

UNA OPORTUNIDAD PARA ERRADICAR EL LLAMADO “DOLO EVENTUAL” DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Luis Fernando Niño
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Buenos Aires

RESUMEN

A comienzos de 2017, el gobierno argentino creó una nueva comisión para la reforma del código penal de ese país. El que continúa vigente data de 1921 y ha sufrido cientos de reformas que han desfigurado su equilibrio original. El último ensayo de reemplazo integral de dicho cuerpo de leyes sucedió en 2014, cuando un grupo de juristas presidido por el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni presentó un notable proyecto, fruto de años de labor, en el que se eliminaba rotundamente la problemática del llamado “dolo eventual”, al disponer que sólo cabe considerar delito las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas en una ley previa realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia, al tiempo que restablecía la distinción entre culpa simple y culpa temeraria, debida a Feuerbach y adoptada por Carlos Tejedor, autor del primer código penal argentino. El autor de este artículo defiende esa postura, distanciándose tanto de las corrientes normativistas que limitan el concepto de dolo al mero aspecto cognoscitivo como de las que le reconocen un aspecto volitivo, pero extienden el concepto a difusos estados psíquicos, tales como la indiferencia o la confianza en la evitación del resultado por parte del agente; y advierte acerca de la nueva oportunidad de obrar en el sentido propuesto, ante la última iniciativa gubernamental.

ABSTRACT

At the beginning of 2017, the Argentine government created a new commission for the reform of the penal code of that country. The one that continues in force dates from 1921 and has undergone hundreds of reforms that have disfigured its original balance. The last comprehensive rehearsal of this body of laws took place in 2014, when a panel of jurists, presided over by Professor Eugenio Raúl Zaffaroni presented a remarkable project, the result of years of work, in which the problem of so-called "dolus eventualis" was roundly eliminated, by providing that only actions or omissions expressly and strictly provided for in a previous law made with direct will, can be considered as offenses, unless there is also a penalty for recklessness or negligence, while reinstating the distinction between reckless and negligence, due to Feuerbach and adopted by Carlos Tejedor, author of the first Argentine penal code. Luis Niño defends this position, distancing itself from the normativist currents that limit the concept of

mens rea to the mere cognitive aspect, as well as those that recognize a volitional aspect, but extend the concept to diffuse psychic conditions, such as indifference or confidence in the avoidance of the result by the agent; and, as indicated in the title, alert to the new opportunity to act in the proposed direction, before the last government initiative.

PALABRAS CLAVE

Dolo – “dolo eventual” – culpa simple – culpa temeraria – principio de legalidad estricta.

KEYWORDS

Mens rea – dolus eventualis - reckless – negligence - principle of strict legality

ÍNDICE

I. ACLARACIONES PREVIAS. II. EL “IUS PUNIENDI” Y SUS LÍMITES. III. EL CONCEPTO DE DOLO EN EL DERECHO PENAL COMPARADO. IV. ESFUERZOS TEÓRICOS POR APUNTALAR LA NOCIÓN DE “DOLO EVENTUAL”. V. LA SITUACIÓN EN LA DOCTRINA PENAL ARGENTINA. VI. EL ANTEPROYECTO DE 2014 Y LA FUERZA DE LA RAZÓN. VII. OTRA CHANCE PARA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ESTRICTA.

I. ACLARACIONES PREVIAS

Mediante el Decreto 103/2017, publicado en el Boletín Oficial del 14 de Febrero próximo pasado, el presidente de la República Argentina dispuso la creación de una nueva Comisión para la Reforma del Código Penal, que tendrá a su cargo una misión nada original, por cierto, a esta altura de la historia de esa rama del ordenamiento jurídico de mi país, consistente en la elaboración de un Anteproyecto de ley de reforma y actualización de dicho cuerpo de leyes.

El Código actualmente vigente (ley 11.179) data de 1921; comenzó a regir en 1922 y ha sufrido unas novecientas reformas parciales en sus noventa y cinco años, las que lo desfiguraron hasta tornarlo irreconocible, tal como supo señalar la última de las numerosas comisiones oficialmente constituidas para encarar su modificación integral.

Presidida por el Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, y compuesta por los ex magistrados Ricardo Gil Lavedra y León Carlos Arslanian y los legisladores María Elena Barbagelata y Federico Pinedo, dicha Comisión sesionó desde el año 2012 y entregó su valioso Anteproyecto a la -entonces- Presidente de la República en 2014, para su consiguiente debate parlamentario; pero una verdadera avalancha política y mediática tan injusta como eficiente, lo ha soslayado, dando lugar a la nueva iniciativa del Poder Ejecutivo¹

¹ Un legislador llamado Sergio Massa lideró la campaña de oposición a dicho Anteproyecto y presentó a su vez una iniciativa, caratulada “(e)l código justo”, que puede visitarse en:

Recaeré más adelante sobre el contenido de esa apreciable pieza jurídica; pero quise señalar desde un comienzo el motivo por el cual entiendo oportuno y conveniente encarar, una vez más, el tópico del dolo en el Derecho Penal argentino, tema central en la teoría del delito y crucial en la práctica judicial.

II. EL “IUS PUNIENDI” Y SUS LÍMITES

No me es posible abordar aquí, con la profundidad que requiere, un dilema previo a cualquier estudio de Dogmática: el que nos cuestiona si existe un derecho del Estado a penar, un *ius puniendi*, o si todo se resuelve en un mero hecho de poder, en una *potentia puniendi*, impuesta verticalmente sobre las mayorías, en el seno de cualquier organización social.

Luego, partiremos de conceder que existe un derecho estatal a penar, pero siempre y cuando se configure y se ejerza en el estricto marco impuesto, en el caso argentino, por la Constitución Nacional y por los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dotados de suprema jerarquía normativa, conforme lo establece el artículo 75, inciso 22, de nuestra Ley Fundamental, reformada en 1994.

Ese punto de partida condiciona la operatividad de todo el sistema penal, esto es, su capacidad para realizar la función que le corresponde en un Estado de Derecho, por cuanto tal operatividad debe reconocer unos límites materiales y otros formales. Si esos límites se desconocen, el *ius puniendi*, el derecho a penar, da paso a la *potentia puniendi*, al mero poder punitivo; vale decir que el Estado de Derecho cede su espacio al Estado autoritario o de policía².

<http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/41200-codigo-justo-proyecto-codigo-penal-del-diputado-sergio-massa>.

² Los límites materiales a respetar por el Estado en el ejercicio de su derecho a penar, vienen determinados por tres principios que -desde la Cátedra a mi cargo- entendemos irrenunciables: la necesidad de la intervención del Derecho Penal, el fin de protección de bienes jurídicos fundamentales y la dignidad de la persona humana. El primero de tales principios implica el reconocimiento del Derecho Penal como *ultima ratio* y su consiguiente carácter fragmentario. Dicho carácter tiene, por lo demás, clara raíz constitucional. Si nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que la ley no prohíbe hacer, y -además- cuenta con un ámbito de privacidad exento de la autoridad de los magistrados, en la medida en que no ofenda al orden ni a la moral pública ni perjudique a un tercero, como prescriben los artículos 18 y 19, respectivamente, de la Constitución de mi país, el Derecho Penal se nos revela, para decirlo con un plausible aforismo de la doctrina nacional clásica, como un sistema discontinuo de ilicitudes, en el que toda analogía que amplíe los márgenes de lo punible -sea habilitada por vía legal, o introducida por vía doctrinal o jurisprudencial- está prohibida. Esto implica, pues, ante todo, la necesaria preexistencia de una ley escrita, cierta y estricta. Conviene remarcar este principio al pasar al tema central de esta reunión. El segundo principio material que, desde esta Cátedra, consideramos indeclinable, es el del fin de protección de bienes jurídicos de todo el sistema penal. Sólo la lesión o el peligro cierto al bien jurídico de un tercero habilita, a nuestro criterio, la puesta en marcha de las agencias del control social formal que conforman ese sistema. Y

Circunscrito el terreno de actuación constitucional y convencionalmente válida del legislador penal, cuadra recordar que todo concepto, en terreno jurídico-penal, tiene un sentido político, puesto que se origina en una decisión de tal legislador, representante por excelencia del poder político en una democracia representativa, quien decide qué comportamientos humanos se prohíben, en base a qué descripciones y con qué penas se los sanciona, momento al que denominamos criminalización primaria; y el material resultante está destinado a su estudio y aplicación, en el plano de la realidad social, por un juez o tribunal, representante de otro de los poderes o funciones del Estado, en lo que se da en llamar el momento de la criminalización secundaria³.

Las consecuencias jurídicas que cualquier legislador contemporáneo prevé para las conductas dolosas son, lógicamente, más graves para las conductas dolosas, que se dirigen intencionalmente a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, que aquellas culposas, que producen un resultado por una infracción al deber de cuidado, es decir, por una selección defectuosa de los medios empleados para obtener cualquier otro fin.

Además, la tipicidad dolosa cuenta con dos posibles extensiones, vale decir, con dos dispositivos amplificadores de carácter general: uno personal, ya que, llegado el caso, alcanza a otros intervinientes que no son autores, tales como cómplices, instigadores o autores de determinación; y el otro, temporal, puesto que la relevancia jurídico-penal del obrar del sujeto puede adelantarse a actos de ejecución previos a la

entendemos por bien jurídico la relación de disposición entre el individuo y alguna de las entidades valiosas (vida, libertad, propiedad, etcétera), que el legislador penal haya elegido proteger especialmente, previendo las conductas lesivas o riesgosas más relevantes respecto de ese bien, mediante enunciados predominantemente descriptivos, y asociando a éstos una consecuencia jurídica, una sanción, esto es, una pena. Una pena traducida, en cualquier caso y sea cual fuere la justificación que normativamente se le asigne, en la privación de ciertos bienes o derechos al autor o partícipe de una de tales conductas. El tercero y último límite material a la operatividad del sistema penal está dado por el respeto a la dignidad de la persona humana, que debe ser considerada en su individualidad, con su propio margen de autodeterminación y tomando en debida consideración sus condicionamientos sociales, económicos y culturales.

Enunciados muy brevemente, los límites formales a respetar por el Estado, al legislar y aplicar la ley penal, son también tres: el principio de legalidad procesal, que reclama que la existencia de delito y la imposición de pena o medida de seguridad sea decidida mediante resolución judicial, en el marco de un proceso legalmente establecido; el derecho al debido proceso, de clara raigambre constitucional, que abarca las garantías mínimas con las que debe contar el individuo sometido a tal procedimiento, incluyendo muy especialmente el derecho a una defensa técnica eficaz; y la exigencia de una ejecución legal, consistente en la sujeción, de los efectos y las circunstancias que rodean el cumplimiento de la pena o medida de seguridad aplicada, a las previsiones constitucionales, convencionales, legales y reglamentarias vigentes.

³ En el sentido indicado, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Estructura básica del Derecho Penal", Ediar, Bs.As., 2009, p. 19.

configuración de toda la tipicidad, vale decir, previos a la consumación del delito, que es lo que sucede cuando se pena por la tentativa del hecho doloso.

Y si fuera poco con esas diferencias, tengamos en cuenta que, si se descarta el dolo en una conducta y no se encuentra previsto legalmente un tipo culposo correlativo, tal conducta resultará atípica, o sea, no prohibida por el Derecho Penal.

De allí la importancia que reviste la correcta definición de los conceptos de dolo y de culpa en sentido jurídico-penal, y la correlativa trascendencia del trazado de un límite entre una y otra categoría.

III. EL CONCEPTO DE DOLO EN EL DERECHO PENAL COMPARADO

Evocadas, pues, esas nociones básicas, el primer detalle a considerar cuando abordamos el tópico del límite entre el dolo y la culpa –es la diferente manera de tratar el tema por parte del legislador en cada país.

En algunos casos, como el del Código penal argentino, no existe una definición explícita de dolo ni de culpa. Rodolfo Moreno, Presidente de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria que redactó el Proyecto del que luego habría de ser el Código Penal aun en vigor, prefirió sortear de esa manera las disputas en torno al tópico, decisión que le acarreó duras críticas de personalidades destacadas como la de Luis Jiménez de Asúa en su célebre Tratado de Derecho Penal.

En algunos códigos modernos, el legislador ha preferido limitarse a sentar escuetas máximas, nombrando ambas especies de tipicidad, pero sin precisar su significado, dejando esa labor a la doctrina y la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en el artículo 5º del Código Penal español de 1995, se lee que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, y en el artículo 10, que “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

En otros cuerpos de leyes, como el brasileño, el cubano, el portugués, el austríaco y el italiano, se optó –en cambio- por plasmar definiciones de ambas clases de tipicidad y de sus especies⁴.

⁴ Así, en el artículo 18 del código penal brasileño se lee que “se dice doloso el delito cuando el agente quiso el resultado o asumió el riesgo de producirlo”, en tanto que se dice culposo cuando el agente dio causa al resultado por imprudencia, negligencia o impericia”. En el Código penal cubano de 1987 se optó, asimismo, por definir expresamente las modalidades típicas. En el inciso primero de su artículo 9 se lee que “el delito puede ser cometido intencionalmente o por imprudencia”. En el segundo se define que “el delito es intencional cuando el agente realiza consciente y voluntariamente la acción u omisión socialmente peligrosa y ha querido su resultado, o cuando, sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo”. En tanto que, en el tercero, se expresa que “el delito se comete por imprudencia cuando el agente previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, pero esperaba, con ligereza, evitarlas, o cuando no previó la posibilidad de que se produjeran a pesar de que pudo o debió haberlas previsto”. En el

Dentro de ese elenco de códigos penales, cuyos autores entendieron necesario u oportuno dejar definido qué debe entenderse por delito doloso o intencional, me limitaré a señalar al único de carácter internacional propiamente dicho que ha logrado operatividad como tal, el Estatuto de Roma, redactado para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya. Y lo hago para señalar que no es cierto que en ese Estatuto, destinado a los más graves crímenes contra la Humanidad, se haya incluido el llamado “dolo eventual”, como se ha alcanzado a afirmar, en medio de la contienda desatada en torno a esta clase o categoría típica, en Argentina⁵.

portugués de 1982, tras aclararse que sólo es punible el hecho practicado con dolo o –en los casos especialmente previstos en la ley– con negligencia (artículo 13), se procede a una meticulosa definición de ambas especies de la tipicidad legal. En el inciso primero, del artículo 14, se expresa que “obra con dolo quien, representándose un hecho que comporta un tipo de delito, actúa con intención de realizarlo”. En el inciso segundo, se prescribe que “obra, asimismo, con dolo quien se representase la realización de un hecho que comporta un tipo de delito como consecuencia necesaria de su conducta”; y en el inciso tercero se delinea lo que entre nosotros, comúnmente, se ha denominado hasta el presente “dolo eventual”, al expresar que, “cuando la realización de un acto que comporta un tipo de delito fuere representada como consecuencia posible de la conducta, hay dolo si el agente actuare conformándose con aquella realización”. En tanto, en el artículo 15, se expresa que “obra con negligencia quien, por no proceder con el cuidado al que, según las circunstancias, está obligado y del cual es capaz: a) se representare como posible la realización de un hecho que comporta un tipo de delito, pero actuare sin conformarse con esa realización; o b) no llegare siquiera a representarse la posibilidad de realización del hecho. El código penal de Austria, a través de los tres incisos de su parágrafo 5º, establece que actúa intencionalmente el autor que trata de realizar la circunstancia o el resultado para el que la ley presupone una actuación intencional; con dolo directo (sic) cuando aquél considera que la circunstancia o resultado para el que la ley presupone dolo directo, no solamente es posible, sino que tiene por cierta su ocurrencia o realización; y con dolo eventual cuando el autor considere seriamente la realización del resultado como posible y se conforme con él. Frente a esos detallados enunciados legales, el texto del artículo 43 del código penal italiano, bajo el epígrafe “Elemento psicológico del delito”, prescribe que el delito es doloso -o según la intención- cuando el evento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción u omisión y de la cual la ley hace depender la existencia del delito, es previsto por el agente y querido como consecuencia de la propia acción u omisión; y preterintencional o ultraintencional, cuando de la acción u omisión deriva un evento dañoso o peligroso más grave de aquel querido por el agente; y es culposo -o contra la intención-, cuando el evento, aunque previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia o imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o normas disciplinarias”. La manera de definir al delito doloso, “evento...previsto y querido” generó una polémica ya casi centenaria en aquel país. entre teóricos que niegan la inclusión del dolo eventual en dicha fórmula y los que la afirman.

⁵ Cfr.: DURRIEU FIGUEROA, Roberto, *Critica a la eliminación del dolo eventual en el Anteproyecto de Código Penal*, Publicaciones Estudio Durrieu, Buenos Aires, 2014.

El zarandeado artículo 30 del Estatuto en cuestión se refiere exclusivamente al dolo directo de primer grado y al de segundo grado o de consecuencias necesarias; y lo hace de una manera que no debería dejar duda en cuanto a sus alcances⁶.

No se me escapa que existió un pronunciamiento preliminar, por parte del órgano encargado de la instrucción del sumario, en el caso “Lubanga”, el 29 de enero de 2007, en el que se interpretó que la referencia cumulativa de intención y conocimiento del artículo 30 englobaría al dolo directo, en sus dos grados y al *dolus eventualis*. Pero me permito advertir, al tenor de la clara letra del artículo 30 del Estatuto, que se trató de una hermenéutica que forzaba claramente el sentido literal de los términos legales que acabamos de evocar, en un sentido contrario a diversos principios delimitadores del poder punitivo, tales como los de legalidad estricta y cierta, *ultima ratio* y *pro homine*⁷.

Lubanga resultó finalmente condenado, el 14 de marzo de 2012. Y esta primera condena de la Corte Penal Internacional, tras diez años de su puesta en marcha, suscita dos breves comentarios vinculados al tema que nos convoca hoy, antes de proseguir nuestro itinerario.

En primer lugar, no era necesaria la interpretación extensiva de la Cámara preliminar para imputar a Lubanga por el reclutamiento de niños y los destinos a ellos asignados: en la sentencia, la Corte estimó acreditado que era co-autor y que había

⁶ Veamos primero la versión en español: “Artículo 30. Elemento de intencionalidad. 1°. *Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento*” [de tales elementos]; 2°. *A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.* En la versión inglesa, bajo el epígrafe “Mental element” se expresa, con esa misma necesidad, a través de la frase “*that it will occur (que ocurrirá, o que va a ocurrir) in the ordinary course of events*”. Lo mismo que en la versión francesa, bajo el epígrafe “*Élément psychologique*”, se requiere “*conscient que celle-ci adviendra (advendrá, sucederá) dans le cours normal des événements*”.

Para no dejar dudas, en el parágrafo 3° de ese mismo artículo 30 se prescribe que “*a los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende: la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos*”. Y si aún cupiera algún margen de dubitación en cuanto a las exigencias del texto del Estatuto para reputar doloso o intencional un comportamiento, el precepto termina advirtiendo que “*las palabras ‘a sabiendas’ y ‘con conocimiento’ se entenderán en el mismo sentido*”. Luego, no hay lugar allí para el llamado “dolo eventual”.

⁷ Tal vez, contra lo esperable, haya gravitado decisivamente, en los primeros intérpretes del Estatuto de Roma, la extrema gravedad de los crímenes que dieron lugar a la creación de la Corte Penal Internacional, y –en especial– de aquellos que, en el caso concreto, fueron imputados a Thomas Lubanga Dyilo, consistentes en alistar y reclutar a niños menores de quince años, en la República Democrática del Congo, entre 2002 y 2003, y utilizarlos para participar activamente en hostilidades, enviarlos a los frentes de combate o emplearlos como guardias o –incluso– como esclavos sexuales.

actuado con dolo directo de segundo grado, al señalar que él era consciente, como coordinador del plan y como comandante en jefe del ejército, de que, en el curso ordinario de los acontecimientos, los hechos reprochados ocurrirían⁸.

En segundo término, la condena recibida por Lubanga por tales crímenes de guerra fue a catorce años de prisión, de los que se le descontaron los seis de prisión preventiva; y eso debería guiarnos a mirar hacia adentro y reflexionar respecto a las respuestas penales enormes, a menudo esperpénticas, que los legisladores hispanoamericanos, al conjuro de las coyunturas políticas o económicas, acostumbran a perpetrar sobre nuestros códigos para delitos comunes, con sus constantes reformas de “ley y orden”, pontificando que, con mayor represión, disminuirá el delito.

IV. ESFUERZOS TEÓRICOS POR APUNTALAR LA NOCIÓN DE “DOLO EVENTUAL”

La doctrina penal comparada, al referirse al tema del dolo eventual luce insatisfactoria, globalmente considerada, por dos motivos opuestos: los autores enrolados en las que se dan en llamar teorías volitivas incursionan en la búsqueda de criterios que les permitan distinguir entre un proceder indiferente y uno confiado en la evitación del resultado típico, recalando en distinciones más propias de un Derecho Penal de ánimo o de autor que en las que corresponden a un Derecho Penal liberal de acto y de responsabilidad.

A su vez, los teóricos que suscriben teorías cognitivas desvirtúan el significado del vocablo “dolo”, inventándose un concepto que prescinde de toda referencia al contenido de la voluntad, o bien lo presume en la mente del agente.

Unos y otros pasan por alto que quien no persigue el resultado típico ni lo prevé como de segura realización no tiene la voluntad ni cuenta con el conocimiento cierto de su ocurrencia. En lo que coinciden, con un talante dogmático que, a mi juicio, encubre una mera intuición, es en que las conductas a las que atribuyen la calidad a la que venimos refiriéndonos, merecen igual pena que las -directa o indirectamente- dolosas, sin brindar explicaciones convincentes que avalen esa decisión político-criminal.

Ensayemos un somero repaso de las teorías tradicionales. La clásica, del consentimiento, de Reinhard Frank, con sus variables - “si lo que me parece probable fuere seguro, no obstante actuaría”; “si lo que me parece posible fuese seguro no actuaría” y “suceda esto o lo otro, en cualquier caso actúo”, es de constatación práctica imposible.

La teoría del sentimiento o de la indiferencia de Karl Engisch, conforme a la cual, si el sujeto aprueba las posibles consecuencias concomitantes o acepta tales consecuencias con total indiferencia, tropieza con similares reparos. No sólo es de difícil prueba, sino que elucubra sobre disposiciones emocionales del sujeto.

⁸ V. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: “Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución”, Dykinson, Madrid, 2013, p. 460.

La teoría de la “voluntad activa de evitación” de Armin Kaufmann toma como concepto central para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente la actitud del sujeto activo frente a la posibilidad de una consecuencia accesoria a su obrar. Si no hace algo para evitarlo, sea porque no es posible una configuración distinta de la acción, pero al sujeto le resulta importante y no desea abandonarla, o bien porque el empleo de otros medios le resultaría costoso, o finalmente, porque le resulta indiferente la producción del resultado, en todos esos casos entienden que hay voluntad de realización y debe imputarse el resultado a título de dolo. Una vez más, estamos escrutando la actitud interna del sujeto e imputándole como querido lo que no fue precisamente tal.

Entre los cultores de las teorías cognitivas, cabe recordar con tono crítico a Eberhard Schmidhäuser y su propia versión de la teoría de la representación: si, conforme a ésta, la mera representación de la posibilidad de producción del resultado ya debería conducir al sujeto a desistir de seguir actuando, no queda lugar para la confianza en su no producción. Su ejemplo de quien incendia su propia casa para cobrar el seguro, ocasionando la muerte de un ocupante, con chance de ser imputada a título de culpa consciente, enturbia más las cosas. Para ser coherente con su punto de partida, sólo sería culpa la culpa inconsciente. Así lo reconoce Horst Schröder, al establecer una sinonimia entre la ausencia de conciencia del sujeto imprudente y su “buena conciencia”. Pero flaco favor le hace a la Dogmática penal, en términos de seguridad jurídica, el oscilar entre buena y mala conciencia, para decidir entre dolo y culpa.

Wolfgang Frisch se desentiende directamente del resultado. Para él, lo relevante es, textualmente, la dimensión injusta del comportamiento típicamente relevante, concepción que basa en tres requisitos: ha de aparecer como un dato que revele la contradicción entre el comportamiento que el sujeto lleva a cabo y el Derecho; ha de singularizar una especial peligrosidad del sujeto activo frente a los bienes jurídicos, y ha de demostrar que la acción que el sujeto realiza constituye un fallo cualificado de la persona frente a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Entre las críticas recibidas por esa concepción cuenta la de equiparar los delitos de peligro y los de resultado y la de anticipar la punición a la acción, sin tener en cuenta el resultado. Yo añado otra: la facilidad del juez de decidir con total arbitrariedad cuando le toca juzgar especies tan inasibles como la especial peligrosidad del sujeto y la cualificación del fallo de la persona frente a las exigencias del orden jurídico.

Urs Kindhäuser echó mano del concepto de error sobre la capacidad preventiva del sujeto, basando la diferencia entre dolo y culpa en el error sobre la evitabilidad del resultado. Pero en su concepción, la cuestión se vuelca decididamente en favor del primero, por cuanto, conforme su visión, si el sujeto estuvo en situación de llevar a cabo su acción en forma controlada, la acción y el resultado le pueden ser imputados a título de dolo.

A su turno, Joachim Hruschka se mostró sumamente sincero: para él, la realidad psíquica es de imposible constatación. Luego, el hecho puramente interno del conocimiento se deduce por completo de circunstancias externas. Pero los indicios,

continúa refiriendo Hruschka, son sólo eso, sea que partan de esas circunstancias externas o aun de confesiones. Como todo lo espiritual, concluye, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que, sencillamente, se imputa a ese título. Lo grave es el margen que se abre a la arbitrariedad del intérprete para decidir si ha de imputar cierto homicidio a título de dolo o de culpa, con una diferencia, en el orden jurídico argentino, de más del 400 por ciento, en años de privación de libertad, entre una y otra alternativa.

El -también clásico- intento del Profesor Claus Roxin en pos de encontrar indicadores objetivos para confirmar o desechar la hipótesis central de su postura, que es la “decisión en contra del bien jurídico”, acaba naufragando en mediciones tan -o más- arduas y dificultosas que las que plantea el finalismo welzeliano acerca de la indiferencia del sujeto respecto de la posible producción del resultado o su confianza en la evitación de dicho resultado. Roxin rechaza las posturas que identifican el elemento volitivo con las actitudes emocionales del sujeto, pero termina computando, como claves para distinguir la existencia de dolo eventual de la de culpa consciente o con representación estos tres indicadores: a) la ausencia en el sujeto de voluntad activa de evitación; b) el reconocimiento por el propio sujeto de la posibilidad de producción del resultado y c) la inclusión, dentro de su plan, de la eventualidad de que tal resultado llegue a producirse.

Más allá de que la condición negativa inicial –la ausencia de voluntad activa de evitación- obliga al intérprete a introducirse, mal que pese al autor, en la consideración de factores subjetivos propios del psiquismo del sujeto, el elemento común del reconocimiento de la posibilidad de ocurrencia del resultado lo conduce a encontrar la marca divisoria entre dolo eventual y la culpa consciente en la circunstancia personalísima de que aquel se haya “tomado en serio” esa posibilidad o no. No parece que esa sea una pauta eficiente para ensayar uno u otro encuadre y despachar una pena mucho más grave, en base a lo que el juez haya intentado determinar, de cara a ese particular contenido mental de aquel a quien juzga.

El recordado profesor Winfried Hassemer partía de reconocer que conceptos tales como “dolo”, “intención” o “voluntario” no son ambiguos en sí mismos: es su hipotética verificación, ante un caso concreto, la que se convierte, en el ámbito judicial, en “complicaciones de la prueba en el proceso”. Por tanto, concentró su atención en los instrumentos que permitieran dotar al intérprete de datos tendentes a conocer qué disposición o tendencia anímica había anidado, en el momento de exteriorizarse la conducta investigada, detrás de la pared que oculta el cerebro del concreto ser humano que la protagonizó⁹.

Su intento, empero, resulta merecedor de críticas análogas a las dirigidas a la postura del profesor Roxin.

Hassemer mencionaba tres elementos constitutivos de un delito doloso: a) conocimiento o representación; b) peligrosidad de la situación para el bien jurídico y c) decisión. Pero cuando intentó caracterizar los instrumentos de los que el intérprete

⁹ HASSEMER, Winfried: “Fundamentos del Derecho Penal”, Barcelona, 1985, p. 227.

debe valerse para acreditar la presencia de tales elementos, de escrutar las aspiraciones o disposiciones humanas que conforman el aspecto interno del hecho, no suministró un elenco posible de tales indicadores, admitiendo que cada situación fáctica requiere uno propio y específico.

En un artículo posterior, Hassemer sistematizó aquellos tres elementos: la situación de peligro para el bien jurídico, en el nivel objetivo, y –en el nivel subjetivo- la representación de un resultado que podría afectarlo y la decisión contraria al bien jurídico, como aspectos cognitivo y volitivo, respectivamente. Pero reconoció que sólo respecto del primero, la existencia de un peligro para el bien jurídico, puede el intérprete valerse de una investigación empírica, emergente de datos observables en la realidad, en tanto que depende de indicadores, no determinables en abstracto, para predicar acerca de la configuración de los dos restantes¹⁰.

Rescato un párrafo de este último trabajo del entrañable profesor Hassemer porque, con una franqueza cercana a la candidez, delega en el juez, en el intérprete, la atribución del carácter doloso o culposo de una conducta en particular. Dice así: “(no) es casual que aquí la teoría del dolo pueda aprender mucho de la Jurisprudencia: aquel que debe aplicar las fórmulas del dolo a las peculiaridades del caso concreto capta antes sus límites que aquel que elucubra sobre ellos y está en mejor posición de hallar la salida correcta en los casos en que sea necesario una concreta decisión y aplicación de dichos conceptos”¹¹.

A nuestro juicio, en esa suerte de confesión del ilustre hombre de doctrina reside una razón fundamental para abandonar la búsqueda de criterios distintivos entre el pretendido “dolo eventual” y la culpa grave.

Otro profesor alemán, fallecido como Hassemer en 2014, el filósofo Lothar Phillips, adscribió también a la idea de la decisión en contra del bien jurídico de Roxin, pero tomó un rumbo propio. Los tres elementos a considerar, en su concepción, son a) la decisión entre distintas alternativas; b) las máximas de riesgo que contiene el ordenamiento jurídico y c) la conciencia de todas las alternativas posibles por parte del sujeto.

Tal como Hassemer, Phillips supo reconocer las dificultades que supone el intento de delimitar los campos del dolo y la imprudencia, por tratarse, según él, de conceptos jurídicos indeterminados; y hasta alcanzó a preguntarse si no correspondería concluir que es imposible establecer el límite entre aquellos. Pero, llegado a esa instancia de sinceramiento, retrocedió y decidió centrar su análisis en la operatividad de una lógica difusa o borrosa, una “*fuzzy logic*”¹², reconociendo –textualmente- que los límites entre tales conceptos “pueden superponerse unos a otros y fundirse entre sí; y

¹⁰ HASSEMER, Winfried: “Los elementos característicos del dolo”, en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, BOE, Madrid, 1990, Tomo 43, p. 929.

¹¹ HASSEMER, W.: “Los elementos...”, p. 928.

¹² Cit. por PÉREZ BARBERÁ: “El dolo eventual. Hacia al abandono de la idea de dolo como estado mental”, Hammurabi, 2011, p. 570 y s.

que lo que permite diferenciar a unos conceptos de otros no son sus límites, sino su centro de gravitación, cuyas irradiaciones pueden entrecruzarse con las irradiaciones de otros centros”.

Defendía Phillips que a través de dicha lógica era posible desarrollar procedimientos para tomar decisiones precisas sobre la base de conceptos imprecisos, alertando –no obstante- que para su empleo se hace necesaria la elaboración de un programa informático y el empleo de una computadora, a fin de subir en ella todos los datos que puedan resultar relevantes como indicadores del dolo.

Para referirse a esos indicadores y a los contra-indicadores, el profesor Phillips aludía a los criterios que han propuesto las diferentes teorías y, al igual que Hassemer, remitía a la casuística y a su tratamiento jurisprudencial.

Asignó capital importancia a la conciencia del peligro para el bien jurídico, por parte del autor, anotando, como un indicador favorable –textualmente- “la típica peligrosidad de la acción”. Estimo que coincidiremos en que, por esa senda, no se avanza demasiado en términos de la procurada delimitación de los conceptos de dolo eventual y la culpa consciente. Lo propio cuadra afirmar frente a contra-indicadores tales como que la situación se haya encontrado bajo control del autor, de la víctima o de un tercero.

Siguiendo la metodología propia de la *fuzzy logic*, la propuesta de Phillips desautoriza efectuar un análisis a “todo o nada”, sino que conduce a determinar la medida de la subsunción de cada circunstancia del caso en uno de los indicadores o contra-indicadores, para justipreciar si cabe afirmar la existencia de dolo eventual, empleando para ello una escala del cero al uno.

Al juez cabría efectuar, según esta concepción, no una suma o resta aritmética de los valores asignados, sino lo que Phillips llamó una “suma probabilística” que expresaría la tendencia que permitirá sostener la existencia de dolo eventual en un caso concreto.

Con el mayor respeto, llamo la atención acerca de que, en nuestra cotidianidad, el sistema de “*fuzzy logic intelligence*” se ha incorporado a ciertas líneas de electrodomésticos, lavarropas, en particular. Seleccionando el programa *fuzzy logic*, el lavarropas calcula la cantidad de ropa y selecciona automáticamente el nivel de agua que mejor se adapta a la carga, el grado de agitación y la cantidad de jabón que se debe utilizar. Y aunque la lógica indicaría que el programa está diseñado para disponer los mínimos requerimientos necesarios para un óptimo lavado según la carga, lo cierto es que las quejas acerca de su deficiente funcionamiento abundan en Internet¹³.

¹³ Si algo faltara para que nos apartemos de esta construcción doctrinal, al recelo –reconocido por el profesor Phillips- que la mayoría de los juristas profesan al uso de cálculos y estadísticas para la determinación de responsabilidades, en cualquier ámbito del Derecho, se suma su alusión, aparentemente tranquilizadora, a la interpelación al “sentimiento jurídico” como factor precedente a toda operación de cálculo (v. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “El dolo eventual...”, cit., p. 573).

A su turno, el profesor de Munich Ulrich Schroth vuelve a enfocar como tópico central en el esfuerzo de conceptualización del llamado “dolo eventual” al factor volitivo, al referirse a la asunción por el sujeto de las condiciones constitutivas del injusto, como momento en el que el sujeto, sabiendo que existe un riesgo de producción de tales condiciones, y aunque no quiere su materialización, se decide en contra de los bienes jurídicos ajenos protegidos por el Derecho Penal.

En realidad, descrea Schroth de la existencia de dolo como entidad empírica a investigar, y reduce las expectativas de la distinción entre un obrar doloso o imprudente a un juicio práctico, que no se refiere a la cuestión de “cómo hemos de describir correctamente la realidad sino a la cuestión de cómo hemos de interpretar adecuada y mesuradamente el comportamiento de nuestros conciudadanos”¹⁴.

En tren de caracterizar esa asunción por el sujeto de las condiciones constitutivas del injusto, Schroth se decanta por describir cuatro alternativas en las que no cabe considerar configurado un caso de dolo eventual, a saber: a) casos en que el sujeto reprime en su conciencia el peligro para el bien jurídico afectado; b) casos en los que el sujeto intenta seriamente evitar el resultado lesivo; c) casos en los que el sujeto confía seriamente en la evitación del resultado por parte de la propia víctima o de un tercero, y d) casos en los que el sujeto lleva a cabo una actuación riesgosa en favor del titular del bien jurídico en cuestión.

Diversas críticas merece su teoría: de una parte, resulta dificultoso, si ha de privilegiarse el factor volitivo, juzgar la asunción de las condiciones constitutivas del injusto por parte de quien no quiere su realización; de otra, no menos arduo resulta, elaborar un juicio práctico respecto del caso de represión, en la conciencia del sujeto, de la situación de peligro del bien jurídico ajeno.

En pos de elaborar su teoría unitaria del dolo, María del Mar Díaz Pita renunció al intento de determinar realidades ontológicas equivalentes entre dolo directo y dolo eventual, pronunciándose en favor de la objetivación del elemento cognitivo y desechando un concepto estrictamente psicológico por cuanto, textualmente, “no nos acarrea más que problemas”, aunque sin desligarse completamente de “la realidad empírico-psicológica que le sirve de base”¹⁵. En consecuencia, propuso el concepto de “*aprehensión correcta de la situación global por parte del sujeto agente*”¹⁶, con la salvedad de que la pertinente síntesis psíquica en que consiste esa aprehensión varía conforme la individualidad de cada sujeto. Pero Díaz Pita admite que esa base estrictamente cognitiva no permite diferenciar entre dolo e imprudencia y subraya la necesidad de un elemento volitivo. En definitiva, siguiendo a Roxin sugiere abandonar la tradicional definición finalista de dolo como conocimiento y voluntad de realización

¹⁴ Cit. por DÍAZ PITA, María del Mar, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 196.

¹⁵ DÍAZ PITA, María del Mar: “El dolo eventual”, cit., p. 274.

¹⁶ Ibidem, p. 275 y s.

de los elementos del tipo objetivo y su reemplazo por el de decisión contraria a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal¹⁷.

Con ese punto de apoyo sostiene que *“no se trata de investigar si el sujeto quería o no quería la lesión del bien jurídico, si consentía o no consentía en ella, si la aprobaba o no la aprobaba. Se trata de dilucidar –argumenta- si el sujeto adoptó o no una decisión que podía perjudicar a un bien jurídico merecedor de la especial protección que el Derecho Penal le otorga”*¹⁸.

Si hasta allí el uso del potencial “podía”, sumado al intento de eliminar todo vestigio de contenido de la voluntad del agente que ha decidido actuar, continúa generando confusión a la hora de distinguir entre dolo e imprudencia consciente, la situación no mejora cuando Díaz Pita afirma, a renglón seguido, con cita de Urs Kindhauser, que *“(e)l dolo se basa en la decisión a actuar (sic) por parte del sujeto, con la certeza o no de que la lesión del bien jurídico se va a producir; las razones personales en las que se fundamenta esta decisión –finaliza- no son materia de interés para el Derecho Penal”* (el resaltado me pertenece)¹⁹.

Con razón se ha señalado que, en el esquema de la autora, la decisión en contra del bien jurídico intenta jugar un doble papel: el de caracterizar globalmente al dolo y el de oficiar como elemento volitivo²⁰. Empero, si acudimos a la definición de “decisión”, nos hallamos con que es “determinación, resolución que se toma o se da, en una cosa dudosa”; luego, salvo que Díaz Pita haya decidido abjurar de la posibilidad de una culpa consciente, su exposición no permite desalojarla de la definición que ella propone como fórmula unitaria del dolo.

Por su parte, el profesor emérito de Bonn Günther Jakobs, no dejó dudas al respecto, en su formulación inicial. Para él, dolo es –simplemente- conocimiento de la acción junto con sus consecuencias; y hay dolo eventual siempre que, en el momento de la acción, el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción²¹.

Obviamente, las cavilaciones suscitadas por esa toma de posición tan rígida obligaron al autor a introducirle diversas matizaciones, comenzando por el dilema conforme al cual, por ejemplo, en el marco de las llamadas infracciones de tránsito, los conductores más escrupulosos, y –por ende- más conscientes de los probables riesgos en dicha actividad, acabarían siendo víctimas de su misma estrictez ciudadana. Ante esa disyuntiva, Jakobs optó por normativizar aún más su concepto, acotando -en su obra sobre “El delito imprudente”²²- que determinadas representaciones de los conductores

¹⁷ DÍAZ PITA, María del Mar: op. cit., p. 284.

¹⁸ Ibidem, p. 286

¹⁹ Ibidem, loc. cit.

²⁰ ROGUÉS i VALLÈS, Ramón: “El dolo y su prueba en el proceso penal”, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p.118.

²¹ JAKOBS, Günther: “Derecho Penal – Parte General”, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 316 y ss.

²² JAKOBS, Günther: “El delito imprudente”, en “Estudios de Derecho Penal”, Civitas, Madrid, 1997, p. 167 y ss.

escrupulosos sobre lo peligroso de su proceder en un caso concreto son irrelevantes para la imputación dolosa. De igual modo, reconociendo la ocurrencia cotidiana de infinidad de maniobras de riesgo no permitido de toda magnitud, por parte de quienes guían vehículos en la vía pública, añadió a la regla general que define como dolosa la creación consciente de un riesgo no permitido, la condición de que el riesgo creado sobrepase la medida de los riesgos respecto de los cuales existe una habituación social, introduciendo una casuística que torna insegura toda la construcción teórica emprendida y la aproxima a la teoría de la probabilidad, al acabar determinando la presencia de dolo a partir de un cierto grado de probabilidad de realización del resultado.

Más recientemente, Jakobs ha sumado a su esquema otro factor sorprendente, al señalar que el conocimiento del riesgo por parte del autor no pasa de ser un indicador de la presencia de lo que él denomina indiferencia jurídica. Esa indiferencia respecto a la concreción de un resultado típico tendría lugar cuando, frente a una constelación de sucesos posibles, el autor sólo tomase en cuenta aquellos que se corresponden con su personal interés. Si, en cambio, procediese por inadvertencia, sin cálculo suficiente del riesgo, no procedería con dolo.

Como puede apreciarse, tras décadas de exorcismo de todo factor psicologista y de esfuerzos por la objetivación en el tratamiento del dolo eventual y de su diferencia con la culpa, Jakobs propone analizar si el sujeto seleccionó mentalmente, entre los posibles acontecimientos originados por su obrar, aquellos vinculados con su propio interés.

Menuda tarea para el intérprete, sin contar que, como lo ha señalado Gabriel Pérez Barberá, desde su radical objetivismo, la inclusión de esa nota psicológica puede expandir el concepto de dolo a casos en los que se obró con indiferencia, pero haciendo un cálculo racional de los factores en juego²³. Y cierto es que no cambia las cosas la aclaración que ensayó en 2004 el propio profesor Jakobs, argumentando que cuando habla de “*indiferencia*” no se refiere a “*un proceso psíquico*” sino a la “*ausencia de toda fidelidad al derecho*”, toda vez que esa hipotética “*ausencia de fidelidad*” también consiste en una información fáctica que el juez debería auscultar en la mente del sujeto²⁴.

Otro intento de desentrañar la clave para distinguir entre el dolo eventual y la culpa con representación ha sido el del profesor Rolf Dietrich Herzberg, desplazando el foco de atención de las representaciones del sujeto a la calidad objetiva del riesgo creado y advertido.

De todos modos, su punto de partida, conforme al cual “el dolo no depende de si el autor ha “tomado en serio” el peligro reconocido, sino de que haya reconocido un

²³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “El dolo eventual...”, cit., p. 444.

²⁴ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “Dolo como reproche – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, en revista “Pensar en Derecho”, Eudeba, Bs. As., 2012, nº 1, p. 169 y ss.

peligro a tomar en serio”²⁵ no permite precisar el anhelado límite entre el llamado dolo eventual y la culpa consciente.

Su clasificación de los riesgos no permitidos entre “cubiertos” y “descubiertos”, en cuya caracterización juegan factores como el cuidado de la propia víctima, para reconocer y evitar el riesgo, y el del propio autor, confiando fundadamente en tenerlo bajo su control, pasa inevitablemente por el psiquismo de aquella y de éste. Con el añadido de incertidumbre configurado al ponerse en juego el papel de la víctima o de terceros en punto a proporcionar cobertura o aseguramiento al riesgo, sin que se explique cómo puede el sujeto calcular la capacidad de brindarlos y la disposición que otro u otros puedan ofrecer a tal fin.

Por su parte, Ingeborg Puppe parte de su concepción de dolo como “saber y aprobar un peligro cualificado”.

Ahora bien, para orillar la carga subjetiva subsistente en ambos verbos, la autora se encastilla en una postura claramente normativista, sosteniendo que “(l)a cuestión de si se debe “tomar en serio” un peligro no la tiene que decidir el autor, sino el Derecho”²⁶. Y completa esa visión apostrofando que “la idea subyacente a la teoría tradicional sobre el dolo, de que el autor doloso se distingue del autor imprudente en razón de que quiere o aprueba el resultado” sólo es correcta si no se la entiende en el sentido descriptivo-psicológico ni –siquiera- en un sentido jurídico, sino en un sentido normativo, es decir en el sentido de imputación a la voluntad”²⁷, postura análoga a la de Hruschka, como hemos visto. Distingue así, liberada de todo límite ontológico o jurídico, entre peligros propios de dolo y peligros propios de imprudencia, definiendo al primero como aquél que, considerado en sí mismo, expresa un método idóneo para la causación del resultado”²⁸. No obstante, reconoce que sólo se puede hablar de un método tal cuando, “según los conocimientos que el autor aplica, la chance de alcanzar la meta es relativamente alta”²⁹.

Echa mano, paralelamente, de elementos de la teoría de la probabilidad, decidiendo el carácter doloso o culposo de determinada conducta según datos estadísticos sobre probabilidad de un resultado típico. Queda, pues, en manos del Derecho (en última instancia, del intérprete), determinar en cada caso concreto la existencia de dolo o imprudencia, esto es, cuando comienza a configurarse, según la nomenclatura empleada por la profesora Puppe, una estrategia de causación.

Ramón Ragués I Vallès, a su turno, pugna también por desplazar todo elemento emocional-volitivo del ámbito del dolo eventual y toma como punto de partida la idea

²⁵ HERZBERG, Rolf Dietrich: “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewuSter Fahrlässigkeit –ein Problem des objektiven Tatbestandes”, JuS, 1986, p. 249, cit. por PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: El dolo eventual...”, cit., p. 142 y s.

²⁶ PUPPE, Ingeborg: “La distinción entre dolo e imprudencia – Comentario al § 15 del Código Penal alemán”, Hammurabi, Bs. As., 2010, p.89 y s.

²⁷ Idem, p. 92.

²⁸ Ibidem, p. 94.

²⁹ Ibidem, p. 95.

de que concurre una realización dolosa cuando el sujeto actúa, a pesar de atribuir a su concreta conducta la capacidad de realizar el tipo penal; en otros términos, cuando se verifica la concurrencia de una acción voluntaria en representación de un determinado nivel de riesgo³⁰.

Lo expresa con claridad: “(r)educir el dolo a la representación de los elementos del tipo parece ser la única vía para conseguir un concepto de dolo que se pueda hacer extensivo a todos los tipos penales imaginables y a las diversas circunstancias que esos tipos contienen y que también deben ser abarcadas por el dolo del sujeto”³¹.

Tomando como baremo rector el significado social de una conducta, Ragués I Vallès afirma que “concorre una realización delictiva dolosa cuando un sujeto ha actuado, pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal”³². O bien, que “(e)xiste dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”³³.

Los criterios de que se vale para atribuir a un sujeto el grado de conocimiento que permite imputarlo a título de dolo son: la mera condición de imputable, haber sido normalmente socializado, habersele transmitido determinados conocimientos, sus propias exteriorizaciones de conocimientos efectuadas durante o después de la realización de un comportamiento objetivamente típico, sólo en caso de que haber contado con esos conocimientos le perjudique; la adjudicación al sujeto de los conocimientos propios de quien reviste determinadas características personales u ocupa determinadas posiciones sociales; y el conocimiento situacional que le permita aprehender con sus sentidos los factores objetivos que conforman tal situación, en una cierta posición espacial.

Además de desentenderse drásticamente de la culpa consciente o con representación, se critica a Ragués I Vallès que, a la hora de atribuir al sujeto el grado de conocimiento con que hubo de contar, propone criterios que rememoran el sistema de prueba legal y conducen a introducir en la práctica judicial las presunciones de dolo en el proceso penal.

V. LA SITUACIÓN EN LA DOCTRINA PENAL ARGENTINA

La ausencia de una definición explícita de dolo y culpa por parte del codificador argentino ha dado lugar a diversas interpretaciones de la doctrina nacional acerca de

³⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: “El dolo y su prueba en el proceso penal”, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 158.

³¹ Idem, p. 166.

³² Ibidem, p. 519.

³³ Ibidem, p. 521

ambas categorías y sus especies, variando, conforme a ellas, la caracterización del límite entre una y otra modalidad típica.

Básicamente, podrían agruparse los distintos puntos de vista de la doctrina penal argentina en dos principales: el tradicional, que buscó construir la conceptualización de dolo, mediante una rebuscada construcción teórica consistente en la extracción de ciertas palabras del artículo 34, inciso primero, del Código penal, referido –en rigor– a las causas de inimputabilidad, seguida de la inversión del sentido de las frases empleadas por el codificador en dicho precepto, que hablan, obviamente, de comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, concluyendo así que el conocimiento del hecho sumado a la comprensión de la criminalidad, vale decir, de la relevancia jurídico-penal de tal hecho, darían por resultado la definición buscada.

Es fácil advertir que esa concepción clásica es deudora del hoy superado esquema causalista que, huelga recordarlo, ubicaba al dolo y a la culpa en el renglón de la culpabilidad, junto con la imputabilidad, vale decir, la capacidad psíquica de tal culpabilidad.

Frente a esa artificiosa y arcaica construcción teórica, la posición de juristas como Eugenio Raúl Zaffaroni rescata el concepto de dolo de la fórmula de la tentativa, inserta en el artículo 42 de aquel cuerpo de leyes, que comienza con la frase: “el que, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución”.

Esta última hermenéutica aparece –a todas luces– más correcta, toda vez que no acude, para erigir el elusivo concepto de dolo, a inversión alguna de los términos de la ley, ni aísla las palabras del voluminoso artículo 34 que se estimaban útiles para la otra concepción; y –además– capta, precisamente, un elemento nuclear del aspecto subjetivo de la tipicidad dolosa, vale decir, el fin.

Ahora bien, si el dolo es, entonces, el fin de cometer un delito determinado, habida cuenta de que no existe en el mismo código una consideración específica semejante a aquella que contienen los códigos de Brasil, Cuba, Austria o Portugal, no es razonable que se intente incluir el llamado dolo eventual dentro de la fórmula escogida, por cuanto no es lo mismo actuar con el fin de cometer un delito determinado que obrar conformándose simplemente con una consecuencia –representada, pero apenas posible– de la conducta abordada, o asumiendo el riesgo de su hipotética producción. Y de esa falta de montaje conceptual, de esa carencia de ensamble se alimenta el criterio de aquellos teóricos que entienden que esa modalidad de supuesto dolo no tiene lugar en el marco legal descrito.

Es válido despojarse de respuestas dogmáticas o intuitivas y replantearse sanamente de qué hablamos cuando hablamos de dolo.

Si recurrimos en primer lugar, al Diccionario de la Real Academia Española, instituto oficial de la lengua castellana, hallamos en él la acepción jurídica de dolo, que se expresa en los siguientes términos: “(d)olo (del Latín, *dolus*). En los delitos, voluntad deliberada de cometerlo, a sabiendas de su carácter delictivo”.

“A sabiendas”, todos lo sabemos, es una locución adverbial del idioma español que significa “intencionalmente, con pleno conocimiento y deliberación”; y que, como hemos apuntado, es usada en el texto del Estatuto de Roma como equivalente de “intencional”. También es posible acudir a los diccionarios de Latín Jurídico vertido al español, como el del jurista y magistrado uruguayo Nelson Nicoliello, o el del catedrático mexicano Germán Cisneros Farías, en los que se lee que “*dolus*” significa “daño intencional”, o “propósito intencional de causar daño o perjuicio a otro”, respectivamente.

Dejando, entonces, a un lado las teorías normativistas que reducen el contenido del dolo a su aspecto cognoscitivo o cognitivo, y reniegan, así, de la consideración de su aspecto subjetivo complementario (el volitivo o conativo), o –incluso– avanzan hasta resolverse en una mera “probabilidad de actuar de acuerdo con la ley”, si hemos de concordar, apenas, en que el dolo se compone de un conocer y de un querer, es criterioso concluir que sólo cabe calificar de conducta dolosa aquella en la que el agente opera con la conciencia de la producción segura o prácticamente segura del resultado típico de peligro o lesión de un bien jurídico ajeno, y con la voluntad deliberada de actuar, sea que aquel resultado constituya la meta, el blanco, el objetivo concreto de su acción, sea que aparezca como una consecuencia necesaria de esta última.

Desde la propia construcción semántica se puede advertir la distancia existente entre la voluntad consciente y deliberada de venir a cometer un delito y esa mixtura de vislumbre y aquiescencia que tantas doctrinas han querido agrupar bajo un mismo marco conceptual.

Sebastián Soler, tal vez el más reverenciado maestro del Derecho penal de este país en el siglo XX y de gran influencia en toda la América del Sur, traductor e introductor, en su momento, de las obras de Franz von Liszt y Ernst Beling a la lengua castellana, supo reconocer que, cito textualmente, “el problema consistía –y consiste– en saber si también [...] es dolosa la actitud de quien, comprendiendo la criminalidad del acto y teniendo la capacidad genérica de dirigir su acción, ha obrado, mas no con el deliberado propósito de producir cierto efecto, sino –solo– manteniéndose en una actitud de indiferencia ante la posibilidad de producirlo o no producirlo”. Lamentablemente, a ese lúcido cuestionamiento, Soler respondió dogmáticamente y sin ulterior argumentación: “a nuestro juicio, esta cuestión debe ser resuelta en el sentido de que la ley tanto abarca al dolo directo como al dolo eventual” (!)³⁴

Otro autor clásico de la literatura jurídica argentina, el profesor de la Universidad de Córdoba, Ricardo Núñez, muy influenciado en su época por Edmund Mezger, decidía recalcar prioritariamente, respecto del llamado “dolo eventual”, en el aspecto subjetivo, con matices próximos al Derecho penal de ánimo, al referirse a un “estado anímico delictivamente reprobable”, argumentando –textualmente– que no se puede hacer un

³⁴ Contar ese parecer como argumento para defender la existencia de un dolo eventual implica incurrir en una falacia, un argumentum ad auctoritas, consistente en valorar algo como verdadero porque quien lo afirma tiene autoridad en la materia. Magister dixit, decían los pitagóricos.

reproche a la voluntad de quien, ante la posibilidad concreta de que su acción resulte un delito, la emprende guiado por la esperanza de que eso no suceda. Contrariamente, postulaba Núñez que “el ánimo reprobable característico del dolo eventual puede ser ya el simple estado anímico de la sola indiferencia ante la representación de la probabilidad de que ocurra el delito, como el de la indiferencia con fines egoístas o malvados”. Tampoco esa franca equiparación mereció explicación alguna por parte del profesor cordobés, ni de la mayoría absoluta de los restantes publicistas dedicados al tópico.

Por disquisiciones semejantes transitaron otros autores de aquella que fue llamada “escuela clásica” del penalismo argentino, como Carlos Fontán Balestra.

Tan solo el recordado profesor emérito de Buenos Aires David Baigún, hubo de destacar en su hora, aunque incidentalmente, que quien acepta una consecuencia meramente eventual de su acto, obrando con indiferencia, actúa sin intención de obtenerla, razón por la cual no es correcto hablar de “intención indiferente” o de “indiferencia intencional”, afirmación –en sí misma– contradictoria.

Si nos situamos en el siglo XXI, una de las obras más frecuentadas por las nuevas generaciones de penalistas argentinos, y por buena parte de los latinoamericanos, es la redactada por el ya mencionado profesor Zaffaroni, con la colaboración de los colegas Alejandro Alagia y Alejandro Slokar³⁵. Mas, a pesar de los avances en distintos desarrollos teóricos, en ese Tratado se mantuvo la categoría del dolo eventual, intentando ajustar –valga aclararlo– los términos de su concepción.

Veamos: allí se expresa que *“habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción” siempre y cuando esa posibilidad mantenga correspondencia con los datos de la realidad*”.

“Se trata –prosiguen los autores– de una resolución en la cual se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado...posibilidad considerada por el agente como parte del plan”, y que distingue al dolo eventual de la imprudencia consciente, sin importar si acepta de buen o de mal grado el resultado, siendo suficiente que se conforme con él”.

En el libro *Estructura básica del Derecho penal*, publicado casi una década más tarde que el Tratado anteriormente aludido, el profesor Zaffaroni justificó una vez más la categoría del dolo eventual³⁶.

En el aspecto subjetivo del tipo activo doloso mantuvo la concepción del dolo como representación y voluntad, vale decir, un aspecto cognoscitivo o intelectual y otro conativo o volitivo, recalcando que aquello que otorga unidad a todos los elementos del dolo es la finalidad, puesto que puede haber conocimiento sin finalidad, pero no a la inversa.

³⁵ ZAFFARONI, E. R. et al: “Derecho Penal – Parte General”, Ediar, Bs. As., 2000.

³⁶ ZAFFARONI, E, R.; “Estructura básica del Derecho Penal”, Ediar, Bs. As., 2009.

Conforme a su esquema, dentro del aspecto cognoscitivo los conocimientos del agente respecto a los elementos del tipo objetivo deben ser efectivos y actuales.

Dentro del aspecto conativo, insistió, empero, con la división tripartita tradicional, de dolo directo –de primero y segundo grados–, y dolo eventual, caracterizando a este último de un modo que me adelanto a señalar que encuentro insatisfactorio. Se expresaba así: *“(e)n el dolo eventual (también llamado indirecto o condicionado) el agente se representa la posibilidad de producción del resultado, pero encubre su voluntad realizadora acudiendo a una infundada esperanza de que no se produzca”*.

Con todo respeto por el maestro y amigo, si *“(l)a voluntad realizadora existe en la psique del agente”* y *“éste apela al recurso de no saber lo que sabe, mediante una esperanza infundada”*, estamos frente a un obrar doloso, sin adjetivos que lo compliquen. El agente sabe y quiere.

Para trazar la frontera entre el llamado dolo eventual y la culpa consciente o con representación, Zaffaroni aduce que *“cuando objetivamente existe dominabilidad y el agente cree fundadamente que evitará la producción del resultado, solamente hay negligencia temeraria, en la forma de culpa consciente”*.

Ese parece haber sido el último intento de Zaffaroni de mantener la noción de dolo eventual.

En términos sustancialmente análogos a los del Tratado de Zaffaroni, Alagia y Slokar se pronunció Maximiliano Rusconi, en su *Manual de Derecho Penal, Parte General*, reconociendo paladinamente, sin embargo, que el dolo eventual presenta un déficit de legitimidad frente al dolo de consecuencias necesarias, por la ausencia de certeza, y frente al dolo directo, por la ausencia de dirección precisa de la voluntad hacia el resultado lesivo, situación –señaló– que genera dudas en la doctrina a la hora de definir la frontera entre tal categoría y la culpa consciente.

Contra la subsistencia de la categoría del dolo eventual se yerguen contemporáneamente autores como el profesor Alberto Binder, quien, en su *“Introducción al Derecho penal”* argumenta, con tono vigoroso, lo siguiente: *“o existe dolo (y el dolo es solamente dolo directo) o existe culpa. No son necesarias categorías intermedias, que forman nuevas clases de tipos abiertos, que violan el principio de legalidad”*.

Así también Mariano Gutiérrez, en su libro *Contra el dolo eventual* reconviene en estos términos: *“la distinción que proponen es de imposible prueba y, por tanto, por más que aparezcan lógicamente perfectas, no serán de ninguna utilidad”*.

En idéntica dirección inscribe su criterio el catedrático de la Universidad Nacional del Comahue, Dr. Gustavo Vitale, en su obra *Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*.

Según él, para la concepción teórica mayoritariamente admitida hoy en nuestro país, la diferencia entre dolo y culpa va a depender de la apreciación judicial acerca de

la “*aceptación indiferente*” del resultado lesivo, o bien de la “*confianza*” en su no producción. En verdad, acota, “*esta enorme vaguedad entre las categorías que hoy se conocen como “dolo eventual” y “culpa con representación”, justifica tan solo diferenciar, por las mismas razones, distintos grados de culpa, en el marco de la legislación argentina actual*”. Agrega seguidamente: “*si es que existe una zona limítrofe entre esas categorías (por ser categorías bien próximas), no se justifica que una de ellas sea tratada por la ley con escalas tan diferenciadas [...] debiendo dirigirse la discusión a establecer grados de culpa y, en tal caso, diferenciar la magnitud de la actuación culposa y así poder proporcionar la pena, del mejor modo posible, dentro de la escala penal prevista*”. Y remata: “*conforme con esto, el hoy llamado «dolo eventual» podrá ser denominado «culpa grave», «culpa temeraria», «culpa con indiferencia», «culpa con asentimiento», o como quieran llamarla, pero nunca «dolo eventual», pues, como fue dicho, ella no reúne los caracteres mínimos de toda actuación dolosa. En consecuencia, debe aplicarse a ellos la escala penal –menos severa– prevista legalmente para la culpa (en la medida en que exista en la ley el tipo penal culposo que prohíba dicha conducta)*”.

Aun entre aquellos autores actuales que abogan por un concepto de dolo desprovisto del aspecto volitivo tradicionalmente aceptado, encontramos a quienes, condescendiendo a adoptar –por mera hipótesis– la óptica clásicamente mantenida sobre el punto, reconocen, y vuelvo a citar textualmente, que: “*si se sostiene que el dolo es conocimiento de las circunstancias que integran el tipo objetivo más la voluntad de realización, surge la siguiente perplejidad: ¿por qué se califica como dolosa una conducta en la cual el autor no tuvo, ni por acaso, la voluntad de realizar el tipo (caso del llamado dolo eventual)*”. Así escribe el ya citado Gabriel Pérez Barberá, acérrimo normativista. Y concluye: “*una solución posible a esos interrogantes es llevar hasta las últimas consecuencias la definición obtenida a través de los datos empíricos respectivos, y sostener, por ejemplo, que, si no ha habido voluntad, no se puede verificar la presencia de dolo. Ergo, todo caso usualmente calificado como de dolo eventual, constituye, en verdad, un caso de imprudencia*”.

En cambio, riguroso en su posición férreamente normativista, y volcando el dilema que aquí analizamos en dirección opuesta a la sostenida por Binder, Vitale y Gutiérrez y admitida hipotéticamente por Pérez Barberá, el profesor Marcelo Sancinetti equipara prácticamente la culpa consciente con el dolo, señalando que “*si lo contrario a un deber de cuidado define al tipo de la acción imprudente, y, además, se requiere que el autor se dé cuenta de la situación que le impone un deber de cuidado que no observa, su estructura no se diferencia del dolo de los delitos dolosos; porque el autor del delito culposo, obra con voluntad de realizar el tipo objetivo, que es, aquí, infringir un cuidado. Trátese de un dolo menor, de la asunción de un riesgo (no de un daño)*” agrega Sancinetti.

Obviamente, en esa explicación no se computan dos componentes volitivos que entendemos fundamentales en la conducta de quien obra con culpa consciente, que son la propuesta de un fin distinto al de la causación del resultado y la confianza (o esperanza) en la evitación (o evitabilidad) de dicho resultado.

VI. EL ANTEPROYECTO DE 2014 Y LA FUERZA DE LA RAZÓN

Como se señaló al comienzo, la comisión multipartidaria presidida por el profesor Zaffaroni presentó oportunamente su Anteproyecto de Reforma Integral del Código penal.

Independientemente de las polémicas suscitadas por la presentación de ese texto, lo cierto es que aquel documento se erguía como un punto de partida fundamental para que, tras el correspondiente debate parlamentario, la sociedad argentina pudiera contar con un cuerpo legal armónico y moderno, que substituyera al maltratado código vigente.

En dicho Anteproyecto se aborda sin rodeos el tema que hoy nos convoca. En su densa Exposición de Motivos, la mayoría absoluta de la comisión (cuatro miembros sobre cinco) apunta lo siguiente: *“la exigencia de que en el dolo la voluntad deba ser directa tiende a resolver un problema que ocupa a la doctrina desde hace más de un siglo y que no ha tenido solución satisfactoria hasta el presente: el llamado dolo eventual. La jurisprudencia nacional ha sido aún más contradictoria que la doctrina, en particular en los casos de homicidios de tránsito y similares, donde parece que la trascendencia mediática del caso es la que decide la calificación, determinando una diferencia abismal en la pena.*

Doctrina confusa –más de siete u ocho teorías ensayadas y criticadas se han intentado– y jurisprudencia vacilante, cuando se juegan grandes diferencias de pena, no proveen seguridad ninguna”.

“Además –se alcanzó a señalar- debemos tener en cuenta que el concepto de dolo eventual puede ser manipulado en cualquier tipo penal, o sea que lo que se ha puesto de manifiesto con su juego arbitrario en el homicidio y las lesiones, puede extenderse a cualquier ámbito de la materia punible, con alcances tan insospechados como intolerables: estafas, hurtos, delitos sexuales, etc.”

“Por tales razones –hubo de concluirse- se propone eliminar el concepto y en los tipos culposos volver a la vieja fórmula de Feuerbach –fuente de inspiración de Tejedor– y distinguir, según la gravedad de la norma de cuidado infringida, entre una culpa simple y otra temeraria, con una penalidad mayor para esta última, como se verá en la parte especial”.

Basados en ese raciocinio, esos cuatro de los cinco miembros de la comisión concordaron en la redacción del primer artículo del Anteproyecto de Código, que incluye entre los principios constitucionales y de derecho internacional, el de *legalidad estricta y responsabilidad*, volcado en los siguientes términos: *“(s)ólo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia. No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito, diferente de las señaladas en ley previa”.*

Vale destacar que el Anteproyecto introduce el concepto de culpa temeraria en el artículo 83, referido al homicidio culposo, elevando la escala de cinco a ocho años de

prisión, conforme con dos criterios a valorar por el Juez: a) la jerarquía del deber que incumbía al agente; b) el grado de violación de ese deber en el que hubiere incurrido.

En consonancia con ese precepto, también se aumenta la pena en las lesiones graves o gravísimas cuando se hubiere obrado con culpa temeraria, conforme al artículo 95, inciso tercero, con un máximo de cinco años, 150 días de multa y ocho años de inhabilitación.

Y, en un terreno muy específico, el de las fuerzas armadas y de seguridad, también se alude a la culpa temeraria en las figuras culposas de responsabilidad del superior por hechos de los subordinados (artículo 74, inciso segundo del Anteproyecto).

Por su parte, el quinto miembro de la comisión, el diputado Federico Pinedo, inscribió su disidencia en los siguientes términos: *“No se comparte el uso del término “voluntad directa” para los delitos dolosos, con lo que –conforme la exposición de motivos– se pretende eliminar el uso del concepto de “dolo eventual”. Un importante sector de la doctrina jurídico-penal actual otorga preeminencia al aspecto cognoscitivo del dolo, del que deduce la voluntad”*. Y, acto seguido citó un párrafo del profesor catalán Ramón Ragués I Vallès, ya mencionado en esta reseña.

Basado en ello, el –entonces- diputado Pinedo prosigue diciendo: *“(s)e sostiene así que si el autor conoce que su conducta entraña un riesgo de peligro o lesión a un bien jurídico y actúa, lo hace con dolo, por lo que no nos parece adecuado caracterizarlo solo como voluntad”*.

No obstante, añadió en esa oportunidad el legislador disidente, *“compartimos la preocupación acerca del modo en que se suele emplear el concepto de dolo eventual en materia de accidentes de tránsito. Pero creemos que este es un punto que se resuelve adecuadamente con la incorporación de la imprudencia temeraria en los delitos de homicidio y lesiones culposas, y el consecuente aumento en tales casos de la pena básica del tipo por imprudencia...”*.

Como vemos, el comisionado Pinedo aceptó la introducción de la categoría de la culpa temeraria para los delitos de tránsito, en los que todos podemos hallarnos incurso, claro está; pero pretendía añadirla al elenco clásico, sin descartar al llamado “dolo eventual” como modalidad típica para todos los demás delitos.

Al día de hoy, el legislador Pinedo, otrora en minoría, ha visto materializado parcialmente su objetivo: la culpa temeraria ya está introducida en los artículos 84 bis y 94 bis del Código aún vigente, entre las formas agravadas de homicidio culposo y lesiones culposas, respectivamente, a partir de la sanción de la ley 27347, del 6 de Enero del corriente año (2017).

VII. OTRA CHANCE PARA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ESTRICTA

En momentos en que el poder político nos anuncia la creación de una nueva comisión de reforma integral del Código Penal, considero que, por respeto a los principios delimitadores del poder punitivo mencionados al comienzo, y otros, tales

como los de proporcionalidad y humanidad de las penas, es menester insistir en la opción de desalojar del horizonte jurídico argentino la figura del dolo eventual, huérfana de sostén legal, cuya consideración doctrinal y jurisprudencial ha servido para equiparar su respuesta sancionatoria a la del dolo directo, de primero o segundo grado.

Con sólo reparar en que la figura básica de homicidio doloso tiene prevista una pena de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión, en tanto que la del culposo, en los más graves supuestos actualmente comprendidos, a partir de la citada ley 27347, está penada con tres a seis años de prisión, se puede advertir la enorme trascendencia práctica de tantas disquisiciones teóricas sobre el punto.

Ciertamente, la situación en que hoy nos encontramos es muy semejante a aquella que el jurista español José Arturo Rodríguez Muñoz, discípulo de Luis Jiménez de Asúa y catedrático de Valencia durante veinticinco años, destacaba más de medio siglo atrás, en momentos en que se daba a la tarea de anotar el Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger.

A partir de la ausencia de la palabra “dolo” en el Código español de esa época, Rodríguez Muñoz, apuntaba que el fundamento subjetivo de la imputación que pudiera ser llamada de “primer grado” era la “intención maliciosa”. Y cuando esa intención maliciosa faltaba, explicaba textualmente lo siguiente: “(n)os hallamos, de tal modo, ante un título subjetivo de imputación que, por ser más restringido, no se corresponde de manera alguna con el dolo [...] no es posible incluir dentro de su propia esfera los casos de duda que la Dogmática considera como de *dolus eventualis*”. Y culminaba su disquisición afirmando, con respecto a la legislación hispana de su época: *“Aquí, en virtud de la fórmula «imprudencia temeraria», la misma ley viene a compensar los efectos de su primer título subjetivo de imputación. Las consecuencias prácticas de tal sistema podrán ser aplaudidas o censuradas; pero lo cierto es que no sería lícito negar que nuestro código ha procedido aquí con lógica armonía. Frente a otras legislaciones - enfatizaba Rodríguez Muñoz- lo genuino de la nuestra consiste, precisamente, en que, a cambio de restringir el ámbito de lo que, en aquellas, integra la imputación a título de dolo, amplía en consecuencia la esfera de la imputación allí realizada a título de culpa. Y, precisamente, el núcleo cambiante está constituido por el dolo eventual. Pues [...] el calificativo de «temeraria», atribuido a una conducta, refleja exactamente lo propio y característico de los casos de dolus eventualis [...] No hay, por tanto, ninguna dificultad; antes bien, puede afirmarse que, en nuestro Derecho, lo que procede es la inclusión de los casos de dolus eventualis en la «imprudencia temeraria» del párrafo primero del artículo 563”*.

En momentos en que la culpa temeraria ha sido incluida en nuestro Código Penal, aparece una oportunidad privilegiada para reconsiderar su validez como categoría dogmática, reajustar su ubicación en la futura iniciativa de reforma integral y descartar la construcción teórica de un “dolo eventual” que, si bien se mira, emerge a partir de una presunción del dolo.

No es ocioso apreciar que, tal como paladinamente señaló el propio diputado Pinedo, al suscribir su disidencia, el sector de la doctrina penal que él destaca deduce la voluntad del conocimiento.

Luego, ese sector parece echar por tierra uno de los axiomas basilares del Derecho penal acorde con un Estado Constitucional de Derecho, aquel que sentencia que, en nuestra materia, el dolo no se presume, sino que debe probarse.

El ya recordado profesor cordobés Ricardo Núñez, aunque cautivo de su tiempo, supo apuntar en su hora que *“el conocimiento y la intención en los cuales el dolo consiste, son hechos, aunque de naturaleza psíquica, y –como tales– tienen que ser probados por el juez, lo mismo que los otros hechos que fundamentan la imputación delictiva”*.

La dificultad probatoria no puede salvarse reduciendo a la mitad los requisitos, disponiendo que con solo estimar acreditado el conocimiento ya basta para hablar de dolo.

El tema trasciende los límites de nuestra materia; y obliga a cuestionar, desde la Filosofía del Derecho, si se está dispuesto a abandonar la explicación intencional de las acciones humanas.

Llamar intencional a cualquier acción que ocasione unas consecuencias riesgosas o perjudiciales para terceros, por el solo hecho de que hayan resultado previstas o –aun– fuesen pasibles de previsión por el sujeto activo, desde cualquiera de las doctrinas que intentan mantener la misma consecuencia jurídico-penal para el dolo y para el llamado “dolo eventual”, apunta a tal abandono.

Tal como ha advertido María Laura Manrique Pérez, en su obra *“Acción, dolo eventual y doble efecto”*, *“atribuir responsabilidad por aquello que el agente ocasiona, y no por lo que el agente hace, se aleja del ideal liberal y retoma un tipo de imputación propio de las sociedades primitivas”*.

En conclusión: ninguna receta está a salvo de críticas en torno al llamado dolo eventual. O se intenta desentrañar si hubo indiferencia o confianza en la evitación del resultado, guiando el análisis a ponderaciones cercanas al Derecho Penal de ánimo, o se soslaya el aspecto volitivo del dolo y se construye un concepto cada vez más alejado de su significado originario.

Si no se quiere abandonar al arbitrio del juzgador la resolución de aplicar una pena drásticamente más elevada que otra, renunciando a la caracterización literal del dolo como “voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud” para transformarlo en mero conocimiento o –aun– en posibilidad de conocimiento, parece criterioso y, sobre todo, respetuoso de la consideración del Derecho Penal como *ultima ratio* de la actividad estatal, establecer la categoría de culpa temeraria, como forma cualificada, en el panorama general de los delitos culposos, y archivar lo que, por falta de sustantivo, es un adjetivo sin soporte, sostenido por intuiciones de los teóricos vestidas de argumentos racionales y bienvenido por los magistrados de sesgo autoritario, que ven simplificada su tarea cotidiana.

Prever la sola posibilidad de que se produzca un resultado y asumir el riesgo conjetural de su producción no equivale a quererlo; y de esa diferencia deberá hacerse cargo la flamante comisión para la reforma del Código Penal argentino.