

Dolo y evitabilidad individual

*Fernando Córdoba**

–I–

Ante todo debo expresar mi agradecimiento a los responsables de AGON por haberme honrado doblemente al invitarme a participar en esta edición; y digo doblemente porque me han convocado nada menos que para la inauguración de esta sección y porque me han considerado el interlocutor apropiado para entablar el diálogo con un jurista de la importancia de GABRIEL PÉREZ BARBERÁ sobre algunas de las ideas centrales que ha formulado en su investigación de tesis doctoral, de reciente publicación,¹ y que nos presenta en la exposición que antecede bajo el título: “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”.

Debo adelantar, sin embargo, que son numerosas las coincidencias y que me concentraré en un aspecto que bien podría ser considerado complementario de la propuesta de PÉREZ BARBERÁ.

Sin más introducción, paso a referirme en primer lugar a esas coincidencias:

–II–

* Doctor en Derecho. Profesor Adjunto Regular del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA y de posgrado en la Universidad Torcuato Di Tella. Ex becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn.

1. Cf. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Coincido con PÉREZ BARBERÁ cuando sostiene (i) que dolo e imprudencia son cualidades definitorias de casos genéricos, (ii) que se trata de cualidades normativas porque lo que torna doloso o imprudente un caso genérico es una valoración de él como más o menos grave, y (iii) que calificar a una acción como dolosa o imprudente tiene el sentido ilocucionario de un juicio de mayor o menor reproche. Comparto también entonces que la tarea de reconstrucción del concepto de dolo pasa por identificar la característica común de ese universo de conductas que hace que sean consideradas merecedoras de un juicio de disvalor mayor.

También concuerdo en que al momento de llevar a cabo esa tarea, salvo que se quiera incurrir en una falacia naturalista, no hay nada que obligue a derivar ese juicio de mayor disvalor y merecimiento de pena a partir del dato psíquico del “conocimiento”, es decir, a ver en ese dato psíquico aquella característica que justificaría calificar de doloso a una clase de comportamientos.

Por el contrario, comparto también que la reconstrucción del concepto de dolo debe realizarse a partir del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso, y coincido asimismo en los dos axiomas que, al respecto, propone, a saber, que (a) el “fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas en los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso”, y (b) que “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”.

Concuerdo también con la conclusión que deriva de estas premisas, esto es, que es la mayor intensidad con la que ciertos comportamientos comunican su apartamiento de la norma lo que justifica su mayor gravedad y su mayor merecimiento de pena; es decir, que la “mayor intensidad comunicativa” es la característica que define al caso genérico doloso o, si se quiere, que define el concepto de dolo.

Y coincido, por último, también en que esa “mayor intensidad comunicativa” no depende únicamente de si el autor se representó o no el resultado, como pretende la concepción tradicional, sino de la racionalidad del modo en que el autor llegó o no a esa representación.

En relación con los casos claros de lo que se conoce como dolo directo y dolo eventual, dice así PÉREZ BARBERÁ:

“Las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación óptima para orientarse en el mundo (esto es, las que tiene por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas), si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con un 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 intensamente 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 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 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 un castigo mayor”.

En cuanto a los casos conocidos como de “ceguera ante los hechos”, es decir, aquellos en los que es epistémicamente irracional la ausencia de conocimiento, aduce también, por su parte, que en ellos:

“...se dan circunstancias que deben ser valoradas del mismo modo que las de los casos de apartamiento de una regla en los que media 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 debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la 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 (*ceguera ante los hechos*). 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 un castigo mayor”.

Ahora bien, comparto, como dije, el planteamiento precedente de PÉREZ BARBERÁ que espero haber reseñado correctamente. Pero pienso también que su propuesta podría y debería ser complementada con las siguientes consideraciones.

–III–

El contenido comunicativo de un comportamiento típico depende, ciertamente, también de las circunstancias que PÉREZ BARBERÁ apunta como determinantes de su intensidad. Pero, incluso antes de poder ingresar siquiera al análisis de su intensidad, el contenido comunicativo de un comportamiento está condicionado por una circunstancia anterior que es su evitabilidad individual. Para expresarlo gráficamente, sólo una conducta que significa socialmente un homicidio puede comunicar una toma de postura respecto de la norma que prohíbe el homicidio, y ese significado depende primeramente de su evitabilidad individual. O bien, formulado a la inversa, la causación inevitable de un resultado de muerte no comunica ninguna toma de postura respecto de la norma que prohíbe el homicidio, más aún, ni siquiera constituye un comportamiento que signifique socialmente un homicidio.

Esa inevitabilidad puede deberse a la carencia en el autor de las capacidades físicas necesarias para evitar, pero también a la falta de capacidades intelectuales que le permitieran reconocer lo que estaba por realizar. Es este último aspecto el que se vincula con el tema que ahora interesa y en el que me voy a concentrar, sin perjuicio de algunas consideraciones previas para introducir el concepto de evitabilidad individual.

En efecto, parto aquí de la base de que la *evitabilidad individual de la conducta* constituye el presupuesto mínimo para que pueda tener lugar la imputación de responsabilidad jurídico-penal.² Evitabilidad individual significa que la conducta debe haberle sido evitable al *autor concreto* y no, por ejemplo, a un hombre promedio. En otras palabras, sucesos que al autor no le era posible evitar no se le pueden imputar.

Estableciendo la evitabilidad individual como punto de partida, no se hace más que aplicar en el campo del derecho penal el principio general se-

2. Cf. JAKOBS, AT², 6/20 y ss.; *idem*, Studien, pp. 34 y ss.

gún el cual a nadie se le puede exigir más de lo que puede rendir: “*ultra posse nemo obligatur*”.³ Por ello, quien se manifieste de acuerdo con este postulado deberá compartir necesariamente el punto de partida aquí expresado.

Ahora, ¿cómo se establece si un comportamiento ha sido individualmente evitable, es decir, si ha sido evitable para su autor?

En rigor, la posibilidad de evitar una conducta depende, en primer lugar, de que el autor pueda motivarse de manera dominante a evitar el comportamiento (en otras palabras, de que pueda formar una voluntad de evitación); en segundo término, de que pueda reconocer que la conducta que se propone realizar es aquella que quiere evitar; por último, de que, dado el caso, pueda aplicar la fuerza física necesaria para evitar el comportamiento en cuestión. Es decir, la evitabilidad depende de las capacidades volitivas (o motivatorias), intelectuales y físicas del autor.

Pero el concepto de evitabilidad se construye sin tener en cuenta la capacidad de motivación del autor.⁴ La voluntad de evitar se da simplemente por supuesta y lo que hay que comprobar es si el autor, con la voluntad de evitar una determinada clase de comportamientos, habría podido reconocer que estaba por realizar uno de esos comportamientos y lo habría podido evitar; en el ejemplo de un homicidio, si con la voluntad de evitar matar, habría podido reconocer que causaría la muerte de otra persona y habría podido evitar también físicamente el comportamiento en cuestión.⁵

3. Cf. JAKOBS, Studien, pp. 64 y ss. Cf. también EXNER, Das Wesen der Fahrlässigkeit, p. 137: “Sólo se puede hablar de un ‘deber de evitar’ si la evitación es posible. La proposición: ‘impossibilium nulla est obligatio’ también rige en derecho penal. Reprochar a alguien que no hizo posible lo imposible, que no evitó lo inevitable, carecería de sentido” (destacado en el original).

4. En verdad, esto no supone nada nuevo en lo que se refiere al ilícito, pues si algo tienen en común los distintos conceptos de acción actualmente vigentes, es que el *minimum* con el que todos se conforman para que se pueda afirmar la existencia de una “acción” (y luego, dado el caso, de un ilícito) es que se trate de un comportamiento voluntario. Esto implica que la pregunta acerca de cómo surgió esa voluntad, esto es, si el autor habría podido formar una voluntad de acción diferente, es una cuestión que, al menos en este nivel de análisis, no interesa (cf. JAKOBS, AT², 6/21). Según la opinión dominante, la pregunta por la capacidad de motivación concierne exclusivamente a la culpabilidad, pero no al ilícito (cf., por todos, ARMIN KAUFMANN, ZfRV 1964, p. 140).

5. Se debe aclarar que al formular la hipótesis no debe suponerse un motivo para evitar el comportamiento concreto, pues ello implicaría suponer en el autor no sólo la motivación,

Como se puede apreciar, salvo por la capacidad de motivación que queda fuera de consideración al darse por supuesta la voluntad de evitación, la evitabilidad individual se determina según las capacidades físicas e intelectuales del autor del caso real.⁶

Claro que uno se podría preguntar por qué hay que dar por supuesta la voluntad de evitar del autor. Por dos razones.

Primero, porque la evitabilidad no es otra cosa que la posibilidad de evitar y la pregunta por algo posible en el pasado es siempre la pregunta por algo hipotético,⁷ esto es, algo que no fue real, pero que *habría podido serlo*, si alguna de las circunstancias que condicionaron la realidad hubiese sido diferente. Por ello, está implícito en la definición de una hipótesis que al menos una de las condiciones del suceso real debe ser modificada;⁸ y es que si se reproduce en la base del juicio de posibilidad todas las circunstancias que condicionaron que la realidad fuese así y no de otra manera, la pregunta acerca de si otra realidad habría sido posible está condenada desde un comienzo a ser respondida negativamente⁹⁻¹⁰.

sino también el conocimiento actual o potencial de ese comportamiento, cuya presencia se busca comprobar a través de la hipótesis (JAKOBS, Studien, pp. 42 y s.).

6. Cf. JAKOBS, AT², 6/24 y ss.; *idem*, Studien, esp. ps. 42 y s., 64 y ss., 83 y ss. Cf., asimismo, KINDHÄUSER, GA 1990, ps. 407 y ss.; *idem*, AT, § 5, núms. 4 ss., 13 y s.

7. Cf. JAKOBS, Studien, ps. 34 y ss., esp. ps. 35, 39; *idem*, Welzel-FS, ps. 307 y ss.

8. Una hipótesis es, por definición, la “suposición de una cosa, sea posible o imposible, para sacar de ella una consecuencia” (cf. Diccionario de la Real Academia Española).

9. Cf. ENGISCH, Untersuchungen, pp. 413 y s., señala: “vigente de manera constante la ley causal, la producción o no producción de un acontecimiento concreto es *necesaria* en virtud de la totalidad de aquellas circunstancias sin las cuales no ocurriría (en virtud de los ‘antecedentes’). Por ello, desde este punto de vista, *posibilidades* reales sólo pueden, desde un comienzo, entrar en consideración si el examen no se basa en la *totalidad* de los antecedentes concretos de un acontecimiento concreto... La pregunta [...] sólo puede recibir una respuesta con sentido cuando se la formula sobre la base de un supuesto de hecho definido, de algún modo, de manera distinta”.

10. Cf. también EXNER, Das Wesen der Fahrlässigkeit, pp. 182 y s.: “Tomamos en consideración una determinada sección de todas aquellas circunstancias que, en su totalidad, tuvieron como consecuencia el acontecimiento en cuestión, y la proposición: habría podido suceder de otra manera, no significa entonces otra cosa más que: las circunstancias tenidas en mira no envuelven, en sí mismas, la necesidad de la producción del resultado en cuestión. Respecto de acciones humanas, de la configuración total de circunstancias

La otra razón es la siguiente. Nuestro derecho penal es un derecho penal de culpabilidad por la voluntad, es decir, que no reprocha la falta de inteligencia o de capacidades físicas, sino exclusivamente déficits volitivos; y para comprobar si la no evitación del comportamiento típico puede ser reconducida a un déficit volitivo lo que hay que preguntarse es qué habría sucedido si el autor se hubiese motivado, es decir, si hubiese formado una voluntad de evitar comportamientos de ese tipo. Si la respuesta es que el autor disponía de capacidades físicas e intelectuales que le habrían permitido evitar, con tal de haberlo querido, entonces hay que concluir que la razón de la no evitación, de la realización de la conducta, se halla en un déficit volitivo. En cambio, si incluso con la mejor voluntad no habría podido evitar el comportamiento, entonces hay que concluir que la conducta fue para él (física y/o intelectualmente) inevitable; y esto queda fuera ya del alcance del derecho penal.

1. Capacidades físicas

Si el autor dispuso de las capacidades físicas necesarias para evitar el comportamiento es lo que se analiza en las causas de exclusión de la acción, concretamente, en los casos de fuerza física irresistible y en los casos de actos reflejos. En el ejemplo académico de la avalancha de gente que oprime contra una pared a una persona, que a su vez asfixia con su cuerpo a un niño pequeño que se halla entre la pared y él, la causación de la muerte es inevitable para esa persona por falta de capacidad física para resistir la fuerza de empuje de la muchedumbre.¹¹ A su vez, la misma comprobación se lleva a cabo con el requisito de que el autor haya dispuesto de la capacidad de realizar la acción mandada en el delito de omisión.

prescindimos, especialmente, de *una* condición del hecho, a saber, del carácter del autor, y nos preguntamos si las restantes condiciones habrían estado unidos, normalmente, con otro comportamiento. Examinamos si el hecho desaprobado también se habría producido, si alguien compenetrado con el derecho hubiera estado en la misma situación externa. Y la proposición: el autor habría podido actuar de otra manera, significa: él habría actuado de otra manera, si hubiese sido de otra manera”.

11. Cf. p. ej. BACIGALUPO, Derecho penal, pp. 250 y s.

2. Capacidades intelectuales

Pero volvamos la atención al tema que interesa que es el de las capacidades intelectuales y conocimientos por los que se indaga en el tipo subjetivo.

En el plano subjetivo, la evitabilidad requiere previsibilidad. Sólo se puede evitar aquello que se puede prever.¹² Lo imprevisible es inevitable. Un actor de teatro puede tener la mejor voluntad de no matar, pero si no sabe ni tiene cómo saber que alguien maliciosamente ha cambiado por balas de verdad las balas de foguero del arma con la que debe disparar a otro actor durante una escena, la muerte de ese compañero le es subjetivamente inevitable.

Por ello, conocimiento –que se asocia habitualmente al caso doloso– y previsibilidad –que requiere la conducta imprudente– no pertenecen al ilícito en tanto hechos psíquicos, sino como síntomas de que la conducta es evitable, es decir, como formas de evitabilidad. Una conducta imprudente no constituye un ilícito porque el autor habría podido prever el resultado (si lo hubiese hecho, habría actuado dolosamente), sino porque una realización típica previsible es evitable. En la conducta dolosa, el conocimiento potencial, la previsibilidad ha devenido ya en conocimiento actual. El dolo, por ello, es una forma calificada de evitabilidad en la que el autor, con sólo quererlo, está ya en condiciones de evitar.

Razonando desde la evitabilidad se comprende fácilmente por qué la previsibilidad que caracteriza a la imprudencia es el piso mínimo para la imputación jurídico-penal, y se comprende mejor también la conexión con la teoría del delito de principios tales como el *nulla poena sine culpa* o el que postula la exclusión del *versari in re illicita* o cualquier otra forma objetiva de responsabilidad.

12. Cf. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, ps. 137 y s.: “De esto se sigue algo más: homo tantum potest, quantum scit. Sólo las consecuencias *previsibles* pueden ser consideradas evitables en sentido jurídico, sólo a ellas se refiere la prohibición legal. Pues, para eludir también todo daño imprevisible, no habría directamente que actuar, e incluso si esto fuera concebible, por medio de esta inactividad también podría ocasionarse males. La evitabilidad se halla condicionada por la previsibilidad” (destacado en el original). En la doctrina nacional, cf. la referencia al principio *ultra posse nemo obligatur*, como fundamento del requisito de previsibilidad individual para la “culpa”, que hacían ya NUÑEZ, *Tratado*, t. II, p. 77; y SOLER, *Dpa*, t. II, p. 172.

Pero este enfoque tiene además otras implicancias sistemáticas que permiten orientar la solución en algunas de las cuestiones debatidas al momento de precisar el contenido de los conceptos de dolo e imprudencia.

En primer lugar, para el deslinde del dolo eventual de la imprudencia consciente hay que recordar que el dolo es la forma de evitabilidad en la que el autor, por disponer ya del conocimiento necesario, con sólo quererlo, se halla inmediatamente en condiciones de evitar. El conocimiento que caracteriza al dolo no es entonces cualquier conocimiento; debe tratarse de un juicio válido para el autor, es decir, es preciso que el autor se represente, sobre la base de experiencia válida para él, y no sólo por especulación o por excesiva temerosidad, que causará el resultado. Es que la voluntad de evitar sólo puede surtir efecto inmediato en el autor, es decir, *sin necesidad de mayor reflexión*, sólo frente a un conocimiento que, según experiencia válida para él, lo muestre como causante del resultado. De ello se sigue que a un mero “pensar en la posibilidad del resultado”, sin cualidad de juicio válido, podrá denominarse, si se quiere, imprudencia consciente, pero lo que debe quedar claro es que la representación del resultado que caracteriza esta forma de imprudencia no satisface las exigencias propias del conocimiento de las consecuencias que requiere el dolo.¹³

En segundo lugar, y ahora con relación a la imprudencia, si lo que importa es la evitabilidad individual, es decir, lo que el autor concreto con sus capacidades individuales habría podido prever y evitar, entonces esto ya supone una toma de postura en la discusión acerca de si para la tipicidad del delito imprudente basta que el resultado haya sido previsible en general, para un hombre promedio (previsibilidad objetiva),¹⁴ o se requiere que haya sido previsible al autor del caso real (previsibilidad individual). Mientras que la doctrina posiblemente aún mayoritaria (al menos en la Argentina) se conforma, para el ilícito imprudente, con la previsibilidad objetiva del resultado, es decir, con lo que habría previsto un hombre prudente y razonable en la situación del autor, el punto de partida de la evitabilidad individual reclama –como se dijo anteriormente– que el resultado le haya sido previsible al autor concreto. En otras palabras, la evitabilidad individual reclama la

13. Cf. JAKOBS, AT², 8/23 y ss.

14. Cf., por todos, JESCHECK/WEIGEND, AT⁵, § 21, II, 3; y WELZEL, Strafrecht, ps. 131 y ss.

previsibilidad individual de la conducta y de sus consecuencias.¹⁵ Según este punto de vista, la conducta imprudente se caracterizaría por la previsibilidad individual de la realización del tipo.

–IV–

¿Cómo se establece si el autor habría podido prever el resultado? En el ejemplo del teatro, ¿cómo se determina si el autor habría podido darse cuenta de que alguien había cambiado las balas? La respuesta es que la posibilidad de prever aquello que quiere evitar depende de los conocimientos y las capacidades intelectuales de que se dispone al momento de actuar.

Los conocimientos a los que se alude son los que SCHMIDHÄUSER denomina la *consciencia parcial del hecho*, esto es, “los contenidos de la consciencia referidos a la situación concreta actual” (p. ej. el saber que se está manipulando un arma frente a una persona, que se está circulando a velocidad excesiva, etc.), y el *saber experimental general*, es decir, “los conocimientos generales del autor en relación con diversos hechos y principios generales de la experiencia, de los cuales el autor no es consciente en el momento de actuar, pero que tiene almacenados en su inconsciente de modo tal que podría devenir consciente de ellos”. En cuanto a las capacidades intelectuales, son mencionadas habitualmente aquí la inteligencia, la memoria, la capacidad de combinación, la velocidad de pensamiento a lo que hay que agregar las circunstancias internas y externas que pueden incidir sobre esas capacidades (falta de tiempo, eventualmente, estados de cansancio o excita-

15. Para la fundamentación de la previsibilidad individual a partir de la concepción aquí sostenida, cf. JAKOBS, Studien, p. 46 y *passim*; *idem*, AT², 9/1 y ss.; para la tesis de la previsibilidad individual en general, cf. STRATENWERTH/KUHLEN, AT³, § 6, núms. 20 y ss., y § 15, núms. 13 y ss.; *idem*, Jescheck-FS, ps. 285 y ss.; SK-SAMSON, anexo al § 16, núms. 13 y ss.; OTTO, AT³, § 10, núms. 4 y ss.; BURKHARDT, Tatbestandsmäßiges Verhalten, ps. 114 y ss.; FREUND, AT, § 5, núms. 22 y ss.; LK-SCHROEDER, § 16, núms. 127 y ss.; F.C. SCHROEDER, JZ 1989, ps. 776 y ss.; KREMER-BAX, Das personale Verhaltensunrecht, ps. 91 y ss., 129 y ss. También la doctrina nacional más antigua, anterior al finalismo, reclamaba previsibilidad individual, cf. p. ej. NUÑEZ, Tratado, t. II, p. 77; y SOLER, Dpa, t. II, p. 172.

ción, etc.), codeterminando aquello para lo cual el autor es capaz en el caso particular.¹⁶

Para resolver entonces si en un caso concreto puede afirmarse que hubo previsibilidad individual hay que preguntarse, primeramente, qué circunstancias del hecho concreto conocía el autor (*consciencia parcial del hecho*). Una vez establecido esto, hay que determinar qué conocimientos generales tenía el autor respecto de las consecuencias cuya evitabilidad se analiza (*saber experimental general*). Por último, hay que preguntarse si aplicando esos conocimientos generales a las circunstancias del hecho actualmente conocidas, es decir, relacionando estas circunstancias con aquellos conocimientos previos, el autor habría podido advertir la peligrosidad de su conducta. Por cierto que la respuesta a la que se arrije dependerá también de los restantes factores intelectuales (inteligencia, velocidad de pensamiento, etc.) que han sido mencionados, así como de sus condicionamientos (tiempo, cansancio, etc.).

Permítaseme ilustrar con un ejemplo antiguo pero gráfico y la explicación correspondiente también de SCHMIDHÄUSER: la abuela que viene del campo con su pequeño nieto a la gran ciudad y que no sabe que las puertas del tren ahora se cierran automáticamente antes de la partida, no está en condiciones de representarse que las puertas pueden cerrarse de golpe atrapando el brazo de su nieto al que lleva de la mano. En cambio, si alguna vez conoció estas puertas “mágicas”, podrá arribar en situaciones similares, incluso en otros medios de transporte, a la consciencia del hecho.¹⁷

—V—

16. Esta caracterización del proceso de adquisición de conocimientos nuevos a partir de las capacidades y conocimientos ya existentes no es, por supuesto, privativa de SCHMIDHÄUSER, a quien he recurrido con fines ejemplificativos, sino común a la doctrina especializada sobre la materia (cf. p. ej. los autores citados en la nota anterior); claro que quienes se satisfacen con previsibilidad objetiva en el ilícito desplazan este análisis a la culpabilidad (cf. p. ej. por todos, JESCHECK/WEIGEND, AT⁵, § 21, II, 3). En particular la exposición y más ejemplos de ENGISCH, EXNER y JAKOBS pueden consultarse en CÓRDOBA, La evitabilidad del error de prohibición, pp. 89 y ss., 100 y ss.

17. Cf. SCHMIDHÄUSER, AT², 10/100, con más ejemplos que pueden consultarse también en CÓRDOBA, La evitabilidad del error de prohibición, pp. 104 y ss.

No es mi intención extenderme aquí más sobre un tema central de la dogmática del delito imprudente como lo es el de la previsibilidad, sino sólo llamar la atención sobre un aspecto complementario que, pienso, debería considerarse presupuesto en la propuesta de PÉREZ BARBERÁ. Me refiero a que si sólo un comportamiento individualmente evitable puede comunicar una toma de postura con relación a una norma, esto significa que, al menos en este nivel de análisis, no pueden dejar de ser tomados en cuenta los conocimientos y las capacidades intelectuales en el momento del hecho del autor del caso real.

Luego de que se hubiera establecido que el autor en virtud de sus conocimientos y capacidades habría podido prever la peligrosidad de su conducta o, incluso, que llegó a representarse el peligro, entonces sí es posible practicar ulteriores distinciones en función de la intensidad del aporte comunicativo, como propone PÉREZ BARBERÁ. Dicho de otro modo, sólo una vez que ha quedado asegurado el piso mínimo de la evitabilidad es posible cuestionar si de las conductas que, por evitables, comunican sentido, sólo las que son llevadas a cabo con conocimiento, y sólo ellas, tienen una fuerza comunicativa mayor o también tienen esa misma intensidad comunicativa algunas en las que ese conocimiento está ausente.

Fuera de ello, he mencionado que concuerdo con él en que nada impide modificar la concepción que se ha tenido tradicionalmente del dolo y vincular el juicio de mayor disvalor, que ese concepto expresa, no ya con la existencia de conocimiento sino con la racionalidad de su presencia o su ausencia, si éste y no aquél es el verdadero criterio con arreglo al cual la sociedad valora la gravedad de las conductas que califica como dolosas. Concretamente, pienso que nada impide tratar casos en los que sólo pudo acreditarse previsibilidad como dolosos, ni tratar casos en los que hubo conocimiento como imprudentes.

Sólo tres observaciones más para finalizar. Primero: para simplificar antes mencioné sólo los conocimientos y las capacidades intelectuales como factores que condicionan la previsibilidad, pero lo cierto es que también las capacidades físicas constituyen un factor del que también depende que el autor pueda reconocer lo que debe evitar. Como se suele ejemplificar en la literatura sobre la materia, está claro que a una persona que está sorda o que es ciega le es imposible reconocer un peligro que sólo puede ser percibido a través del oído o de la vista. Ahora, a favor una vez más de tomar en cuenta las capacidades del autor a la hora de establecer la previsibilidad y la evitabilidad individual, ¿alguien pensaría en prescindir del dato físico de

la sordera o de la ceguera y tratar al autor como si oyera o viera? Por eso, insisto, sólo una vez que se ha comprobado la inevitabilidad individual (física e intelectual), encuentro posible montar sobre ese “piso mínimo” ulteriores construcciones y distinciones.

Segundo: como se desprende ya del punto de partida expuesto,¹⁸ también al autor que no conoció pero que habría podido conocer se le reprocha un déficit volitivo: si se hubiese motivado de manera dominante a evitar, p. ej., la muerte de otros, habría podido reconocer la peligrosidad de su conducta para la vida de la víctima y habría evitado actuar. La voluntad de evitar es también voluntad de procurarse el conocimiento necesario para poder evitar.¹⁹ Ahora, en la valoración de ese déficit volitivo, que explica que no se haya adquirido el conocimiento que era adquirible, me parece que las razones, los motivos concretos que determinaron que en el proceso de motivación no prevaleciera la voluntad de adquirir ese conocimiento, también tienen que pesar y reflejarse en la intensidad comunicativa del comportamiento frente a la norma. Y, en definitiva, es lo que hace también PÉREZ BARBERÁ (en este punto de modo similar a JAKOBS) porque está claro que lo que él reprocha como doloso en los casos de “ceguera de hecho” no es la irracionalidad epistémica que es producto de la falta de inteligencia, sino de ignorancia crasa, egoísmo, indiferencia, etc.,²⁰ es decir, de motivos que

18. Cf., *supra*, III.

19. Cf. JAKOBS, *Studien*, pp. 34 y ss., 41 y ss., y pp. 43 y s.: “El motivo de evitación no presupone el conocimiento de las consecuencias, sino que es él mismo impulso para obtener el conocimiento de las consecuencias como presupuesto psíquico de la evitación de las consecuencias. Permanece ‘callado’ cuando la evitación es tan segura como es subjetivamente posible, pero no ya cuando el estado actual de conocimientos, no revisado bajo el aspecto de la evitación de las consecuencias y, por tanto, casual, no contiene los resultados a ser evitados. En la hipótesis de este motivo, por lo tanto, son reconocidas y evitadas por el sujeto las consecuencias concomitantes o éstas son irreconocibles para el sujeto y, por ello inevitables”.

20. Pueden leerse, en efecto, en algunos pasajes de su exposición alusiones como las siguientes a ese respecto: “debe tenerse en cuenta que ‘ceguera ante los hechos’ es una metáfora que hace referencia a una clase específica de falta de representación, que es la falta de representación *crasa*”; “[e]s verdad que ella puede implicar infidelidad al derecho motivada por indiferencia frente a bienes de terceros”; “[l]o que hace que esa ausencia de representación sea imputable a dolo es que [...] el peligro creado es de tal magnitud que sólo un inimputable o un completo egoísta puede no verlo (por eso es ‘ciego’)”; “[q]ue

ponen de manifiesto una actitud hostil hacia la vigencia de la norma. No me puedo extender aquí, pero los criterios para esa valoración deberían integrarse sistemáticamente con los que se postulan para el caso paralelo del error de prohibición y, en particular, para el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.²¹

Tercero: aunque tampoco habré de profundizar sobre este aspecto, quiero mencionar al menos que el contenido comunicativo de una conducta depende, por último, también de la imputación objetiva. Es que sólo una conducta que tiene socialmente el significado de una conducta de homicidio puede comunicar una toma de postura respecto de la norma que prohíbe el homicidio. Ciertamente, ese significado depende, como se dijo, primeramente de la evitabilidad individual. Pero las reglas que terminan de precisar el sentido social de una conducta, concretamente, que definen p. ej. si la causación previsible o consciente de una muerte (es decir, individualmente evitable) significa socialmente un homicidio, son las reglas que delimitan el riesgo permitido.²² Claramente esto escapa ya de los límites del concepto de dolo, pero creo que viene al caso mencionarlo como otro recordatorio de que la racionalidad epistémica de la génesis de los datos psíquicos puede ciertamente ser uno de los componentes, pero no el único que decide sobre el contenido y la intensidad comunicativa de un comportamiento en relación con la norma.

–VI–

Con esto he finalizado mi aporte que espero sea de utilidad. Me queda tan sólo agradecer una vez más la generosa oportunidad que se me ha brindado para reflexionar en torno a la excelente obra del colega y amigo GABRIEL PÉREZ BARBERÁ.

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 [...] 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...”: “[...]o que sí hay siempre en estos casos es, ciertamente, ‘indiferencia *hacia el interés lesionado*’”, etc.

21. Cf., al respecto, MANSO PORTO, Normunkenntnis aus belastenden Gründen, ps. 1 y *passim*, y, con relación al error sobre presupuestos justificantes, CÓRDOBA, La evitabilidad del error de prohibición, pp. 192 y ss.

22. Cf. CÓRDOBA, Imputación objetiva y teoría de la acción, pp. 41 y ss.