva del peligro creado. Sin embargo, toda la doctrina,⁷ al igual que el BGHSt, considera que este es un caso doloso. Y no se equivocan. El caso de la correa de cuero constituye, a mi juicio, un caso de ceguera ante los hechos, y uno de los propósitos centrales del presente trabajo es demostrar por qué es correcto imputar dolo pese a la ausencia de conocimiento o de representación efectiva, en el autor, del peligro que él mismo ha creado.

Dolo no es ni voluntad ni conocimiento. Imprudencia, por su parte, no es ni ausencia de voluntad ni ausencia de conocimiento. Ello, sin embargo, no significa que voluntad y conocimiento, así como sus ausencias correspondientes, no jueguen papel alguno respecto de estas categorías. Tales estados mentales, en tanto datos fácticos que son, pueden, llegado el caso y junto con otros, ser relevantes para la conformación de los supuestos de hecho individuales que deban ser considerados dolosos o imprudentes. Pero en lo que respecta a los *conceptos* de ambas categorías nada tienen que aportar.

Hace casi un siglo que es un lugar común en la doctrina dominante comprender a la imprudencia como una categoría normativa, que nada tiene que ver con un estado mental. Se la entienda como violación a un deber de cuidado o como creación de un riesgo no permitido, esa doctrina dominante considera invariablemente que la imprudencia importa un *reproche objetivo* a la conducta del autor.⁸ Pues bien, no se comprende por qué no se ha concluido lo mismo respecto del dolo, al que se lo continúa considerando un dato fáctico, psíquico, concretamente un estado mental (conocimiento, voluntad, etc.),⁹ o en el mejor de los casos un concepto normativo que exi-

7. Salvo ENGISCH, en NJW 1955, S. 1688, aunque con argumentos que no son convincentes. Se trata no obstante de un muy breve comentario a fallo, en el que no había ocasión (ni intención por parte de Engisch) de desarrollar una teoría al respecto.

8. Cf., por todos, ROXIN, AT I⁴ (2006), § 24, nm. 8 y ss., con más referencias bibliográficas.

9. Así, la doctrina dominante: cf., entre otros, BOCKELMANN/VOLK, AT⁴ (1987), pp. 69 y ss.; HASSEMER, ADPCP 1990, pp. 917 y ss., 924 y ss.; WELZEL, PG⁴ (1993), p. 77; JESCHECK/WEIGEND, AT⁵ (1996), p. 293; SK-StGB⁷-RUDOLPHI (2002), § 16, nm. 1; Schönke/Schröder/CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, StGB²⁷ (2006), § 15, nm. 9 y ss.; FRISTER, AT⁵ (2011), p. 129. Paradigmática en este sentido es la definición de Wessels/Beulke: “Dolo, como estado de cosas psíquico, es la voluntad de realización de un tipo penal en conocimiento de todos los elementos objetivos del hecho” (WESSELS/BEULKE, AT⁴¹ [2011], § 7, nm. 203). También

ge no obstante la presencia ineludible de conocimiento o de representación efectiva, por parte del autor, del peligro creado, o de la posibilidad de su realización.¹⁰ Una conducta es penalmente típica sólo si es dolosa o si es imprudente; por tanto, debería ser claro que dolo e imprudencia son dos conceptos que pertenecen al mismo ámbito categorial. Sin embargo, ambos son tratados como categorialmente diferentes por la doctrina dominante (imprudencia como concepto normativo, dolo como concepto empírico), y ese es, a mi juicio, uno de los más graves errores que se ha cometido en la dogmática del ilícito.

Por su parte, aquellos autores que con toda claridad sostienen que “*dolo* es una expresión técnico-jurídica, que no se identifica ni con voluntad ni con representación, ni con intención”,¹¹ aceptan no obstante que, si bien el dolo no “es” ninguno de esos estados mentales, los supone *necesariamente*,¹² y muchas veces no explicitan las razones (normativas) de por qué ello debe ser así, pues se da por sobreentendido que quien sabe es más responsable que el que no sabe. A ese déficit de fundamentación normativa contribuye, a mi juicio, el hecho de que, incluso aquellos para quienes es obvio que el concepto de dolo es un concepto jurídico-normativo, y no empírico, no han intentado reconstruir con precisión en qué consiste concretamente ese concepto normativo, y por eso, aunque digan que el concepto de dolo es jurídico, terminan, pragmáticamente, identificando al dolo con conocimiento (o con voluntad, etc.),¹³ con lo cual, en definitiva, aceptan una vinculación de tipo conceptual entre “dolo” y el dato psíquico en cuestión. Si, en cambio,

Puppe es muy enfática a favor de la identificación del dolo con el conocimiento del autor, pese a que ello no se condice con su intención de lograr un concepto normativo de dolo: “El conocimiento de la magnitud del peligro no indica el dolo, en el sentido de la teoría de la probabilidad; él es el dolo” (NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 71). En la doctrina argentina sostienen esta concepción, entre otros, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG² (2002), pp. 519 y ss.; CREUS, PG⁵ (2004), pp. 238 y ss.; RIGHI, PG (2007), pp. 208 y ss.; RUSCONI, PG² (2009), p. 356.

10. Así, entre otros, KINDHÄUSER, FS-Eser (2005), pp. 348 y ss.; ROXIN, FS-Rudolphi (2004), pp. 244 y ss., 257; STRATENWERTH/KUHLEN, AT⁵ (2004), § 8, nm. 66 y ss.; en la doctrina argentina SOLER, DPA II⁵ (1987), pp. 123 y ss.; SANCINETTI, Teoría (1991), pp. 197 y ss.

11. SOLER, DPA II⁵ (1987), p. 123.

12. SOLER, *ibid.* Lo mismo sostienen los autores citados en nota 10.

13. Así SOLER, DPA II⁵ (1987), p. 152, y, entre otros, los autores citados en nota 10.

se toma en serio la idea de que el dolo, conceptualmente, se vincula a una norma, y se intenta una reconstrucción analítica de ese concepto consistente con ese punto de partida, el carácter meramente contingente de su relación con la presencia de un estado mental se aprecia con toda claridad, y ése es uno de los objetivos principales de este trabajo: mostrar qué es el dolo para demostrar que no hay razones para sostener que él requiere, necesariamente, la presencia de un determinado estado mental.

Conceptualmente, dolo e imprudencia, desde un punto de vista sintáctico, son propiedades definitorias de los respectivos casos genéricos: el caso genérico doloso y el caso genérico imprudente.¹⁴ Dolo e imprudencia son, pues, las propiedades que tornan dolosos o imprudentes a los supuestos de hecho establecidos por la ley como tipos penales. Semánticamente, por su parte, dolo e imprudencia son propiedades normativas, porque lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave, a partir de un juicio objetivo respecto al posicionamiento epistémico del autor en relación con su hecho.¹⁵ Y pragmáticamente, en tanto, dolo e imprudencia importan un tipo especial de acto de habla, conforme al cual, desde el punto de vista de un observador objetivo, no se describe sino que se valora una acción –previamente imputada al autor como suya– como contraria a una regla jurídico-penal. Desde este último punto de vista, calificar a una acción como dolosa o imprudente tiene el sentido ilocucionario de una valoración, i.e., emitir un juicio de valor en un sentido determinado, que es concretamente un sentido de reproche.

14 Cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, Introducción (1993), pp. 34, 52 y ss. “Caso genérico”, en este contexto, es el supuesto de hecho previsto en abstracto en una norma general (en un tipo penal, por ejemplo). “Caso individual”, por su parte, es el suceso empírico, el que ocurre en el mundo real, y que puede encuadrarse en el caso genérico a través del correspondiente proceso de subsunción.

15 Ciertamente, se formula ya un primer juicio de desvalor del hecho en función de los criterios de la llamada teoría de la imputación objetiva, a partir del cual se infiere su *relevancia* penal mínima, que coincide con el juicio de desvalor propio de la imprudencia (vgl. Roxin, AT I⁴ [2006], § 24, Rn. 10). Pero si el reproche que merece la conducta es más grave que el que posibilitan los criterios de imputación objetiva (= de la imprudencia), entonces entra en consideración el dolo, que es también una categoría normativa de imputación, y no un hecho.

La afirmación de que la voluntad no debe jugar ningún papel en el ámbito del concepto de dolo no constituye ninguna novedad. Tanto la teoría de la posibilidad, defendida entre otros por Schröder,¹⁶ Schmidhäuser¹⁷ y Jakobs,¹⁸ como las modernas teorías de la representación (Frisch)¹⁹ y las nuevas teorías de la probabilidad (Herzberg,²⁰ Puppe,²¹ Kindhäuser)²² han sostenido precisamente eso con toda claridad. Pero lo mismo debe decirse respecto del conocimiento, pues éste, al igual que la voluntad, es nada más que un estado mental, y por lo tanto un dato fáctico.²³ Constituye básica-

16. En FS-Sauer (1949), pp. 207 y ss. La llamada “teoría de la posibilidad” se remonta, de todas formas, ya al siglo XIX y a comienzos del XX. Durante ese período fue desarrollada –prácticamente en los mismos términos con los que fuera retomada a partir de la década de 1940– por varios autores, como, entre otros, BRUCK, *Fahrlässigkeit* (1885), pp. 15 y ss.; WOLFF, *Verhalten* (1923), pp. 214 y ss.

17. En, GA 1957, pp. 305 y ss.; EL MISMO, GA 1958, pp. 161 y ss.

18. En AT² (1991), 8/5a y 9/1.

19. En *Vorsatz* (1983), pp. 163 y ss.

20. En JuS 1986, pp. 249 y ss.

21. En ZStW 103 (1991), pp. 1 y ss.; también en NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 26 y ss.; NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 64 y ss.

22. En FS-Eser (2005), pp. 345 y ss., 353 y ss.

23. En la dogmática penal y procesal penal tradicional no se pone en cuestión el carácter fáctico no sólo del conocimiento, sino de todos los estados mentales o datos psíquicos: ellos son considerados *hechos*, que pueden probarse empíricamente, sin mayor discusión. Así, entre muchos otros, SK-StPO¹³-SCHLÜCHTER (1995), § 244, nm. 4 y s.; cf. especialmente las referencias bibliográficas que cita Freund en, *Normative* (1987), p. 8.; así también, aparentemente, ROXIN, JuS 1964, p. 60. Este punto de vista remite incluso al derecho romano (cf. HRUSCHKA, FS-Kleinknecht [1985], pp. 195 y s., con más referencias; también VOLK, FS-Arthur Kaufmann [1993], pp. 611 y ss.). De acuerdo expresamente con la consideración de los datos psíquicos como hechos, entre muchos, ENGISCH, *Untersuchungen* (1930), pp. 198 y s.; los considera “datos empírico-psicológicos” *Schünemann*, FS-Hirsch (1999), p. 367. Esta conclusión tradicional es, a mi juicio, básicamente acertada: si se acepta que por ‘hecho’ debe entenderse todo aquello que puede ser descrito por una proposición verdadera (así, en lo esencial, PATZIG, *Tatsachen* [1980], pp. 11 y ss., 15 y ss., 35 y s., 40 y s., siguiendo en esto a WITTGENSTEIN, *Tractatus* [1994], 2.04-2.06), entonces los datos psíquicos o estados mentales son hechos y pueden y deben ser sometidos a prueba en el proceso penal (de acuerdo con esto también TARUFFO, *Prueba* [2002], p. 159). Esta conclusión, sin embargo, no es aceptada por un sector minoritario de la literatura jurídico-penal actual (cf. por ejemplo FREUND, *Normative* [1987], pp. 3 y ss., 26 y ss.; RA-

mente un error categorial, en el sentido de Ryle,²⁴ afirmar que un constructo normativo por definición como el dolo sea un hecho psíquico (un estado mental), como lo es el conocimiento o la representación del autor. Ello, sin embargo, es precisamente lo que afirma la doctrina dominante.²⁵ E igualmente erróneo es insistir en que, por razones normativas, el conocimiento efectivo del peligro creado debe ser considerado un substrato psíquico indispensable para el dolo.²⁶

Ahora bien, así como resulta metodológicamente inaceptable un concepto psicológico de dolo, por cuanto está fundado en una falacia *naturalista* (es decir, en una derivación del deber ser a partir del ser), el camino no puede consistir tampoco en “normativizar” conceptos empíricos (como voluntad y conocimiento), dado que ello importa incurrir en una falacia *normativista*, esto es, en pretender derivar el ser a partir del deber ser. Uno de los programas dogmáticos más importantes de los últimos tiempos, el de Jakobs, parte de una clara falacia normativista. Él pretende, en efecto “(re) normativizar” conceptos empíricos, como causalidad, conocimiento, voluntad, etc.²⁷ Pero una “normativización” (o una “re-normativización”) sólo es posible en relación con conceptos *normativos*, como el de dolo, el de imprudencia, el de culpabilidad, etc. “Normativizar”, en ese contexto, significa asumir el desafío de eliminar las falacias naturalistas que se siguen cometiendo en los intentos de explicar esos conceptos normativos. Cuando, por el contrario, se trata de conceptos empíricos, todo lo que puede hacer normativamente una disciplina jurídica como la dogmática penal es decidir, a partir de un determinado parámetro valorativo, si esos hechos son o no relevantes

GUÉS I VALLÈS, GA 2004, pp. 257 y ss.). Una crítica detallada a la posición de estos últimos autores llevo a cabo en PÉREZ BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 618 y ss., 702 y ss.

24. Cf. RYLE, Begriff (1997), pp. 13 y ss.; cf. también BUNG, Wissen (2009), pp. 87 y ss.

25. Véanse las pertinentes referencias *supra*, en nota al pie N° 9. Es precisamente porque de hecho se identifica dolo con conocimiento que los autores que prestan atención a los llamados “indicadores” presentan a éstos como indicadores *del dolo* (así, entre otros, HASSEMER, GS-Arm. Kaufmann [1989], pp. 289 y ss.; SCHROTH, Vorsatz [1994], pp. 2 y ss.; SAFFERLING, Vorsatz [2008], pp. 185 y ss.), cuando en rigor son sólo indicadores fácticos objetivos de la existencia de un dato fáctico subjetivo, como lo es precisamente el conocimiento.

26. Como opina, entre otros, FRISCH, Vorsatz (1983), pp. 54, 334 y *passim*.

27. Cf. JAKOBS, AT² [1993], Prólogo a la 1ª edic., p. VII.

para el derecho, pero no adjudicarle a tales datos fácticos un nuevo “significado normativo”. Lo empírico permanece empírico también para el derecho.

La jurisprudencia alemana, cuando estampó aquella famosa expresión “querer en sentido jurídico” (precisamente en el caso de la correa de cuero), fue acertadamente criticada por la doctrina precisamente porque, con esa expresión, intentaba normativizar un concepto fáctico, como lo es el de “querer”. Pero esa literatura crítica (que es, por lo demás, tendencialmente “normativista”), procede en verdad de la misma manera que esa jurisprudencia. Así, por ejemplo, Puppe quiere “normativizar” el dato psíquico “voluntad”;²⁸ Roxin quiere “normativizar” el dato psíquico “decisión”²⁹ y Jakobs quiere “normativizar” el dato psíquico “indiferencia”.³⁰ Sin embargo, y tal como lo ha sostenido recientemente Pawlik, “quien se toma en serio a la normativización del dolo no puede, al mismo tiempo, permanecer asido tercamente a esas categorías de la teoría del delito que han sido desarrolladas sobre la base de una comprensión no normativa del dolo”.³¹ Por otra parte, ni con respecto al concepto de conocimiento ni con respecto al de voluntad es el uso del lenguaje lo suficientemente ambiguo como para que sea necesario distinguir entre un significado descriptivo y otro normativo de ambos, como se afirma últimamente en relación, sobre todo, con el denominado elemento voluntativo del dolo.³² Igual que el conocimiento, también la voluntad no es otra cosa que un *faktum* psíquico, es decir: un hecho. Lo que se tiene que establecer normativamente es si un hecho determinado, psíquico o físico, debe ser tomado en cuenta, o no, para poder caracterizar a un caso como doloso.

28. Cf. PUPPE, ZStW 103 (1991), p. 1 y ss.; NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 23 y ss., 68.

29. Cf. ROXIN, JuS 1964, p. 53 y ss.; FS-Rudolphi (2004), pp. 242 y ss.

30. Cf. JAKOBS, ZStW 114 (2002), pp. 595 y ss. Que “indiferencia” no sea “un proceso psíquico” sino la “ausencia de toda fidelidad al derecho” (así JAKOBS, FS-Rudolphi [2004], p. 108) no modifica nada: la ausencia de fidelidad al derecho es también información fáctica y, por tanto, no debe ser equiparada al dolo. En todo caso, la relevancia de ese dato fáctico para una imputación dolosa debe ser determinada jurídicamente a través de la categoría normativa del dolo. Últimamente Jakobs va incluso más lejos en este método erróneo y pretende “normativizar” también los términos “querer” y “saber” (cf., RW - Heft 3 2010, pp. 287, 297, notas a pie 10 y 39).

31. PAWLIK, ZIS 4/2010, S. 340.

32. Vgl. NK-StGB³-Puppe (2010), § 15, Rn. 23 ff., 68.

Vogel afirma que, salvo la excepción del trabajo de Jakobs en ZStW 114 (2002), aquí ya varias veces citado, “un estricto ‘objetivismo’, de acuerdo con el cual el dolo es atribuido con independencia de un sustrato psíquico, no ha sido sostenido por nadie en el moderno derecho penal alemán ni siquiera en los tiempos más recientes”.³³ Sin embargo, dado que Jakobs, como se ha visto, continúa no obstante asido a la metodología de “normativizar” conceptos psíquicos, la verdad es que sólo la tesis que aquí desarrollo constituye una auténtica excepción a ese panorama general descrito por Vogel, pues ella es la primera que realmente independiza por completo al concepto de dolo de un punto de partida psíquico. El concepto de dolo, en efecto, no será considerado aquí como un derivado de datos fácticos tenidos *a priori* como relevantes, sino como un derivado del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso.³⁴ En todo caso, a partir de ese concepto se determinará, *a posteriori*, qué datos fácticos (incluso psíquicos) resultan relevantes en cada supuesto de hecho para la formulación del reproche doloso, según las características del caso concreto.

II. La cuestión del derecho positivo

En Argentina, el derecho penal positivo vigente no constituye impedimento alguno para la explicación del dolo como un concepto estrictamente normativo como el que aquí se postula, no equiparable con el de conocimiento. Pues nuestro CP dice únicamente que no es punible quien actúa con error de hecho no imputable (CP, 34 inc. 1º).³⁵ Y qué sea un “error de hecho

33. LK-StGB¹²-VOGEL (2007), previo al § 15, nm. 68 y s. Roxin afirma también, aunque críticamente, que las características definitorias habituales del dolo, como “conocimiento”, “voluntad”, etc., son siempre “formuladas como datos psíquicos” (ROXIN, FS-Rudolphi [2004], p. 243). Según PAWLK, ZIS 4/2010, pp. 339 y ss., tampoco son genuinamente normativas las recientes monografías de STUCKENBERG (2007), SAFFERLING (2008) y BUNG (2009), pese a que son presentadas como normativas por sus propios autores.

34. Véase al respecto *infra*, apartado IV. En la literatura más reciente, críticamente sobre esta tendencia “normativizante”, entre otros, VOGEL en GA 2006, pp. 386 y ss.; GAEDE, ZStW 121 (2009), pp. 239 y ss.; a favor, entre otros, ROXIN, *ibid.*; JAKOBS, *ibid.*; NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 64 y ss.

35. De acuerdo con esto, en tanto sostiene implícitamente que el CP argentino no obliga a un determinado concepto de dolo, SANCINETTI, Dogmática (2003), p. 133. En contra la

no imputable” es algo que, en todo caso, sabremos no por lo que diga la ley o la naturaleza, sino por lo que determine el pertinente desarrollo dogmático de ese concepto legal,³⁶ que en nuestro país no es forzoso que se elabore a partir del par psicológico “conocimiento/desconocimiento”. Entre nosotros, por ejemplo, bien podría sostenerse que un error de hecho no imputable al autor sólo puede estar conformado por un desconocimiento no irracional del riesgo creado.

Tampoco el art. 42 del CP argentino impone un determinado concepto de dolo. Sólo establece que, para que alguien pueda ser penado por tentativa, tiene que actuar con el fin de cometer un delito determinado (esto es, con dolo directo de primer grado). Es decir: al dolo básico le establece una condición adicional, que se justifica en tanto el castigo por tentativa importa una extensión del ámbito de lo punible. Mi punto de vista coincide, en este aspecto, con el de la doctrina más tradicional en Argentina, conforme a la cual nuestro derecho positivo vigente exige dolo directo de primer grado para la tentativa, no siendo suficiente por tanto el dolo eventual.³⁷ Esta con-

doctrina dominante en nuestro país, que sostiene que el dolo tiene su base de derecho positivo o bien en el art. 34 inc. 1º del CP (así, por primera vez, Soler, en la primera edición de la parte general de su tratado [1940]: cf. SOLER, DPA II⁴ [1970], pp. 96 y ss.; lo siguen, entre otros, NÚÑEZ, DPA II [1960], p. 47; EL MISMO, Manual PG⁴ [1999], pp. 187 y ss.; FONTÁN BALESTRA, PG II (1966), p. 254; CREUS, PG⁵ (2003), p. 239; sobre los antecedentes legislativos de esta disposición cf. DE LA RÚA, Código² [1997], pp. 449 y ss.), o bien en el art. 42 del CP (así ZAFFARONI, Tratado III [1981], pp. 297, 309 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG² [2002], p. 519), o bien en el art. 35 del CP (así BACIGALUPO, PG [1987], p. 200; EL MISMO, Tipo² [1988], p. 50). Se ha sostenido asimismo que, ante la falta de regulación legal expresa, ninguna de estas tesis constituye “una solución dogmáticamente incuestionable” (FRÍAS CABALLERO/CODINO/CODINO, Teoría [1993], p. 384).

36. Exactamente en el mismo sentido, con respecto al concepto de dolo, Schönke/Schröder/CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, StGB²⁷ (2006), § 15, nm. 2.

37. Así, entre otros, NÚÑEZ, DPA II (1960), pp. 315 y ss.; EL MISMO, Disposiciones (1988), p. 166; CREUS, PG⁵ (2003), pp. 424 y s.; FONTÁN BALESTRA, PG II (1966), pp. 377 y s.; DE LA RÚA, Código² (1997), pp. 744 y ss., quien con razón sostiene: “...la expresión ‘fin’ que el legislador ha impuesto como condición en la tentativa, es regularmente interpretada como un componente de tipo intencional que especializa al dolo, resultando incompatible con modalidades eventuales... La razón apunta a una estructuración restrictiva de la tentativa, desde el punto de vista de la política criminal”. En contra BACIGALUPO, PG (1987), pp. 291 y s., quien argumenta en función del adjetivo ‘determinado’, pero lo cierto es que la opinión contraria, como se vio, no fundamenta su posición a partir de ese adjetivo, sino del sus-

clusión es válida también para sistemas legales como el alemán, que no son al respecto completamente unívocos.³⁸ De tal manera, queda claro que, conforme al punto de vista aquí sostenido, es posible diferenciar entre un dolo básico (lo que usualmente se denomina dolo eventual) y un dolo calificado (dolo directo de primer y segundo grado).³⁹

En Alemania, por su parte, el contenido literal del § 16.I StGB es mencionado una y otra vez por la doctrina como barrera infranqueable para el desarrollo dogmático de un concepto de dolo que no se identifique con el de conocimiento.⁴⁰ Pero ello no resulta convincente. A mi juicio, no es posible arribar a afirmaciones concluyentes a partir del tenor literal del § 16.I StGB.⁴¹ Pues, en todo caso, lo único que dice el § 16.I es que una persona actúa sin dolo si no conoce alguna circunstancia típica. Ello, sin embargo, no es ni un concepto ni una definición de dolo. Significa, únicamente, que esa falta de conocimiento, por imperio legal, es un dato fáctico que forzosamente cancela la posibilidad de una imputación dolosa. Pero todavía resta saber qué significa “dolosamente” (“*vorsätzlich*”) en el StGB, §§ 15, 16. Eso, sin

tantivo ‘fin’, presente en el art. 42 del CP argentino; en contra también ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG² (2002), p. 823; SANCINETTI, Teoría (1991), p. 146; RIGHI, PG (2007), pp. 416 y s. 38. En Alemania, como es sabido, la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, sin perjuicio de una minoría que opina lo contrario, y a la cual Roxin considera “digna de atención” (cf. las pertinentes referencias bibliográficas en ROXIN, AT II [2003], § 29, nm. 71); entre los autores que niegan la punibilidad de la tentativa con dolo eventual cita Roxin a Schmidhäuser (aunque sólo con relación a la tentativa inidónea: SCHMIDHÄUSER, Studienbuch² [1984], 11/19); PUPPE, NSTZ 1984, p. 491; STRENG, JZ 1990, p. 219 (este último de *lege ferenda*). También en España la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual: así, entre muchos, ALCÁCER GUIRAO, Tentativa (2000), pp. 228 y s., esp. nota a pie N^o 789, con ulteriores referencias bibliográficas (como contraria, en España, a la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, señala este autor sólo a TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, pp. 515 y ss.).

39. Así ya LUCAS, Verschuldung (1883), p. 17; en la literatura más reciente FRISCH, Vorsatz (1983), p. 496 y ss.; KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), p. 30; JAKOBS, RW - Heft 3 2010, p. 288, nota a pie 13; cf. también CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, p. 965.

40. Cf. por ejemplo FRISCH, Vorsatz (1983), pp. 32, 90 y *passim*; JAKOBS, AT² (1991), 8/5a (diferente en ZStW 114 [2002], pp. 584 y ss.); PUPPE, ZStW 103 (1991), pp. 36 y s.; GAEDE, ZStW 121 (2009), pp. 262 y ss.

41. Así, entre otros, JAKOBS, ZStW 114 (2002), pp. 597 y s.; BURCHARD, Irten (2008), pp. 14 y ss.

embargo, es algo que la ley alemana *no dice*,⁴² por lo que ni siquiera hay un tenor literal en el Código Penal a partir del cual pueda determinarse si un concepto de dolo propuesto por la doctrina o por la praxis configura –o no– una interpretación analógica prohibida por el Art. 103.II de la Constitución de ese país.⁴³ Lo único decisivo es que para que el dato fáctico señalado por la ley (“no conocer”: “*nicht kennen*”) posea efecto cancelatorio de una imputación dolosa, tiene que tener con ésta una vinculación conceptual que torne realizable ese efecto. Y dado que de lo que se trata es de una posibilidad de *imputación*, es a partir de lo que *jurídicamente* se entienda por “dolosamente” que deberá determinarse qué características ha de tener el estado mental “ausencia de conocimiento” (“*Unkenntnis*”) para que pueda excluir lo doloso de un caso, y no al revés, como procede la doctrina dominante, que implícita o explícitamente pretende determinar qué es “dolosamente” a partir de lo que la psicología o cualquier otro abordaje empírico entiende por “conocer” o por “no conocer”.⁴⁴

Ni en Argentina ni en Alemania, por tanto, existen impedimentos legales para la elaboración dogmático-penal de un concepto de dolo no identificado con datos empíricos, sean éstos psíquicos o físicos.

III. Aproximación sintáctica al concepto de dolo

Quedó dicho ya que dolo e imprudencia, desde un punto de vista sintáctico, son propiedades definitorias *del caso*, es decir, dolo e imprudencia son las propiedades que hacen que un caso sea doloso o imprudente. En este plano se está haciendo referencia a casos genéricos, no a casos individuales,⁴⁵ esto es, a clases de casos, no a casos concretos. Y una clase de caso es esa clase de caso porque reúne una serie de propiedades, que son las que la caracterizan como tal: dolo e imprudencia son, así, las propiedades que hacen

42. Cf. Schönke/Schröder/STERNBERG-LIEBEN, StGB²⁸ (2010), § 15, nm. 2.

43. De otra opinión LK-StGB¹²-VOGEL (2007), previo al § 15, nm. 70.

44. Correctamente al respecto STUCKENBERG, Vorstudien (2007), pp. 104 y ss.: “Debería... estar claro que sólo la ciencia jurídica puede decidir si y en qué medida son relevantes para ella los conocimientos de la psicología científica... Sería por tanto erróneo creer que la solución de problemas jurídicos puede provenir desde la psicología” (pp. 108 y ss.).

45. Véase *supra*, nota a pie N° 11.

que un caso sea doloso o imprudente, respectivamente. Son propiedades o características que definen casos, no personas.⁴⁶ Debería hablarse, por tanto, de caso doloso, o de hecho doloso (lo cual, al menos en Alemania, es incluso más apegado al tenor literal de los §§ 15 und 16 StGB). Que un autor individual presente determinados atributos psíquicos no significa que “tenga dolo”, sino que pueden atribuírsele ciertas disposiciones internas,⁴⁷ como conocimiento, voluntad, creencias, etc., que serán relevantes para caracterizar a un caso como doloso en la medida en que lo sean para el concepto de dolo que se emplea. Lo que es doloso, en definitiva, es el caso.⁴⁸ Lo mismo vale para la imprudencia.

Ahora bien, como las propiedades definitorias de un caso pueden ser empíricas o normativas, es importante dejar sentado desde el principio que dolo e imprudencia son propiedades normativas, y ello es así porque lo que torna doloso o imprudente a un caso es una determinada valoración objetiva de él como más o menos grave. Dolo equivale, entonces, a reproche grave (e imprudencia a reproche atenuado) *al hecho*. Y es claro que la gravedad de un hecho es una propiedad normativa (o valorativa o evaluativa) de ese hecho, no una propiedad fáctica. El derecho acude muy a menudo a propiedades normativas para fijar el presupuesto empírico que es condición para la aplicación de una sanción. Y lo que sucede con el derecho penal es que él, además de emplear propiedades normativas o valorativas para caracterizar algunos delitos en particular, emplea dos propiedades normativas para caracterizar a *todo* caso jurídico-penalmente relevante. Ellas son, precisamente, el dolo y la imprudencia: un caso penal o es doloso o es imprudente. Lo que quiere decir: hay relevancia jurídico-penal a partir de una determinada

46. Dicho de otro modo: “el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez”, pues el dolo “no constituye un *faktum* psicológico, sino un juicio de valor judicial” (ROXIN, Prólogo a PÉREZ BARBERÁ, Dolo [2011], p. 33).

47. Acerca del concepto de disposición y de los llamados conceptos disposicionales cf., entre otros, HASSEMER, ADPCP 1990, pp. 924 y ss.; EL MISMO, Einführung² (1990), pp. 183 y ss.; MYLONOPOULOS, Dispositionsbegriffe (1998), pp. 77 y ss.; KLEB-BRAUN, JA 1986, pp. 312 y ss.

48. Ésta es seguramente la razón por la cual Schmidhäuser prefiere el término “dolosidad” (“*Vorsätzlichkeit*”) en lugar de “dolo” (“*Vorsatz*”): cf., DEL MISMO, Vorsatzbegriff (1968), pp. 8 y ss.

gravedad en el apartamiento de una regla, y la atribución de responsabilidad será más o menos intensa en función de la intensidad de ese apartamiento.

Para que se comprenda mejor la idea de dolo como propiedad definitoria de un caso, vale el siguiente ejemplo: el caso genérico de la corrupción dolosa de menores está caracterizado por propiedades empíricas (la existencia de una determinada acción), por propiedades técnico-jurídicas (la minoridad de la víctima) y por propiedades valorativas, normativas o evaluativas (el carácter sexual de la acción, su carácter de corrupta y –también– el carácter doloso de la acción). Decir de un hecho que es doloso equivale a decir de un hecho que es grave, y es obvio que la gravedad de un hecho no es algo que encontraremos en el mundo empírico, sino en una determinada afirmación. Más específicamente: en un juicio de valor. El dolo es, básicamente, un juicio de valor.⁴⁹ Cuando hablamos de “lesiones graves” lo que encontramos en el mundo es, por ejemplo, una deformación permanente de un rostro, no una “gravedad”.

Ahora bien, dado que, para que sea posible la subsunción, es necesario que el caso individual sea una instancia particular del caso genérico, es cierto que, en el hecho ocurrido en el mundo real, se tiene que presentar la propiedad “dolosa” o la propiedad “imprudente”, del mismo modo en que, en un caso de lesiones corporales graves, se tiene que presentar la propiedad “lesión”, la propiedad “grave”, etc. La pregunta entonces es: si éstas son propiedades normativas y no son por lo tanto constatables empíricamente del mismo modo en que se puede constatar la existencia de una lesión o de una muerte, ¿cómo podemos afirmar que una determinada propiedad normativa forma parte de ese caso individual? La respuesta es la siguiente: es necesario, como afirma Caracciolo,⁵⁰ que las propiedades valorativas que caracterizan a un caso sean traducibles o reducibles a propiedades o características empíricas, pues de lo contrario no se dará el requisito esencial de la subsunción, que es la aplicación de una norma a un *hecho*. ¿Y cómo se procede para llevar a cabo esa reducción de lo valorativo a lo empírico? La respuesta es: a través de las llamadas reglas de correspondencia.⁵¹ Veamos

49. Cf. PÉREZ BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 663 y ss.

50. Cf. CARACCILO, LH-De la Rúa (2011), pp. 778 y ss.

51. Cf. al respecto, detalladamente, PÉREZ BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 76, 724 y ss., con más referencias bibliográficas; CARACCILO, LH-De la Rúa (2011), p. 779.

de qué se trata esto. Los términos valorativos, en derecho, son análogos a los términos teóricos o inobservables en las ciencias empíricas. Las reglas de correspondencia son las que permiten relacionar los términos inobservables (entre los que cabe contar a los términos valorativos) con términos observables. Por eso se las denomina también “reglas puente”, en tanto conectan la teoría con su base empírica, la cual es seleccionada a su vez por la propia teoría. No es posible extenderse aquí con una explicación detallada de la estructura de las reglas de correspondencia.⁵² Basta decir, con un ejemplo muy simple, que ellas son las que hacen posible que un destello luminoso (término empírico) sea un electrón (término teórico).⁵³ Pero un electrón no “es” ese destello luminoso, sino que ese destello luminoso es interpretado *como electrón* por la teoría, a través de la pertinente regla puente o de correspondencia. Y es a partir de la propia teoría, ciertamente, que se selecciona al destello luminoso, y no a otro hecho, como relevante para su base empírica. Ello es así porque toda hipótesis teórica tiene implícita una hipótesis normativa de relevancia, que es la que determina qué datos empíricos son los que *deben* ser seleccionados.⁵⁴ Para lo que aquí interesa, puede decirse que si en un caso se constatan una serie de hechos a partir de los cuales puede decirse que existe una posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo,⁵⁵ entonces ese caso podrá ser interpretado como doloso. Es decir: esos hechos serán los que permitan emitir una determinada valoración de ellos, que es aquello en lo que el dolo consiste como concepto-objeto. El dolo como meta-concepto es, por su parte, la teoría que se elabora para explicar el concepto-objeto y para establecer cuáles son los hechos o datos fácticos que deben contar como relevantes para un caso doloso.⁵⁶ Tales hechos serán los que per-

52. Véase PÉREZ BARBERÁ, *ibid.* En cuanto a la bibliografía específica de filosofía de la ciencia cf., entre muchos otros, HEMPEL, *Filosofía* (2001), pp. 110 y ss.; Díez/MOULINES, *Fundamentos* (1999), pp. 289 y ss.; KLIMOVSKY, *Desventuras* (1997), pp. 40 y s.

53. El ejemplo es de KLIMOVSKY/HIDALGO, *Inexplicable* (1998), p. 125.

54. Cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción* (1993), pp. 33, 145 y s., 156 y s. La hipótesis de relevancia es siempre una hipótesis de segundo orden, pues se refiere a la hipótesis teórica.

55. Véase al respecto *infra*, apartado IV.

56. Enseguida se regresa sobre estas distinciones, con la pertinente referencia bibliográfica (véase *infra*, nota a pie N° 60)

mitirán emitir una determinada valoración acerca del caso en el que aparecen como relevantes, y esa valoración es precisamente aquello en lo que el dolo consiste. Son esos hechos (psíquicos, físicos e institucionales)⁵⁷ los que deben ser probados para que pueda decirse que el caso es doloso. Pero el dolo no es ninguno de esos hechos y él, por tanto, no es lo que debe ser probado en el proceso. Para decirlo nuevamente con el ejemplo de la lesión corporal: cuando decimos que ella es grave, lo que constatamos empíricamente no es su gravedad, sino un hecho (como por ejemplo la deformación permanente de un rostro) que es interpretado o valorado como grave por un estándar determinado. Pues bien: dolo e imprudencia no son hechos, sino esos estándares a partir de los cuales un hecho se valora como más o menos grave. Y vale aclarar que el hecho de que sea necesario que una propiedad normativa de un caso individual pueda ser traducida a palabras con contenido empírico para ser subsuible en un caso genérico no torna empírica a esa propiedad. Una cosa es la propiedad valorativa y otra los datos fácticos que permiten emitirla.

Como consecuencia de lo que se acaba de indicar, el dolo *no puede ser un hecho* (ni psíquico, ni físico, ni institucional), tal como lo describe la doctrina dominante, ni tampoco puede ser un “juicio adscriptivo”, en el sentido de Hruschka.⁵⁸ Pues “dolo” no es un estado mental que se atribuye a una persona, como sí lo son el conocimiento, la intención, etc.⁵⁹ Ninguno de esos estados mentales es el dolo. La presencia o la ausencia de conocimiento, de voluntad o de cualquier otro dato empírico, psíquico o físico, no dice nada, *per se*, acerca de la presencia o ausencia de dolo. Obviamente, tanto el cono-

57. “Institucional” en el sentido de SEARLE, *Actos* (1994), pp. 58 y ss.

58. Cf. HRUSCHKA, *FS-Kleinknecht* (1985), p. 201.

59. Acertadamente al respecto BUNG, *Wissen* (2009), pp. 165 y ss, en la medida en que sostiene que un estado mental debe serle atribuido al agente. Se equivoca, empero, cuando entiende que ese estado mental es el dolo mismo (*ibid.*, pp. 166 y s.). Pero con esta metodología no “traiciona” Bung su punto de partida psicologista orientado en función de la idea de voluntad, pues atribuir un estado mental constituye una operación fáctica y se basa, en consecuencia, en leyes empíricas, no jurídicas (cf. al respecto PÉREZ BARBERÁ, *Dolo* [2011], pp. 730 y ss.). No es correcto, por lo tanto, sostener que, con ese proceder, Bung “normativiza por completo el concepto de voluntad” (así GRECO, *ZIS* 13 [2009], p. 820). Ya se ha sostenido más arriba que “normativizar” conceptos empíricos constituye un error categorial y que el punto de vista de Bung no puede ser considerado como normativo (véase *supra*, nota a pie Nº 30).

cimiento como la voluntad son necesarios para orientarse en el mundo.⁶⁰ Se trata de datos que, por así decirlo, pertenecen al mundo. El dolo, en cambio, no forma parte del mundo, sino del derecho. Y es el dolo, como categoría jurídica, la que desde el derecho establece cómo corresponde que sea valorada jurídicamente una determinada orientación fáctica. Puede decirse, por ejemplo, que “querer” incluye no sólo a las consecuencias principales sino también a las consecuencias accesorias de la conducta, esto es, que incluye al complejo total del suceso.⁶¹ Pero no se necesita al derecho para afirmar eso,⁶² pues se trata de un enunciado puramente fáctico. Lo que tiene que establecerse desde el derecho es si querer una determinada consecuencia, principal o accesoria, es relevante, o no, para considerar a un caso como doloso. Y allí entra en acción el concepto de dolo: *él* establece esa relevancia.

Por supuesto, desde el derecho se establece también qué es “dolo”. El concepto de dolo está conformado *por* lenguaje y *en* el lenguaje. Y es también con lenguaje y desde el lenguaje que se lo describe o reconstruye. De allí que en esta tarea de reconstrucción conceptual no pueden estar ausentes categorías propiamente lingüísticas (y por eso se estructura este trabajo a partir de una aproximación sintáctica, semántica y pragmática), y que, así como cabe distinguir entre lenguaje-objeto y metalenguaje, sea necesario distinguir entre un concepto-objeto y un metaconcepto de dolo. Con lenguaje nos referimos al dolo y lo empleamos como concepto (y ese es el concepto-objeto de dolo), y con lenguaje elaboramos una teoría para explicar ese concepto-objeto (y esa teoría es el metaconcepto de dolo).⁶³

IV. Aproximación semántico-pragmática al concepto de dolo

Gracias a la aproximación sintáctica puede saberse ya cómo funciona el dolo. Ha quedado claro que el dolo no es un dato fáctico (un hecho o una propiedad empírica) sino una propiedad normativa, y que si un caso es

60. Así JAKOBS, RW - Heft 3 2010, pp. 285 y s.

61. Así ya v. HIPPEL, *Grenze* (1903), pp. 83 y s., 108; lo mismo, y con prácticamente la misma terminología, sostiene últimamente JAKOBS, RW - Heft 3 2010, pp. 288 y ss., quien sin embargo no cita a v. Hippel.

62. De otra opinión JAKOBS, *ibid.*, p. 290, nota a pie 18.

63. Cf. PÉREZ BARBERÁ, *Dolo* (2011), pp. 637 y ss., 678 y ss.

doloso es porque se lo ha valorado de una determinada manera, no porque en él aparezcan determinadas informaciones fácticas (psíquicas o físicas) a las que *necesariamente* se las deba identificar con el dolo. Pero ¿qué es ser “doloso”? ¿Cómo debe ser interpretada esta propiedad? Con estas preguntas se ingresa a la dimensión semántico-pragmática del concepto de dolo. Para obtener un concepto de dolo en este marco, se adhiere aquí expresamente al método teleológico, conforme al cual no corresponde inferir nada a partir de premisas ónticas. Mi punto de partida está conformado por premisas prácticas, fundamentalmente finalidades y razones (normativas): fin del derecho penal, *ratio legis* del mayor castigo del hecho doloso.⁶⁴ Sólo una vez que ese punto de partida quede clarificado podrá brindarse el pertinente concepto-objeto de dolo, que será producto de esta aproximación semántica.

En este sentido, dos son los axiomas de los que parte mi concepción. El primero establece cuál es el fin del derecho penal, y reza lo siguiente:

Fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas.⁶⁵

64. Fundamental al respecto Roxin, *Kriminalpolitik*² (1973); *Schmidhäuser*, *Vorsatzbegriff* (1968), pp. 15 y ss.; *Frisch*, *Vorsatz* (1983), pp. 34 y ss.; *Jakobs*, *AT*² (1991), ya desde el prólogo a esta edición.

65. El axioma en cuestión se apoya en los desarrollos teórico-sociales más actuales e interesantes, como son los de Luhmann y Habermas: cf. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (1972), pp. 40 y ss.; EL MISMO, *Recht* (1993), pp. 138 y s.; HABERMAS, *Teoría II*⁴ (1999), pp. 30 y s.: “las reglas rigen contrafácticamente”. Sin perjuicio, por cierto, de las importantes diferencias teóricas entre ambos autores. Fuera de ello, es un error pretender emplear teorías como la de sistemas sociales de Luhmann o de la acción comunicativa de Habermas para elaborar, en todos sus detalles, la semántica propia de los conceptos jurídicos. En tal caso se les pediría a aquellas teorías más de lo que ellas pueden ofrecer, pues ellas son macro-teorías, y por tanto no pueden brindar, para la semántica propia del derecho, más que un punto de partida muy general. El detalle de esa semántica debe ser elaborado, por tanto, a partir de premisas más específicas, derivadas no del código operacional (*Kodierung*)

Y el segundo establece cuál es la *ratio legis* del mayor castigo de cierta clase de hechos con relación a otra clase de hechos, y reza lo siguiente:

La orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. Representaciones epistémicamente irracionales determinan orientaciones cognitivas defectuosas, al igual que representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente desacertadas. Por su parte, la falta de conocimiento o de representación, si es racional, determinará también orientaciones defectuosas, y si es irracional, orientaciones arbitrarias. Si se trata del apartamiento de una regla, el que se funda en una orientación óptima tiene la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que el que se funda en una orientación arbitraria, intensidad que es siempre mayor a la del apartamiento que se funda en una orientación defectuosa. Cuanto mayor es la intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, mayor debe ser también su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma.

Por tratarse de axiomas, no corresponde que sean sometidos a prueba en este lugar.⁶⁶ Y cabe a su vez dejar sentado que, por el momento, para no desviarse de la argumentación (y también por cuestiones de espacio), en cuanto al significado que se le da aquí a los términos “racional”, “irracional”, etc. es necesario contentarse con una aproximación intuitiva, que identifica a lo racional con aquello que se corresponde con determinadas bases epistémicas, o con modos de actuar normales o cotidianos de la generalidad o de quienes se desempeñan en una actividad concreta dentro de una sociedad

general que caracteriza al derecho, sino del programa específico del ámbito jurídico de que se trate (así MILLALEO, Salvador, *Teoría social de sistemas y derecho penal de las empresas*, conferencia dictada el 09/02/2012 en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo, Alemania, aún no publicada; la cita me fue autorizada por escrito por su autor). Fundamental al respecto también JAKOBS, AT² (1991), 1-4 y ss.

66. De todas formas, una fundamentación extensa de por qué se llega a estos axiomas ofrezco en PÉREZ-BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 85 y ss.

determinada,⁶⁷ como enseguida se explicará. Y es necesario también, para evitar posibles malentendidos, establecer –estipulativamente– que, en el marco de este trabajo, por “representación” se entiende la activación psíquica de un conocimiento o de una creencia, operada en el presente exacto de una situación y que, por tanto, no puede tener duración.⁶⁸ “Conocimiento”, por su parte, es saber verificado racionalmente, i.e., a partir de marcos epistémicos compartidos por todos en el universo de casos de que se trate y propios de ese universo, o compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles. Y “creencia”, finalmente, es la convicción no verificada –racional o irracional, según el caso– acerca de la existencia de estados de cosas. Por lo tanto, hay ausencia de conocimiento cuando algo no se sabe, y ausencia de representación cuando la activación de lo que se sabe no se produce.

Pues bien, de aquellos dos axiomas, asumidos acumulativamente –y en conjunción con las estipulaciones efectuadas–, se obtienen las siguientes proposiciones:

1. Las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación óptima para orientarse en el mundo (esto es, las que tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas), si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que, atento la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intencionalmente contraria a la de la regla. Ello es así porque esa clase de correlación epistémico-ontológica hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor importe

67. Una explicación detallada de lo que cabe entender por racionalidad en este contexto expongo en PÉREZ-BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 756 y ss., donde se aborda y desarrolla la idea de “racionalidad comunicativa”, que no es otra cosa que un concepto epistémico de racionalidad (fundamental al respecto HABERMAS, Facticidad [1998], pp. 65 y ss.: “el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa”; EL MISMO, Wahrheit [1999], Einführung, Abs. IV). Cf. también Bacigalupo, Derecho (2006), pp. 32 y ss., 67. Brevemente: el concepto de racionalidad es un concepto normativo con ayuda del cual se establece si una determinada opinión está epistémicamente justificada (así, entre otros, Becker, Rationalität [1995], pp. 189 y ss.).

68. Sobre esto cf. LUHMANN, Systeme (1984), p. 356.

comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importe asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y además porque, en tales casos, el autor no tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible⁶⁹ que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor, es decir, el doloso (es lo que corresponde con los casos claros⁷⁰ de lo que se conoce como dolo directo de primer grado o con los casos claros de lo que se conoce como dolo eventual: A mata a B de un disparo en la cabeza, siendo consciente de las regularidades empíricas obvias⁷¹ que se dan en el caso; A, mientras huye, dispara a B que lo persigue, sólo para cubrir su huída y no para matarlo, pero lo mata, habiéndose representado la posibilidad de ese resultado).

2. En cuanto a las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación no óptima para orientarse en el mundo, cuando se trata del apartamiento de una regla es necesario distinguir en tres subgrupos: *a)* Apartamientos que tienen por base o bien una ausencia de representación epistémicamente racional, o bien una representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa. *b)* Apartamientos que tienen por base una representación epistémicamente irracional (aun cuando por azar sea, *ex post*, ontológicamente acertada). *c)* Apartamientos que tienen por base una ausencia de representación epistémicamente irracional.

Tanto en *a)* como en *b)* se comunica una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como *no* intensamente contraria a la de la regla, pues se funda en orientaciones cognitivamente defectuosas.

En *a)* [ausencias de representación epistémicamente racionales, representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente defectuosas] ello es así porque la racionalidad epistémica de la ausencia de representa-

69. Acerca del concepto de “atendibilidad objetiva” en este contexto cf. PÉREZ BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 766 y ss.

70. Es decir, casos de sencilla o indiscutible subsunción.

71. Con esto se hace referencia a aquello que, en epistemología, se designa como “regularidad nómica”: si no ocurre, queda falsada automáticamente alguna ley natural (cf. al respecto DIEZ/MOULINES, Fundamentos [1999], pp. 128 y ss.).

ción o de la representación ontológicamente defectuosa hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor importe ciertamente comunicar otra regla, opuesta a la violada, pero sin que ello implique, a la vez, comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; en tales casos, por tanto, el autor sí tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas, a lo sumo, un castigo menor, es decir, el imprudente (es lo que corresponde con los casos claros de imprudencia, “consciente” o “inconsciente”).

En b) [creencias epistémicamente irracionales, aun cuando sean ontológicamente acertadas desde una perspectiva *ex post*] la intensidad comunicativa contraria a la regla es igualmente menor, porque ni siquiera el acierto ontológico compensa el desacierto epistémico, esto es: conductas fundadas en creencias obtenidas irracionalmente tienen una repercusión comunicativa devaluada, tanto cuando con ellas no se acierta ontológicamente (que será lo habitual) como cuando sí se acierta. En tales casos es cierto que el autor, subjetivamente, comunicará *ex ante* una regla contraria a la violada e incluso una pretensión de validez respecto de su propia regla, y es cierto también que no tendrá margen *subjetivo* para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Pero, *objetivamente*, dicha comunicación no puede ser tomada en serio como un apartamiento intenso de la regla, atento la falta de correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo. Por este motivo, también estas conductas merecen, a lo sumo, un castigo menor, es decir, el imprudente. Ejemplo de una representación epistémicamente irracional pero acertada *ex post*: A quiere contagiar el virus del SIDA a la mujer B y para ello mantiene con ella una sola vez relaciones sexuales no violentas por vía vaginal, en la creencia irracional que de ese modo la probabilidad de contagio es muy alta. Pero dicha probabilidad, como es sabido, no supera el 1 %. B, sin embargo, se contagia de SIDA. De ese modo, A ha alcanzado por casualidad un resultado que se había representado irracionalmente, por lo que dicho resultado (en este caso: lesiones corporales) puede ser imputado a lo sumo como imprudente. Ejemplos de una representación irracional y desacertada *ex post* son los casos de tentativas irreales y supersticiosas que no obstante generan un riesgo no permitido, como el caso del siguiente ejemplo: A cree que moviendo unas extrañas fichas en un tablero puede lograr que cualquier persona haga lo que él quiera, y decide estafar a B. Lo

engaña, pero, de acuerdo con el plan de A, para que la estafa se consume es necesario que B entregue una suma de dinero a C, un amigo de A que nada sabe del asunto. A mueve entonces las fichas del tablero para que C vaya a casa de B a retirar ese dinero, lo cual, obviamente, nunca ocurre. Por ser irracional la representación del autor, grava a éste sólo atenuadamente, y su conducta puede ser imputada sólo como imprudente (por tratarse de una tentativa, el hecho de que sea imprudente conduce, por derecho positivo, a su impunidad).

Finalmente, en c) [desconocimientos o ausencias de representación epistémicamente irracionales], se dan circunstancias que deben ser valoradas del mismo modo que las de los casos de apartamiento de una regla en los que media una representación epistémicamente racional y ontológicamente acertada. En estos casos, la conducta tiene lugar a partir de una orientación *arbitraria*, y comunica por tanto una toma de postura que, desde un punto de vista objetivo, es intensamente contraria a la de la regla y, por tanto, hostil hacia dicha regla. Ello es así porque “arbitrariedad”, en este contexto, significa un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación. Se trata de ausencias de representación tan crasas que, en la medida en que el sujeto no sea un inimputable, sólo pueden ser interpretadas como consecuencias de una toma de postura completamente egoísta (*ceguera ante los hechos*).⁷²

72. Todo caso de *ceguera ante los hechos* es, por lo tanto, consecuencia invariable de una falta de interés del autor por los bienes de los otros (así por ejemplo JAKOBS, *Estudios* [1997], texto 3 [1989], p. 138); de ello, sin embargo, el autor usualmente no será consciente, por lo que sus motivaciones inmediatas pueden ser otras, como, por ejemplo, la convicción (objetivamente equivocada) de tener razón respecto a la corrección normativa de una acción propia (esta actitud, de hecho, es muy común en el tránsito vial en Argentina); o el no querer saber la verdad para contar luego con una excusa en caso de incriminación (supuestos de auténtica “ignorancia deliberada”: cf. al respecto RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia* [2007], pp. 111, 156 y ss.); o el no querer saber la verdad pese a ser muy sencilla su averiguación porque se intuye que ese conocimiento traerá consigo un efecto desagradable (supuestos de “autoengaño”: cf. al respecto PÉREZ BARBERÁ, *Sorpresas* [2005], pp. 104 y ss., con más referencias bibliográficas), etc. Así, es verdad que en estos casos hay siempre “indiferencia hacia el interés lesionado” (RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia* [2007], p. 193), pero como ello es algo que caracteriza no sólo al dolo sino también a por lo menos algunos supuestos de imprudencia, su relevancia para el dolo dependerá de su grado. Tampoco debe confundirse un genuino caso de *ceguera ante los hechos* con un

De allí que, también aquí, desde un punto de vista *ex ante* el apartamiento del autor importa comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importa asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y tampoco en este supuesto el autor tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas el castigo mayor, esto es, el que corresponde a los delitos dolosos.⁷³ Como ejemplo de estos supuestos vale el caso de la correa de cuero (ya descripto) y también el siguiente, proveniente de la jurisprudencia de nuestro país: A se retira de una discoteca fuertemente alcoholizado, pero no en estado de inimputabilidad. Junto con otros seis jóvenes se suben al automóvil de A, un pequeño Ford K. A no permite que ninguno de los otros jóvenes conduzca el vehículo, pese a que sabe que ha bebido mucho alcohol y a que sabe también que es un pésimo conductor (había obtenido el carnet de conducir de manera ilegal). Una vez en la autopista, acelera el automóvil a más de 160 km/h y esquiva a los demás vehículos en zig-zag, hasta que embiste a uno de ellos desde atrás, sin haberse representado nunca la posibilidad de ese resultado. Algunos de sus acompañantes mueren a causa del siniestro.⁷⁴

supuesto en el que, simplemente, las pruebas de la causa demuestran que el autor miente cuando afirma que no se representó una determinada circunstancia: allí se concluirá, en definitiva, que el autor sí se representó lo que él niega (ejemplos: el autor niega haberse representado la edad de la víctima, cuando esa edad era obvia conforme a su estructura física; el autor niega haber sabido que lo que transportaba era droga, cuando del contexto de la causa surge que tal conocimiento era obvio, etc.: cf. al respecto RAGUÉS I VALLÈS, Ignorancia (2007), pp. 30 y ss., 44 y ss., 48 y s., con ejemplos de la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español del año 2000 en adelante, que acude a la figura angloamericana de la *willful blindness*.

73. Un número creciente de autores coincide en que, en casos como estos, el autor no puede ser honrado con un castigo menor: así SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 788; PUPPE, ZStW 103 (1991), p. 12; LK-StGB¹¹-SCHROEDER (1994), § 16, nm. 89; LESCH, JA 1997, pp. 802 y s.; similar pero más cauto RAGUÉS I VALLÈS, Ignorancia (2007), pp. 182 y ss. Y proponen incluso su castigo a título de dolo: así; RINCK, Deliktsaufbau (2000), pp. 381 y ss.; JAKOBS, ZStW 114 (2002), pp. 584 y ss.; EL MISMO, FS-Rudolphi (2004), p. 108; EL MISMO, RW - Heft 3 2010, p. 307; PÉREZ BARBERÁ, Sorpresas (2005), pp. 104 y ss. Roxin, por su parte, acepta que la cuestión es discutible, pero que depende de una decisión del legislador (AT I⁴ [2006], § 12, nm. 34).

74. La Cámara de Acusación de Córdoba (Argentina) confirmó en este caso la apertura

Fácilmente puede advertirse que la solución de los supuestos de hecho aludidos en 1 y 2.a) coincide con la que propondría la doctrina tradicional: son casos claros de dolo (“directo de primer grado” y “eventual”) e imprudencia. Son, en cambio, las soluciones de los supuestos de hecho descritos en 2.b) (casos de consumación objetivamente inesperada y de tentativas irreales o supersticiosas) y 2.c) (casos de ceguera ante los hechos) las que difieren de aquellas a las que arribarían casi todas las teorías ensayadas hasta ahora respecto del concepto de dolo.

En los casos de consumación objetivamente inesperada el autor se representa irracionalmente el riesgo que finalmente se realiza. Para una concepción dogmática que caracterice al dolo y a la imprudencia según cuál sea el estado mental presente en cada caso, y que no le interese si –cualquiera sea el estado mental– el autor *comunica* algo que importe un apartamiento de la regla de que se trate ni la intensidad de ese efecto comunicativo, obviamente que la cuestión relativa a la racionalidad del modo en que el autor obtuvo su representación le resultará indiferente y considerará sin dudar que este es un caso de dolo. Pero para la concepción que aquí se defiende, el dato de que se comunique algo relevante y la intensidad de esa relevancia comunicativa contraria a la regla es fundamental, y por lo tanto la pregunta acerca de la racionalidad epistémica del estado mental pertinente deviene indispensable. Si, como sucede en este caso, se está ante una creencia epistémicamente irracional, entonces la imputación a título de dolo queda excluida, pues ésta, por imponer una pena mayor, requiere una intensidad también mayor en el apartamiento de la regla, intensidad que no se alcanza con una génesis irracional de esa clase de estado mental.

Los casos de tentativa (inidónea) irreal y supersticiosa,⁷⁵ en tanto superen el umbral del riesgo no permitido, son considerados como dolosos por la mayoría de la doctrina, que no obstante postula su impunidad con base en argumentos poco coherentes con cualquier fundamentación de la

de juicio oral con una acusación por dolo eventual (auto N° 661 del 09/11/2009, causa “Castro”). Luego, el tribunal de juicio condenó por imprudencia (Cámara 7ª del Crimen, Sala Unipersonal a cargo del vocal Carlos Ruiz, sentencia del 20/05/2011). Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación tanto el ministerio público como la querrela, pero el tribunal de casación, a la fecha de la presente publicación, aún no se ha expedido.

75. Sobre la distinción entre tentativa irreal y tentativa supersticiosa cf., por todos, SANCINETTI, Teoría (1991), pp. 487 y ss.

punibilidad de la tentativa.⁷⁶ En este trabajo, en cambio, todos los casos de tentativas (inidóneas) irreales (y también los de tentativas supersticiosas) se consideran supuestos de imprudencia, y se arriba a la conclusión de su impunidad de un modo mucho más sencillo y convincente: a través de la aplicación de la regla de derecho positivo conforme a la cual toda tentativa imprudente es impune. Pues un hecho tal, debido a la irracionalidad epistémica de la representación, no tiene fuerza comunicativa suficiente contra la regla como para hacerlo merecedor de la pena más grave.

Los casos de “ceguera ante los hechos”, finalmente, constituyen un problema del cual la literatura se ocupa desde hace tiempo.⁷⁷ También aquí, para una concepción que agote la problemática conceptual del dolo y de la imprudencia en la contraposición de estados mentales (en este caso: conocimiento/desconocimiento), resultan indiferentes cuestiones relativas a la intensidad comunicativa de la conducta que se aparta de la regla. En consecuencia, desde tal punto de vista no se dudaría en afirmar que tales supuestos pueden ser imputados a lo sumo como imprudentes.⁷⁸ Pero para la concepción que aquí se defiende, ese dato de la intensidad comunicativa es fundamental, y por lo tanto también aquí deviene imprescindible la pregunta relativa a la racionalidad de la falta de representación del autor. Si, como sucede en este caso, esa falta de representación es epistémicamente irracional, y manifiesta por lo tanto una orientación arbitraria en el mundo (i.e., objetivamente desafiante u hostil hacia la regla), atento su elevada intensidad comunicativa cabe considerar que tal conducta es reprochable a título de dolo,⁷⁹ independientemente de que pueda predicarse la posibilidad

76. Sobre las dificultades teóricas que ofrece tanto a las teorías objetivistas como a las subjetivistas la cuestión de la impunidad de la tentativa irreal resulta sumamente ilustrativo SANCINETTI, *Teoría* (1991), *ibid.* nota anterior.

77. Cf. ya MEZGER, FS-Kohlrausch (1944), pp. 180 y ss.; Studienbuch² (1948), pp. 139 y ss.; JAKOBS, AT² (1991), 8/5; NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 99 y 118; LESCH, JA 1997, pp. 802 y s.; PUPPE, AT² (2011), § 21, nm. 25; GAEDE, ZStW 121 (2009), pp. 243 y ss.

78. Así, en la literatura más reciente, NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 70. Así también la doctrina dominante: cf., entre otros, STRATENWERTH, ZStW 71 (1959), p. 56; SCHROTH, JuS 1992, p. 7; SK-StGB⁷-RUDOLPHI (2002), § 16, nm. 43; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵ (2002), pp. 314 y ss.

79. Similar, en los resultados, LK-StGB¹¹-SCHROEDER (1994), § 16, nm. 89; SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 788; EL MISMO, JR 1989, p. 93; SACHER, Sonderwissen (2006), pp. 181 y ss.; sólo

de una *poena naturalis*. Pues, se acepte o no la tesis de que dicha posibilidad ha de conducir necesariamente a la conclusión (empírica) de que en el caso no hubo representación,⁸⁰ lo que aquí se pone en cuestión es la racionalidad (por arbitrariedad) de esa falta de representación.

Los casos de consumación objetivamente inesperada y los de ceguera ante los hechos son los que muestran del modo más impactante hasta qué punto la presencia o la ausencia de un determinado estado mental no es lo que decide que un caso sea doloso o imprudente. Y ello es así porque los datos fácticos relevantes (físicos y psíquicos) para un caso se seleccionan, como ya fuera explicado, a partir de consideraciones de merecimiento de pena, o mejor expresado: de la *ratio legis* del mayor castigo que merece el delito doloso en relación con el imprudente. Es precisamente a partir del concepto de dolo que un estado mental o la ausencia de él se selecciona como relevante, o se descarta como irrelevante, en función de su racionalidad. Ciertamente, bien podría decirse que es por razones normativas que el conocimiento efectivo del autor debe estar presente para que un caso pueda ser tenido por doloso. Ello, sin embargo, es negado aquí en virtud de las consideraciones de merecimiento de pena indicadas más arriba, que muestran que existen casos de ausencia de conocimiento que, no obstante, por su elevado efecto comunicativo contra la regla deben ser imputados como dolosos. Sobre esto se insistirá enseguida.

Se receipta, así, el ya aludido paradigma de la racionalidad comunicativa, defendido especialmente por Habermas,⁸¹ producto a su vez del denominado “giro pragmático”, operado en filosofía del lenguaje y de la mente especialmente a partir de Rorty.⁸² Conforme a esto, lo que interesa no

de *lege ferenda* también JAKOBS, AT² (1991), 8/5 y ss.; ahora también de *lege lata* en, DEL MISMO, ZStW 114 (2002), pp. 584 y ss.

80. Así JAKOBS, AT² (1991), 1/7a. Sin embargo, la amenaza de *poena naturalis* no puede ser tenida –como cree Jakobs: AT² (1991), 8/5– como la explicación del menor merecimiento de pena del delito imprudente, porque lo cierto es que esa amenaza no tiene por qué actuar *per se* de manera disuasoria para el autor que incluso conscientemente está dispuesto a dañarse a sí mismo con tal de dañar a otros, como lo ponen de manifiesto los casos de atentados terroristas llevados a cabo por suicidas: si el autor sobreviviera, sin dudas le sería imputable su acción a título de dolo.

81. Véase *supra*, nota a pie N^o 64.

82. Cf. RORTY, Espejo (1983).

es la racionalidad inmanente-individual al sujeto, sino el modo en que su obrar, como comunicación, se integra en (y afecta a) la comunicación con los otros.⁸³ Lo racional o irracional de un comportamiento, por lo tanto, ha de determinarse en función de parámetros epistémicos, no ontológicos. Porque el comportamiento es mirado como comunicación y, conforme a esta visión, lo que interesa para que una comunicación sea tomada en serio como tal no es que acierte ontológicamente, sino que sea epistémicamente consistente, dado que el acierto ontológico puede deberse al mero azar. Lo que importa, entonces, no es tanto la cuestión ontológica de la presencia o ausencia de un estado mental, sino la cuestión epistémica de la racionalidad de su génesis. Sólo los estados mentales obtenidos racionalmente cuentan, por lo tanto, como datos fácticos relevantes para la formulación de la hipótesis de probabilidad en la que implícitamente se funda el reproche doloso o el imprudente, como enseguida se verá.

“Racional”, en este contexto, es aquello que se adecua a los rasgos trascendentales de una forma de vida que hacen que ella sea posible y que sea *esa* forma de vida y no otra. Para decirlo nuevamente con Habermas (que en esto sigue a Mark Sacks), esos rasgos trascendentales no están situados más allá de la experiencia, sino que forman parte de las mismas formas de vida que constituyen y “fijan los correspondientes modos de experiencia posible”. Los “rasgos trascendentales de una forma de vida están siempre encarnados en tipos de conducta guiados por reglas, para los cuales los miembros de esa forma de vida no pueden imaginar alternativas con sentido”.⁸⁴ Conforme a esto, el derecho no tiene por qué discutir con el autor la presencia o ausencia de un estado mental: cabe concederle soberanía al autor en cuanto a ello. Pero sí puede descartar como irrelevante, por pragmáticamente imposible o inaceptable, una explicación del suceso proporcionada el autor que importe violar esas normas públicas de racionalidad, sin las cuales, como dice Putnam, no sería posible siquiera el lenguaje, ni tampoco el pensamiento.⁸⁵ Ésta

83. Cf. HABERMAS, Verdad (2002), pp. 20 y ss.

84. HABERMAS, Verdad (2002), p. 29.

85. Se trata, dice Putnam siguiendo a Wittgenstein, de “normas públicas” acerca de lo que cabe entender por ‘racional’: “...sin esas normas públicas, normas que son compartidas por un grupo y que constituyen una ‘forma de vida’, no sería posible el lenguaje, ni tampoco el pensamiento” (PUTNAM, Razón [1988], p. 112).

es la razón (completamente independiente de cualquier consideración probatoria) por la cual ningún juez aceptaría como atendible una explicación individual (proveniente de una persona imputable) en la que alguien sostenga, por ejemplo, que “no se representó la posibilidad de que podía matar a la víctima si le disparaba en la cabeza con un revólver”, o algo similar.

El acento en el aspecto comunicativo deja en claro que lo que interesa no es el juicio individual del autor respecto a lo que hace, sino el juicio objetivo del derecho (por eso es que tanto dolo como imprudencia constituyen juicios *objetivos* de reproche). Pues –y en esto coinciden desde Habermas⁸⁶ a Luhmann⁸⁷ la comunicación tiene su propia lógica una vez que es proferida y se desentiende por completo de las intenciones concretas del emisor. Esto es lo que permite descartar como irrelevantes –con independencia del punto de vista del autor– la presencia de intenciones epistémicamente irracionales en los casos de consumaciones objetivamente inesperadas o de tentativas irreales o supersticiosas, por un lado, y la ausencia irracional de un determinado conocimiento en los casos de ceguera ante los hechos, por el otro. El paso obvio que sigue a esto es considerar imprudentes a esas tentativas (y por tanto impunes), y dolosas a esas “cegueras” fácticas.

Una objeción a esta tesis podría consistir en que ella no justifica axiomáticamente una equiparación en el reproche al que actúa sabiendo lo que hace que al que actúa sin ese conocimiento.⁸⁸ Lo primero que, sin embargo, pasaría por alto esta crítica es que, dentro del marco del reproche imprudente, no interesa si el autor se representó o no la posibilidad del resultado de su acción: sea la imprudencia “consciente” o “inconsciente”, se responde en definitiva por imprudencia. No debería ser sorprendente, entonces, que en el marco del reproche doloso tampoco sea decisiva la cuestión de la presencia o ausencia de representación: si en el plano semántico la diferencia entre dolo e imprudencia es de grado (como aquí se postula),⁸⁹ no debería resultar llamativo que, en ese *continuum*, haya imprudencia *y dolo* con y

86. Cf. especialmente, Vorstudien (1984), pp. 571 y ss.

87. Cf., Systeme (1984), pp. 191 y ss.

88. En una recensión a mi libro *El dolo eventual...* (Hammurabi, Buenos Aires, 2011) ha sido esgrimida, de hecho, una crítica similar a esta en contra de mi tesis: cf. RAGUÉS I VALLÉS, InDret 3/2012, pp. 8 y s. (http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/).

89. Véase *infra*, previo a nota a pie N° 95.

sin representación. Pero, fuera de ello, debe tenerse en cuenta que “ceguera ante los hechos” es una metáfora que hace referencia a una clase específica de falta de representación, que, como ya se dijo, es la falta de representación *crasa*. Es verdad que ella implica infidelidad al derecho motivada por indiferencia frente a bienes de terceros. Pero no es correcto sostener –como lo hace Jakobs– que *eso* es lo que la convierte en dolosa. Quien por descuido olvida encendida la plancha sobre la camisa y con ello genera un incendio también es, en última instancia, infiel al derecho por indiferencia, pero responde por imprudencia (inconsciente). Lo que hace que esa ausencia de representación sea imputable a dolo es que a su autor se le pueda decir que no es posible aceptar que él acuerda con la corrección de la conducta conforme a derecho, y ello sólo es factible en aquellos casos en los que el peligro creado es de tal magnitud que sólo un inimputable o un completo egoísta puede no verlo (por eso es “ciego”). Pues bien, no hay diferencia axiológica entre este último sujeto y aquel que, por egoísta, pese a haberse representado la posibilidad del resultado dañoso, no obstante actúa menospreciando esa posibilidad, que es como explican el dolo eventual las clásicas teorías de la representación y de la voluntad. Esto, por supuesto, es así en la medida en que se acepte el paradigma comunicativo como punto de partida, y es precisamente ese aspecto comunicativo lo que justifica también que, del lado de las intenciones o representaciones irracionales, se opte por la punición imprudente (y no por la dolosa) aunque el autor sepa y quiera lo que hace: ello no produce que su hecho importe una comunicación intensa contra la regla, precisamente porque, pese a ello, la génesis de esos estados mentales es irracional, y esto es lo que verdaderamente importa en este marco teórico.

Que haya dolo o imprudencia no depende, por tanto, de que haya o no representación, sino del motivo de la presencia o de la ausencia de representación. En casos de falta de representación, el campo de aplicación de la imprudencia es, de todas formas, mucho más vasto que el del dolo, porque frente a puestas en peligro *crasas* (i.e., de enorme entidad) lo habitual es que el autor “vea” el peligro y se abstenga de actuar, mientras que no sucede lo mismo frente a puestas en peligro de menor entidad que, precisamente por esa menor entidad, son imputables a lo sumo como imprudentes. Los resultados prácticos diferentes a los que conduce mi tesis, en comparación con los de las doctrinas tradicionales, son muy marginales, ciertamente los necesarios como para que la teoría tenga validez conceptual, pero no los suficientes como para que ella preocupe, o ilusione, a la praxis. Si bien es claro

que propongo una reducción del ámbito habitual del dolo para los casos de tentativas irreales y supersticiosas, y también para los supuestos de lo que denomino “consumación objetivamente inesperada”, no es menos cierto que propongo también una ampliación del ámbito del dolo para los casos de ceguera ante los hechos. Pues bien, respecto a esto último, estoy seguro de que dicha ampliación no es funcional a la selectividad del derecho penal, que es, a mi juicio, el más grave problema político que él genera. Pues los autores que se orientan a partir de configuraciones arbitrarias del mundo no son quienes habitualmente son captados por el sistema penal, sino más bien sujetos que fundan su prepotencia contra las normas penales en su conciencia de su baja vulnerabilidad frente a ellas. Y aun suponiéndose que el caso de la correa de cuero, que es un caso de criminalidad común, fuera un supuesto de ceguera ante los hechos (como yo lo creo), cabe considerar que si después de sesenta años se continúa acudiendo a ese caso, es porque no hay muchos de ellos en la criminalidad que habitualmente llega a sentencia.

De estas proposiciones resulta, en primer lugar, que el efecto comunicativo de un apartamiento de la regla jurídico-penal es más intenso cuanto más previsible, objetivamente, es la posibilidad de ese apartamiento, pues el grado de dicha previsibilidad se determina en función de cuán óptima es la orientación del autor en el mundo, siempre desde un punto de vista objetivo que toma en cuenta la racionalidad epistémica del estado mental de que se trate. En tal sentido, debe tenerse especialmente en cuenta que el mayor efecto comunicativo de una conducta no depende directamente de la racionalidad o irracionalidad epistémica del estado mental, sino de *qué estado mental haya sido obtenido racional o irracionalmente*.⁹⁰ Y, en segundo lugar, lo que resulta de aquellas proposiciones es que no es la presencia de meros estados mentales –esto es: meros datos empíricos de índole psíquica (conocimiento, desconocimiento, etc.)– lo que decide sobre la intensidad del apartamiento de una regla. Antes bien es la relación entre el estado mental de que se trate con su racionalidad epistémica lo que define la cuestión. La racionalidad del modo en que ha sido adquirido –o no– un determinado estado mental (esto es: la racionalidad de su génesis o su racionalidad epis-

90. Como se ha visto, es diferente la intensidad en el apartamiento de la regla según que lo irracional sea una representación (corresponde imputación imprudente) o una falta de representación (corresponde imputación dolosa).

témica) constituye, pues, la *ratio legis* en la que se funda el mayor castigo de ciertas conductas frente a otras.

Queda claro entonces que la intensidad comunicativa de la conducta que se aparta de una regla jurídico-penal es tanto más alta cuando, desde un punto de vista objetivo, mejor puede preverse dicho apartamiento.⁹¹ De esa simple constatación resultan las definiciones (semánticas) de dolo e imprudencia que aquí se defienden: *dolo es la especial clase de reproche que se efectúa al hecho que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento*; por su parte, *imprudencia es la especial clase de reproche que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento*. Este es, por lo demás, el concepto de dolo con el que, a mi juicio, implícitamente trabajan tanto la doctrina como la jurisprudencia,⁹² y que en este trabajo se busca reconstruir y definir. Con ello es suficiente como definición. Se trata nada más que de una simple abreviatura notacional,⁹³ para que en esta breve contribución se comprenda cuál es la esencia de mi punto de vista respecto al concepto de dolo (y también respecto al concepto de imprudencia). Las necesarias precisiones conceptuales de carácter sustantivo han sido desarrolladas exhaustivamente en otro lugar.⁹⁴ Y con ello queda claro, también, que según mi punto de vista

91. El “apartamiento de una regla” equivaldría –en un sentido muy grueso– a la expresión tradicional “realización del tipo”.

92. Una fundamentación detallada de esta afirmación brindo en PÉREZ-BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 635 y ss.

93. En este ámbito no sería fructífero concentrar los esfuerzos de la crítica en la inevitable imprecisión de una determinada formulación verbal. Pues las alternativas posibles a dicha fórmula serían, asimismo, necesariamente imprecisas. En este –por así decirlo– nivel de la formulación de la definición del concepto de dolo, la imprecisión en cuestión tiene que ver, únicamente, con un problema de lenguaje sin consecuencias materiales y, por lo tanto, de segundo rango (así también FRISCH, GS-Meyer [1990], p. 541). La vehemente lucha verbal que en Alemania ha conducido a un concepto “filológico” de dolo (SCHÜNEMANN, FS-Hirsch [1999], pp. 363 y ss.), podría tal vez haberse evitado si se hubiera prestado mayor atención a esta advertencia. Cabe coincidir pues con Roxin en que, respecto de la cuestión material, tanto en la conceptualización del dolo como en todos los conceptos jurídicos “es inevitable que persista un ‘resto de inseguridad’” (ROXIN, AT I⁴ [2006], § 12, nm. 73).

94. Cf. PÉREZ-BARBERÁ, Dolo (2011), §§ 16 y ss., pp. 635 y ss.

la relación conceptual entre dolo e imprudencia, por lo menos en el nivel semántico, es *plus-minus*, no *aliud*, es decir: es de grado y no de índole.⁹⁵

Una reconstrucción analítica precisa de lo que hace la praxis es importante porque, como lo señalara Schmidhäuser, “es una mala costumbre aferrarse de manera tan amplia al concepto usual de dolo como ‘saber y querer’, a pesar de que tal concepto, con ese significado, de ningún modo es tomado en serio; y no es un buen signo para una ciencia el no expresarse con los conceptos que realmente usa”.⁹⁶ Por otra parte, insistir en la dogmática tradicional, psicologista, del dolo y del ilícito porque ella, político-criminalmente, sería “más liberal”, como lo sostiene últimamente Bung,⁹⁷ no es de ninguna manera un buen camino. Pues, como de hecho le fuera ya objetado a Bung, es una dogmática objetivista la que está en mejores condiciones de realizar los objetivos liberales propios de un Estado de derecho,⁹⁸ dado que es precisamente gracias a ella que resulta factible descartar como jurídico-penalmente irrelevantes toda una serie de sucesos sin que sea necesario acudir al fuero interno del autor. Fuera de ello, se ha demostrado aquí que esas doctrinas psicologistas son simplemente *incorrectas*. Imprudencia y dolo constituyen –si se lo quiere expresar con vasta imprecisión– un “deber conocer”. Struensee, como buen finalista, trató de explicar a la imprudencia como dolo, entendiendo por dolo algo psíquico.⁹⁹ El camino correcto, sin embargo, es el inverso: hay que explicar al dolo como imprudencia, entendiendo por imprudencia, por supuesto, algo normativo. Dolo es imprudencia calificada, tal como, en verdad, lo ha dejado insinuado ya la teoría de la

95. A favor de esta posición se pronuncian SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, p. 251; JAKOBS, AT² (1991), 9/4; HERZBERG, FG-BGH IV (2000), p. 60; SK-StGB⁷-HOYER (2004), apéndice al § 16, nm. 2 y ss.; NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 5, p. 598. En contra la doctrina dominante: cf., entre otros, JESCHECK/WEIGEND, AT⁵ (1996), p. 563; Schönke/Schröder/STERNBERG-LIEBEN, StGB²⁸ (2010), § 15, nm. 3, p. 240; con matices también ROXIN, AT I⁴ (2006), § 24, nm. 77 y ss. Más referencias bibliográficas acerca de esta discusión en LK-StGB¹²-VOGEL (2007), § 15, Rn. 8 ff., S. 1002 ff. Para una fundamentación detallada de mi posición respecto a este problema específico cf. PÉREZ-BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 651 y ss.

96. SCHMIDHÄUSER, Vorsatzbegriff (1968), S. 13 f.

97. En Wissen (2009), pp. 112 y ss.

98. Así GRECO, ZIS 13 (2009), p. 819.

99. Cf. STRUENSEE, JZ 1987, pp. 53 y ss. Cf. al respecto también SANCINETTI, LH-Struensee (2011), p. 529.

denominada imputación objetiva, al poner en claro, como afirma Roxin, que las reglas de imputación objetiva que determinan la imprudencia valen del mismo modo para el dolo.¹⁰⁰

V. Concepto de dolo y teoría de la probabilidad

La concepción aquí desarrollada constituye una teoría de la probabilidad. En ese sentido, se acopla a una tradición que, en cuanto a la dogmática alemana, se remonta a autores de fines del siglo XIX y comienzos del XX, como Lucas¹⁰¹ y Müller;¹⁰² y a Engisch,¹⁰³ Welzel,¹⁰⁴ Herzberg¹⁰⁵, Puppe¹⁰⁶ y Kindhäuser¹⁰⁷ en la discusión más reciente (entre muchos otros), así como, en Argentina, a Núñez¹⁰⁸ y Sancinetti.¹⁰⁹ Todos ellos, como es sabido, conceden al llamado “pensamiento de la probabilidad” un lugar preeminente en sus desarrollos teóricos, lo cual –atento la persistencia en el tiempo de ese pensamiento y el prestigio de los autores citados– muestra de alguna manera la relevancia innegable que tiene para la dogmática del dolo la cuestión de la probabilidad de ocurrencia de un suceso o de concurrencia de alguna circunstancia típica, a punto tal que trasciende los absolutamente disímiles enfoques dogmáticos a los que adscriben sus partidarios: el pensamiento de la probabilidad, en efecto, ha sido defendido tanto por causalistas como por

100. “No existe de hecho diferencia alguna entre hechos imprudentes y dolosos, en la medida en que las reglas de la imputación objetiva, conforme a las cuales se determina la imprudencia, rigen de igual modo para los hechos dolosos” (ROXIN, AT I⁴ (2006), § 24, nm. 95).

101. Cf., *Verschuldung* (1883), p. 16.

102. Cf., *Bedeutung* (1912), pp. 45 y ss.

103. Al menos para los casos de muy alta o muy baja probabilidad subjetiva (cf. ENGISCH, *Untersuchungen* [1930], p. 209).

104. Cf., *Strafrecht*¹¹ (1969), p. 68.

105. En op. y loc. cits. (nota 3).

106. En op. y loc. cits. (nota 21).

107. En op. y loc. cits., (nota 22).

108. En DPA II (1960), pp. 58 y ss.

109. En *Teoría* (1991), pp. 197 y ss.

finalistas y teleológico-normativistas. Y cumple, además, un papel más que relevante en la jurisprudencia.¹¹⁰

Mi concepción, sin embargo, no debe ser entendida como una teoría *del dolo eventual*, tal como ha sido expuesta por lo general la llamada teoría de la probabilidad, sino como una teoría del concepto *de dolo*.¹¹¹ En efecto: en lo que respecta al concepto de dolo en general, sostener una teoría de la probabilidad no es sólo conveniente, sino teóricamente forzoso. Pues, en estricto sentido, toda la problemática del dolo (y también la de la imprudencia) remite a una relación inductiva –o sea: probabilística– entre dos enunciados, como enseguida se verá. No resulta correcta, en consecuencia, la afirmación de Frisch de que cualquier esfuerzo por precisar la teoría de la probabilidad carece de sentido.¹¹² Una prueba de ese desacierto es el hecho de que, después de emitida esa opinión, se hayan desarrollado dos de las más interesantes concepciones acerca del dolo, a saber: la de Herzberg y la de Puppe; y ellas constituyen versiones *actualizadas* de la teoría de la probabilidad.¹¹³ También Roxin ha admitido que su punto de vista es más cercano al de las teorías de la probabilidad que al de las teorías del consentimiento o de la aprobación.¹¹⁴

Debe tenerse en cuenta que el concepto de probabilidad aquí aplicado es el denominado concepto *lógico* de probabilidad, no el concepto objetivo ni el subjetivo.¹¹⁵ En tal sentido, cabe sostener que todo reproche doloso o imprudente está fundado en un enunciado de probabilidad (porque contiene una hipótesis de probabilidad), el cual es condicional y cuenta, por

110. Así lo sostienen también, entre otros, SCHÜNEMANN, JR 1989, p. 93; LK-StGB¹¹-SCHROEDER (1994), § 16, nm. 92; NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 82 (de otra opinión en cambio en NK-StGB³-PUPPE [2010], § 15, nm. 98). Algo similar ocurre con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (cf. BACIGALUPO, Derecho [2006], pp. 323 y ss.).

111. La concepción que aquí se defiende adhiere, por tanto, a la idea de que el llamado dolo eventual constituye el “dolo básico” (véanse las referencias bibliográficas citadas en nota a pie N° 39).

112 Cf. FRISCH, Vorsatz (1983), p. 21; EL MISMO, GS-Meyer (1990), pp. 536 y s.

113 Puppe lo reconoce expresamente en ZStW 103 (1991), pp. 1 y ss.

114 Cf. ROXIN, JuS 1964, p. 58.

115 Acerca de las diferencias entre el concepto lógico, el objetivo y el subjetivo de probabilidad cf., entre muchos, CARNAP, Logik (1959), pp. 20 y ss.; ESSLER, Logik (1970), pp. 65 y ss.; NELL, Wahrscheinlichkeitsurteile (1983), pp. 21 y ss.

lo tanto, con un antecedente y un consecuente. Al antecedente se lo denominará d (“ d ” = datos).¹¹⁶ Él está integrado por datos empíricos y reza, por ejemplo, “si ocurren los datos $x, x_1, x_n...$ ”. Y al consecuente se lo denominará h , porque es una hipótesis:¹¹⁷ “...entonces la posibilidad objetiva de previsión de realización del tipo es... (alta, baja, etc.)”. La relación lógica entre d y h es inductiva, pues h (como conclusión) no está contenida en d (como premisa). Una conclusión tal sólo puede ser, por tanto, una hipótesis probabilística.¹¹⁸

Toda hipótesis de probabilidad en sentido lógico es relativa a un determinado complejo de datos.¹¹⁹ Es decir, una hipótesis absoluta y aislada que rece por ejemplo “es probable que llueva”, mirada bien de cerca no tiene sentido. Sólo puede tener sentido si se la vincula a un determinado complejo de datos, i.e., si se la relativiza: “si tenemos una presión atmosférica x , una humedad y , una temperatura z , etc., entonces es (objetivamente) probable que llueva”. Lo mismo vale para el enunciado de probabilidad en el que se funda el reproche doloso (o el imprudente): “si se da un conocimiento x del autor, una voluntad y , una entidad del peligro z , etc., entonces existe (objetivamente) una probabilidad p de previsión de la realización del tipo”.

Es claro, pues, que el consecuente de un enunciado probabilístico (esto es: la hipótesis de probabilidad en sí) está directamente relacionado a los datos incluidos en el antecedente. Si un solo dato cambia o se excluye, o si se incluye algún otro dato, ello tendrá repercusión inmediata en el consecuente, que variará en el grado de probabilidad que señale, o directamente variará de signo. En el ejemplo dado, si se elimina o cambia el dato del conocimiento, o el de la voluntad o el de la entidad del peligro, variará forzosamente la conclusión respecto al grado de probabilidad de la previsión objetiva de la realización del tipo.

116 Al respecto y para lo que sigue cf. CARNAP, *Logik* (1959) pp. 12 y ss., esp. pp. 23 y ss. El enunciado “ d ” está compuesto, pues, por distintas observaciones empíricas. Carnap aclara que “ d ” puede ser concebido como un único enunciado, aunque, bajo ciertas circunstancias, muy extenso, esto es, como la unión de varios enunciados observacionales singulares mediante conjunción (*ibid.*, p. 23).

117 Vgl. CARNAP, *Logik* (1959), p. 23.

118 De allí que, como se dijo, sea forzoso en este ámbito sostener una teoría de la probabilidad. Cf. sobre ello, entre otros, STEGMÜLLER, *Probleme I* (1969), pp. 624 y ss.

119 Cf. CARNAP, *Logik* (1959), p. 26; ESSLER, *Logik* (1970), pp. 76 y ss.

Estas hipótesis de probabilidad son objetivas, en el sentido de que es irrelevante qué se representa una persona particular acerca de esa probabilidad.¹²⁰ Pues el enunciado de probabilidad en cuestión surge directamente del análisis objetivo del complejo de datos con el cual él se relaciona.¹²¹ Pero debe tenerse presente que, en este contexto, lo “objetivo” es la *hipótesis* de probabilidad, no el *concepto* de probabilidad empleado en ella. Todo ello vale, desde luego, cuando tal clase de hipótesis de probabilidad tiene lugar en el ámbito del derecho penal. Claro que, en virtud de la naturaleza punitiva del derecho penal, dicha conclusión empírica requiere de una legitimación normativa, que, a mi modo de ver, ha sido correctamente señalada por Puppe: “no es al autor a quien compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la que es consciente, sino al derecho”.¹²² Queda claro, pues, que la teoría de la probabilidad que aquí se defiende, más allá de que se apoye en una larga tradición dogmática, se distancia considerablemente, en los fundamentos, de esas versiones tradicionales. Pues éstas, por lo general, postulan un concepto subjetivo de probabilidad, en tanto para ellas lo decisivo es qué probabilidad se ha representado el autor.¹²³ Una concepción tal es rechazada aquí expresamente. Y por supuesto que tampoco se sostiene aquí una concepción métrica o cuantitativa de probabilidad, que de hecho no ha sido defendida por nadie en la dogmática penal y, sin embargo, es destinataria de la mayoría de las críticas.¹²⁴ Puppe es prácticamente la única que advierte ese error, al expresar que el empleo de un concepto no cuantitativo de probabilidad, en este ámbito, es posible y plausible.¹²⁵

120. Cf. CARNAP, *ibid.*, p. 33.

121. *Ibid.*

122. NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 61. A ello habría que agregar que también es asunto del derecho, y no del autor, determinar incluso la relevancia de su representación –o de su falta de representación– concreta.

123. Cf., por todos, H. MAYER, AT (1953), p. 250.

124. Cf. por ejemplo las críticas de FRISCH, Vorsatz (1983), pp. 20 y s., 282 y s.; JAKOBS, AT² (1991), 8/23, nota a pie N° 47; aparentemente también HERZBERG, JuS 1986, p. 251.

125. Cf. NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 75; cf. también NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 71 y ss.

Lo que debe quedar claro es que, según el punto de vista que aquí se defiende, *toda* imputación dolosa o imprudente está fundada, implícitamente, en una hipótesis de probabilidad como la aquí descrita, sea que se trate de un tipo de lesión o de un tipo de peligro (concreto o abstracto), y se requiera por tanto dolo de lesión o dolo de peligro, respectivamente.¹²⁶ La “posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo” puede estar referida, por lo tanto, a la realización tanto de un tipo de lesión como de un tipo de peligro, y en este último caso sea ese peligro concreto o abstracto.

VI. Reglas para la aplicación práctica

Ahora bien: ¿cómo han de resolverse los casos en la práctica, de conformidad con el concepto de dolo (y de imprudencia) aquí desarrollado? Lo fundamental es ofrecer una herramienta segura al operador jurídico, para que éste pueda construir de modo controlable el enunciado probabilístico en el que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente. Así, dado que el antecedente de ese enunciado está conformado por un conjunto de datos, es necesario un criterio de relevancia a partir del cual seleccionar los datos que se incluirán en él. En efecto: “detrás” de toda hipótesis teórica hay, por así decirlo, una hipótesis de segundo orden, implícita, que no es teórica sino axiológica,¹²⁷ cuya función es determinar qué datos empíricos *deben* ser considerados relevantes –o irrelevantes– para la formulación de la hipótesis teórica correspondiente. Dicha hipótesis axiológica es denominada “hipótesis de relevancia” por la literatura analítico-filosófica,¹²⁸ y se funda en un marco teórico previo que, a su vez, se corresponde con el inte-

126. Sobre el problema de la delimitación conceptual entre dolo de peligro, dolo eventual e imprudencia conciente cf., entre muchos otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos* (1994), capítulo segundo. Pero el concepto de dolo que aquí se propone es apto para toda clase de dolo.

127. Una hipótesis teórica es la que tiene por fin explicar algo; una hipótesis axiológica es la que tiene por fin, previa valoración, seleccionar de un contexto general los datos útiles para intentar la explicación. Por eso digo que una hipótesis de relevancia es siempre de segundo orden: se refiere a una hipótesis de primer orden, que es la teórica.

128. Cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción* (1993), pp. 33, 145 y s., 156 y s.

rés que lleva a formular la hipótesis teórica de que se trate.¹²⁹ La hipótesis de relevancia que aquí interesa se funda, por lo tanto, en el marco teórico conformado a partir del análisis de la *ratio legis* del mayor castigo de ciertos hechos, desarrollado ya en el apartado IV.

La hipótesis de relevancia brinda, pues, el marco valorativo a partir del cual se formularán reglas específicas de relevancia conforme a las cuales han de seleccionarse los datos empíricos que darán base a la hipótesis teórica. Son “reglas” en el sentido ordinario de la palabra, esto es, pautas binariamente regulativas. En este contexto específico ello quiere decir: pautas que establecen cuáles datos deben ser tomados en cuenta y cuáles no; o, dicho aún más específicamente, pautas que establecen qué condiciones tiene que cumplir un dato empírico para poder ser considerado relevante en orden a formar parte de la hipótesis (teórica) de probabilidad que funda el reproche doloso. Sólo estos datos empíricos tenidos por relevantes pueden integrar el enunciado antecedente “d” de la hipótesis de probabilidad, conforme a la cual se determina la posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal.

La hipótesis de relevancia en cuestión reza lo siguiente: son en principio relevantes todos los datos empíricos (físicos o psíquicos) que contribuyeron a conformar el caso; pero, respecto de los datos psíquicos o estados mentales, sólo son relevantes aquellos cuya génesis pueda ser reputada objetivamente racional, es decir, que sean epistémicamente racionales. De esta hipótesis de relevancia se infieren dos reglas específicas de relevancia. La primera está directamente relacionada con la noción de “relevancia estadística”,¹³⁰ y reza lo siguiente: *para que un dato empírico –psíquico o físico– pueda ser relevante, es necesario que sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos, en el grado de posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal.* La función de esta

129. Ya he empleado este aparato conceptual en PÉREZ-BARBERÁ, ZStW 114 (2002), pp. 600 y ss. Lo “axiológico”, en este contexto, no remite a valoraciones de tipo éticas, sino a valoraciones preteóricas (cuyo marco de referencia es el interés científico de quien formula la hipótesis) que permiten seleccionar lo empíricamente relevante para la teoría que se pretende desarrollar.

130. Acerca de la noción de relevancia estadística cf., entre otros, SALMON, *Statistical* (1971); KINDHÄUSER, *Handlung* (1980), p. 482; PUPPE, ZStW 95 (1983), p. 308; SUPPES, *Causality* (1970), pp. 12 y ss.; DíEZ/MOULINES, *Fundamentos* (1999), pp. 243 y ss.

primera regla es “filtrar” datos empíricos que en nada pueden contribuir a la decisión respecto a un caso de imputación dolosa, según el contexto. Mucho más importante es la segunda regla de relevancia, que se funda en criterios objetivos de racionalidad epistémica y rige sólo para determinar la relevancia de los estados mentales. Ella dice: *para que un estado mental pueda ser considerado relevante es necesario que sea epistémicamente racional, o –lo cual es lo mismo– que el estado mental en cuestión tenga un origen o génesis objetivamente racional.*

La consecuencia central de la aplicación de esta segunda regla de relevancia es que ella puede determinar que un estado mental, como por ejemplo un determinado conocimiento o representación, o un desconocimiento o falta de representación, o una determinada intención, una determinada confianza, etc., no deban ser considerados relevantes –por ser epistémicamente irracionales–, y que, en consecuencia, no deban ser tenidos en cuenta para la formulación de la hipótesis de probabilidad en la que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente. Así, dadas ciertas circunstancias, una acción puede ser considerada dolosa aunque el autor no se haya representado ni siquiera los datos constitutivos del riesgo o peligro creado por su acción u omisión (y por eso es que, según esta concepción, es posible considerar doloso a un caso de ceguera ante los hechos). Y también es posible que una acción pueda ser considerada imprudente aunque el autor haya tenido la intención de realizar un riesgo no permitido y éste se haya realizado tal como el autor se lo representara al menos en su resultado final (y por eso es que, según esta concepción, es posible considerar imprudente a un caso de consumación objetivamente inesperada o de tentativa irreal o supersticiosa). Ello es producto de que esta segunda regla de relevancia tiene su fundamento directamente en las consideraciones relativas a la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso y al fin del derecho penal, cuyo análisis, conforme se vio, adelantara ya estos resultados. Es precisamente esta regla de relevancia la que permite que aquellas conclusiones axiológicas de carácter más bien abstracto puedan materializarse, ahora, como consecuencias prácticas concretas de la aplicación del concepto de dolo aquí desarrollado.

El funcionamiento concreto de las reglas de relevancia puede mostrarse acudiéndose a los ejemplos ya utilizados en el apartado IV. En el caso del ladrón que para huir dispara un arma de fuego contra quien lo persigue, representándose su muerte como posible, en el antecedente del enunciado probabilístico en el que se fundará la caracterización del caso como doloso

o imprudente –y de acuerdo con la primera regla de relevancia– debe incluirse (por ser relevante conforme a esa regla) el dato de la elevada entidad del peligro generado por la acción del autor respecto a la vida de la víctima. Y –de acuerdo con la segunda regla de relevancia– debe incluirse también el dato de la representación del autor de la posibilidad de que uno de sus disparos mate al perseguidor (por ser relevante conforme a esa regla), dado que dicha representación es epistémicamente racional en virtud de que está basada en el conocimiento –por definición racional– que tiene aquel respecto de las regularidades empíricas que rigen en ese contexto. Así, del dato de la elevada entidad del peligro sumado al dato de la representación del autor de la posibilidad de que ese peligro se realice (antecedente del enunciado) se infiere como conclusión que, en términos objetivos, la realización del tipo aparece como altamente probable (consecuente del enunciado), frente a lo cual no cabe sino concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar a su hecho como doloso.¹³¹

El mismo procedimiento debe aplicarse a todos los casos. Veamos, para sólo dar un ejemplo más, qué es lo que sucede en el caso del automovilista irreflexivo, para mostrar qué debe ser tenido en cuenta para concluir que un caso de ceguera ante los hechos debe ser imputado a título de dolo. En este caso, de acuerdo con la primera regla de relevancia, corresponde incluir en el antecedente del enunciado probabilístico el dato de la elevada entidad del peligro creado por el autor. Y, de acuerdo con la segunda regla de relevancia, *no corresponde* incluir el dato de la falta de representación de ese peligro por parte del autor, pues dicha ausencia de representación es epistémicamente irracional (en tanto desafía regularidades empíricas obvias). La hipótesis de probabilidad se funda, por lo tanto, únicamente en el dato de la elevada entidad del peligro creado, y de ese dato lo que se infiere, en términos objetivos, es que la realización del tipo aparece como altamente probable. Frente a ello –y al igual que en el caso anterior– cabe concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar también a este hecho como doloso.

131. Sólo en los resultados similar SCHÜNEMANN, FS-Hirsch (1999), pp. 372 y ss.

En verdad, cualquier concepto de dolo puede ser manipulado por la jurisprudencia, no únicamente aquel que, por ejemplo, hoy supuestamente sostiene Tribunal Supremo Federal alemán.¹³² La tesis aquí desarrollada tiene al menos la ventaja de que ella, como se dijo, también vale como una reconstrucción teórica del concepto de dolo que la praxis realmente emplea. Así, en la medida en que muestra qué es exactamente lo que los jueces hacen cuando señalan a un caso como doloso, permite hacer explícitas las premisas implícitas que están presentes en toda manipulación argumentativa, y ello tiene el efecto de que, al menos, torna más controlable al argumento judicial. Mucho más no se puede pedir de un concepto jurídico.

VII. Correcciones sistemáticas

Para finalizar, cabe agregar que este cambio de dirección en el enfoque acerca del concepto de dolo abandona definitivamente distinciones sistemáticas en el nivel estructural de la teoría del delito basadas en la distinción objetivo/subjetivo, entendido “subjetivo” como “psíquico” (o “mental”) y “objetivo” como “externo”, a la manera tradicional. Para una estructuración adecuada de la teoría del delito, mucho más relevante que lo que diferencia a los datos objetivos de los subjetivos es aquello que ambos tienen en común, a saber: el hecho de ser *fácticos*. Por eso no existe ninguna categoría normativa de la teoría del delito que, en cuanto a sus referencias empíricas, trabaje sólo con datos objetivos o sólo con datos subjetivos para establecer diferentes niveles de imputación: todas las constelaciones de casos que al derecho penal le interesan están conformadas por datos tanto objetivos como subjetivos. Así, el conocimiento (o un determinado conocimiento), en tanto dato psíquico, puede ser relevante no sólo para el dolo, sino también para lo que se denomina “imputación objetiva” y para la culpabilidad.

Debería por lo tanto ser fácilmente apreciable que no sólo no tiene ningún sentido hablar de “imputación objetiva” e “imputación subjetiva”; tampoco tiene sentido ya la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo. De hecho, no pocos autores son conscientes de que esa distinción entre objetivo y subjetivo, por lo menos en el ámbito de la llamada imputación objetiva, ha traí-

132. Vgl. dazu NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, Rn. 98 f.

do más inconvenientes que soluciones.¹³³ El dolo deja de ser, pues, un “concepto referencial” (en el sentido de que su extensión viene determinada por la extensión de su objeto: el “tipo objetivo” al que el dolo “se refiere”),¹³⁴ para, en todo caso, pasar a ser un concepto *de referencia*: él determina qué datos empíricos resultan relevantes para que un caso pueda ser tenido como doloso.

En lugar del par “tipo objetivo/tipo subjetivo” se propone aquí, entonces, la distinción entre “tipo de explicación” y “tipo de imputación”, aplicable ciertamente para el ilícito, pero también para la culpabilidad. Los datos empíricos, tanto objetivos (en el sentido de externos: físicos e institucionales) como subjetivos (psíquicos), deben ser seleccionados y relacionados entre sí conforme a un marco teórico que explicita el interés de que se parte y proporcione los criterios ontológicos y nomológicos de selección y relación. Con ello se obtiene una *explicación* empírica del suceso, que es el cometido central del tipo de explicación. Explicado un suceso empíricamente, resta determinar si él, normativamente, puede serle *imputado* a un autor, y en su caso con qué modalidad (dolosa o imprudente). Ese es el cometido central del tipo de imputación.

Extenderse más respecto de esta cuestión sistemática importaría, sin embargo, excederse por completo de los límites del presente trabajo. De allí que su tratamiento, en todo caso, deberá ser objeto de investigaciones ulteriores específicas. En este lugar sólo cabe agregar que este abandono de la decisión de establecer diferencias categoriales a partir de las características empíricas de los datos disponibles podría quizás considerarse como la última etapa (hasta ahora) de una evolución que comenzara ya a comienzos del siglo XX, con la superación del dogma “todo lo objetivo al tipo, todo lo subjetivo a la culpabilidad”.¹³⁵

133. Cf. por ejemplo BÜRCKHARDT, *Straftat* (1996), pp. 99 y ss.; STRUENSEE, LH-Baigún (1995), pp. 251 y ss. Para un resumen de esas críticas cf. CANCIO MELIÁ, *Conducta* (1998), pp. 68 y ss.

134. Así toda la doctrina (cf., por todos, ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa* [2000], p. 386).

135. “Un concepto de dolo moderno, enfáticamente normativo, podría romper con el actual ‘concepto psicológico de dolo’ y remitir a éste a la historia del derecho penal, del mismo modo en que, alguna vez, el concepto normativo de culpabilidad dejó en la historia al concepto puramente psicológico de culpabilidad” (GAEDE, *ZStW* 121[2009], pp. 241 y s., quien, sin embargo, opta por no seguir ese camino: pp. 242 y ss., 279 y s.).