

El Dolo y el Conocimiento: sobre el abandono de la idea de dolo como estado mental. Un análisis crítico

Diego Leonel Feustel*

Introducción

Tal como el título se atreve a deslizar, en las siguientes páginas se pretende analizar la innovadora propuesta que el Dr. Gabriel Pérez Barberá introduce en el mundo de la dogmática penal y que pareciera tener como objetivo desterrar al conocimiento de aquellos elementos que por razones normativas deba ser considerado requisito necesario para que concurra el dolo.

Para ello, se pondrá foco en su tesis *“El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”*¹, como así, en las réplicas que se han pronunciado al respecto a favor y en contra del concepto incorporado.

De esta manera, y como bien lo advierte Jorge de la Rúa a la hora de prologar dicha tesis, no debemos restar valor a que la misma *“...constituye un hito en los estudios jurídicos, tanto en el tema objeto del libro como en las repercusiones que en otros ámbitos de derecho penal él puede tener.”*²

Como consecuencia de su trascendencia y sin perjuicio de, como el mismo autor refiere, *“vivir en la periferia de la producción científica (por lo que) casi no nos leen”*³, la propuesta ha despertado constructivos comentarios, muchas veces críticos, por parte de autores de renombre, tales como Fernando Córdoba, Gimeno Íñigo Ortiz de Urbina, María Laura Manrique y Ramon Ragués i Vallès; además del análisis sucinto expuesto

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

² Op. cit., Prologo de DE LA RÚA, J. P 34

³ Op. cit., Palabras previas del autor, P 21

*Abogado Adscripto a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, prestando funciones ante la Fiscalía General del Departamento Judicial Quilmes. Graduado de la Universidad de Buenos Aires con orientación en Derecho Penal. Ayudante de cátedra en Elementos del Derecho Penal y del Proceso Penal en la Universidad de Buenos Aires, en la cátedra del Dr. Maximiliano Rusconi. Especialización en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires en curso. Especialización en Criminología en la Universidad Nacional de Quilmes en curso.

por los Dres Claus Roxin, y Jorge de la Rúa a la hora de prologar el texto, y el expuesto por el Dr. Julio B. J. Maier, en su epílogo. De ellas me valdré en mi análisis, aunque buscaré problematizar sobre dos circunstancias centrales: Por un lado, las nociones de evitabilidad y previsión que el autor menciona; por otro, la circunstancia que me parece no menor y respecto de la cual los autores previamente referidos no profundizan, esto es, la recategorización de conductas tradicionalmente consideradas imprudentes al dolo como consecuencia de la prescindencia del conocimiento como elemento normativo constitutivo de este último.

Al respecto, el mismo autor se refiere a esta cuestión como fundamental en su tesis: *“el dolo es y funciona como la imprudencia; que la diferencia entre ambos es sólo cuantitativa; que si puede haber imprudencia con y sin representación, entonces puede haber también dolo con y sin representación, etc. (...) que es lo que realmente importa de mi propuesta.”*⁴

Desarrollo nuclear de la tesis del Dr. Pérez Barberá

Resulta poco menos que imposible desarrollar fielmente una síntesis de las 842 páginas que contiene la tesis del Dr. Pérez Barberá en uno de los apartados de este reducido trabajo, no solo por su extensión sino también por su complejidad, en especial, filosófica y epistemológica. Extensión y complejidad que resultan totalmente necesarias, dada cuenta que la innovación de su propuesta nos conduce a los confines más remotos y originarios de la dogmática penal liberal.

Así, no hay más remedio que incursionar someramente en los dos axiomas de los que parte su concepción. El primero, hace referencia al fin del derecho penal:

Fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un

⁴ PEREZ BARBERÁ, G. *Réplicas a Fernando Córdoba e Íñigo Ortiz de Urbina*, en *Pensar en Derecho*, nº 2, año 2, P 420, Eudeba, Buenos Aires, 2013.

*proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas.*⁵ Y continúa: *...es obvio que, alcanzado el mínimo de intensidad comunicativa necesario para que deba tener lugar el proceso de crítica recíproca tendiente a determinar si ha habido o no apartamiento de la regla, de ser afirmativa la conclusión, la conducta puede comunicar a su vez con “diversa intensidad” dicho apartamiento. En el ilícito, esa diversa intensidad se refleja justamente en la diferencia de punición que normalmente establece el legislador según la conducta sea calificable de dolosa o imprudente.*

En esta inteligencia, no será el conocimiento el elemento que dirima entre dolo e imprudencia, sino *“la racionalidad de la génesis del estado mental relevante en el caso concreto (...): se trata del modo en que se llega a determinados estados mentales como el conocimiento, la voluntad, la confianza, la indiferencia, etc.”*⁶

La necesidad, para el autor, de desarrollar un concepto del dolo que deje por fuera de su sistema como elemento intrínseco de construcción al conocimiento -aunque como veremos, se valga profundamente de él- tiene como fundamento la elaboración de un sistema íntegramente objetivo, en el que dolo e imprudencia conformen un mismo ámbito categorial, toda vez que *ningún dato empírico puede ser a priori un candidato relevante para subsumirse en un concepto si éste aún no ha sido esclarecido*⁷.

Sobre esto último problematiza y critica Íñigo Ortiz de Urbina cuando refiere, al respecto, que *“el sustrato permanece empírico, pero el concepto jurídico puede independizarse del mismo y añadir nuevos requisitos, e incluso prescindir del sustrato empírico a efectos jurídicos.”*⁸ También lo hará Manrique, al referir: *“no toda*

⁵ PÉREZ BARBERÁ, G. *“El dolo eventual...”* P 129

⁶ Ídem, P 132

⁷ Ídem, P 49

⁸ IÑIGO ORTIZ DE URBINA, G. *¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental*, en *Pensar en Derecho*, nº 1, año 1, P 367, Eudeba, Buenos Aires, 2012. Se recomienda el texto mencionado a los fines de profundizar en la cuestión.

*explicación de la normatividad de un fenómeno social es irreducible a fenómenos empíricos”.*⁹

A esta cuestión contestará Pérez Barberá que *“El legislador puede estipular conceptos por razones prácticas, desde luego, pero siempre que con ello no deje de lado convenciones lingüísticas elementales para que el entendimiento sea posible o, al menos, no innecesariamente dificultoso.”*¹⁰

El segundo y más importante axioma de su estructura en lo que a este trabajo refiere consiste en que:

*La orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. Representaciones epistémicamente irracionales determinan orientaciones cognitivas defectuosas, al igual que representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente desacertadas. Por su parte, la falta de conocimiento o de representación, si es racional, determinará también orientaciones defectuosas, y si es irracional, orientaciones arbitrarias. Si se trata del apartamiento de una regla, el que se funda en una orientación óptima tiene la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que el que se funda en una orientación arbitraria, intensidad que es siempre mayor a la del apartamiento que se funda en una orientación defectuosa. Cuanto mayor es la intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, mayor debe ser también su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma.*¹¹

Por último, y como consecuencia de ambos axiomas, Pérez Barberá realiza una clasificación de las conductas en función de si la situación resulta ser óptima (o no) para orientarse en el mundo y si, siendo así, se apartan (o no) de una regla jurídico penal con elevado efecto comunicativo contrario a ella; es decir, que se daría (o no) una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo.¹² A grandes

⁹ MANRIQUE, M.L. *Reproche al “Dolo como reproche”*, en *Pensar en Derecho*, nº 2, año 2, P 394, Eudeba, Buenos Aires, 2013

¹⁰ PEREZ BARBERÁ, G. *“Réplicas...”* P 417

¹¹ PÉREZ BARBERÁ, G. *“El dolo eventual...”* P 132

¹² Ídem, P 133-147. Por cuestiones de brevedad, y porque siempre mis palabras resultarían menos idóneas, se sugiere remitirse a las páginas citadas.

rasgos, estos elementos serían los dirimientes para establecer una categorización merecedora de pena a título doloso o culposo según la intensidad comunicativa de la correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo que se aparta de una regla jurídico penal.

Así dirá que *“el efecto comunicativo de un apartamiento de la regla jurídico-penal es más intenso cuando más previsible (en términos objetivos) resulta de la posibilidad de ese apartamiento, pues el grado de dicha previsibilidad se determina en función de cuán óptima es la orientación del autor en el mundo, siempre desde un punto de vista objetivo que toma en cuenta la racionalidad epistémica del estado mental de que se trate. Pero advierte “es la relación entre estado mental de que se trate con su racionalidad epistémica lo que define la cuestión. La racionalidad del modo en que ha sido o no adquirido un determinado estado mental (y no el estado mental) constituye, pues, la ratio legis en la que se funda el mayor castigo de ciertas conductas frente a otras.”*¹³

A los fines del presente trabajo, cabe hacer hincapié en una de sus variables, referida a los casos en los que se lleve a cabo una conducta no óptima para orientarse en el mundo cuando se trate de un apartamiento de una regla y que tenga por base un desconocimiento o ausencia de representación epistémicamente irracional, lo que conlleva al autor a incluir en estos casos la ceguera ante los hechos y, consecuentemente, los casos tradicionalmente conocidos como de “dolo eventual”.

Así, dirá que *“Un desconocimiento o una falta de representación irracional por desafiar regularidades empíricas ‘obvias’ y/o normas de conducta ‘elementales’ de ese ámbito específico de actuación, grava intensamente a su autor y le corresponde, por lo tanto, la forma de castigo más grave”*¹⁴.(El comillado me pertenece).

Aspectos problemáticos de la tesis del Dr. Pérez Barberá

¹³ Ídem, P 146

¹⁴ Ídem, P 139

Evitabilidad y Previsión

A la hora de definir los conceptos de dolo e imprudencia, dirá que: *“dolo es reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea este apartamiento; imprudencia es reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea este apartamiento”*¹⁵

De algún modo, su tesis parece reemplazar la actualidad subjetiva de conocimiento o no conocimiento (tesis “tradicional”) por posibilidad objetiva de previsión. A esta altura, pareciera peligrar severamente el principio de culpabilidad, al *objetivizar*, la *posibilidad* de la representación del resultado. Así *“no interesa la posibilidad o el nivel de posibilidad que el autor se representa. Interesa únicamente un enjuiciamiento objetivo de esa posibilidad.”* Y continúa: *“como aquí no se identifica dolo con conocimiento, es claro que el efecto de una falta de representación no tiene por qué derivar forzosamente en un reproche imprudente o en una falta de reproche”*¹⁶

De esta manera puede observarse que para esta postura la posibilidad privilegiada de prever realización del resultado es relevante para la configuración del dolo, mas no lo es la imposibilidad del autor de prever su evitación.

En el citado texto *“Dolo y evitabilidad individual”*, Fernando Córdoba desarrolla una serie de cuestiones que, aunque pretenda colocarlas como complemento, conducen a una crítica (entiendo que acertada) a la configuración no cognoscitiva del dolo al referir que un elemento basal de cualquier conducta dolosa exige la posibilidad de evitarla. Grafica: *“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.”*¹⁷

Y partiendo del principio *“ultra posse nemo obligatur”* agrega: *“si incluso con la mejor voluntad no habría podido evitar el comportamiento, entonces hay que*

¹⁵ Ídem, P 674

¹⁶ Ídem, P 675

¹⁷ CÓRDOBA, F. *“Dolo y evitabilidad individual”*, en *Pensar en Derecho*, nº 1, año 1, P 216, Eudeba, Buenos Aires, 2012

concluir que la conducta fue para él (física y/o intelectualmente) inevitable; y esto queda fuera ya del alcance del derecho penal.”¹⁸

De esta manera alcanza el elemento en cuestión, esto es, la necesidad de la concurrencia de ciertos estados mentales que permitan la evitabilidad, para que el sujeto intelectualmente no evite aquello que podría haber evitado.

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. ¹⁹

Así: 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.”²⁰

Ante esta postura *jakobsiana* de la evitabilidad individual, Pérez Barberá rescatará que tal sistema, con el que confronta en este punto, no deja de valorar circunstancias objetivo generales (es decir, abandona la evitabilidad individual) en casos de habituación a riesgos anormales.²¹ Eso no pareciera salvar la cuestión, pero al menos logra establecer puntos en común, donde baremos objetivo generales admiten la concurrencia del dolo prescindiendo del conocimiento.

Luego, en una brillante síntesis de su análisis culmina: “*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.*”²²

¹⁸ Ídem, P 219

¹⁹ Ídem, P 220

²⁰ Ibídem

²¹ PEREZ BARBERÁ, G. “Réplicas...” P 418

²² CÓRDOBA, F. “Dolo y evitabilidad...” P 224

Ya problematizada la circunstancia vinculada a la evitabilidad, corresponde profundizar sobre la idea de previsión –sin perjuicio de lo referenciado relativo a la evitabilidad-. Pareciera ser que en términos prácticos, el no conocimiento sólo es relevante para el dolo ante la génesis epistémicamente no irracional y ontológicamente acertada.

Dirá, por caso: “*quien actúa ‘conociendo’ racionalmente como quien lo hace ‘no conociendo’ irracionalmente se encuentra, objetivamente, en mejores condiciones de poder prever el apartamiento de la regla que quien actúa ‘no conociendo’ racionalmente o quien lo hace ‘conociendo’ irracionalmente.*”²³ (El comillado me pertenece).

Así, ya no es la concurrencia del conocimiento en el dolo sino la prueba del mismo lo realmente relevante. Esto no torna irrelevante la postura -ni mucho menos-, porque transpolar el conocimiento a un “momento posterior” de la construcción del dolo habilita una configuración conceptual revolucionaria. Sin embargo, y esto el autor no lo niega, las complejas construcciones conceptuales que se esfuerzan por desarrollar un concepto normativo *previo* al conocimiento (racionalidad de la génesis de la creencia), no alcanzan a conformar un criterio práctico suficiente para imputar una conducta típica a título doloso (excepto en el caso referido) prescindiendo del conocimiento. Es decir, que aunque este no sea el conocimiento una *conditio sine qua non* del dolo, es un elemento psíquico fundamental . Así, lo que hace el autor, (repito, excepto en la salvedad), es objetivizar las formas de averiguación del conocimiento en el autor.

Dolo, Conocimiento y Culpabilidad

Sin olvidar la observación que se acaba de realizar, por lo que es importante circunscribir el análisis a las variables dichas, corresponde analizar si el conocimiento puede prescindirse de la estructura total del delito en el sistema propuesto.

²³ PÉREZ BARBERÁ, G. “*El dolo eventual...*” P 650

Para ello, me remitiré sin más a la respuesta que ensaya Ramon Ragués i Vallès, quien refiere:

“...en el propio libro se precisa que algunos de estos datos psíquicos podrían ser relevantes al mismo tiempo para la culpabilidad, categoría que se define como “el posicionamiento interno asumido por el autor respecto a lo comunicado mediante su acción” (p. 683). Ello permitiría, como el propio autor reconoce, moderar en términos punitivos el tratamiento más severo que se propone en el libro para los casos de “ceguera ante los hechos” (p. 684); sin embargo, esta posibilidad invita al lector a dudar acerca de si la eliminación de elementos psíquicos del tipo con el consiguiente envío de estos a la culpabilidad -donde parece que siguen siendo imprescindibles para calibrar la gravedad del hecho- no supone más que un aplazamiento del problema que pretende resolverse con el trabajo, a saber, cuál es la relevancia de la vertiente interna del hecho en la responsabilidad del sujeto. Ciertamente, PÉREZ BARBERÁ resuelve la cuestión argumentando que el dolo se refiere a un hecho y la culpabilidad a un sujeto, pero no siempre resulta sencillo separar a uno del otro en determinados juicios: después de todo ¿es el hecho el que comunica la contrariedad al Derecho o es, más bien, el sujeto quien lo hace a través de su hecho?”.²⁴

Dolo Eventual e Imprudencia

Supongamos el siguiente caso por demás hipotético: Un viejo arquitecto lleva a cabo una pequeña obra en una localidad costera del interior de la provincia de Buenos Aires. A la hora de confeccionar las bases de la edificación decide hacer caso omiso a una novedosa reglamentación (hipotética) obligatoria en todo el país relativa a la seguridad de las estructuras de hormigón ante movimientos sísmicos, considerando que: a) el último movimiento sísmico con epicentro a las cercanías de Buenos Aires tuvo lugar en 1888 y los daños fueron leves; b) En todos sus años como arquitecto nunca realizó tal medida de seguridad y nunca sufrió inconvenientes; c) Implementar tal sistema implicaría gastos excesivos. Semanas después, se produce un sismo de seis

²⁴ RAGUÉS I VALLÈS, R. “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico”, en *Idret*, nº 3, 2012, P 07

grados en la escala de Richter en las cercanías de la ciudad, derrumbándose la obra y ocasionando la muerte de dos obreros. A su vez, un informe del Instituto Nacional de Previsión Sísmica, cuya existencia era desconocida por el autor (quien no desconocía la normativa), había advertido, meses antes, la alta posibilidad de que se produzcan sismos en zonas de llanura, circunstancia que motivó a la nueva reglamentación.

Ahora, repitamos una de sus principales premisas: *“Un desconocimiento o una falta de representación irracional por desafiar regularidades empíricas ‘obvias’ y/o normas de conducta ‘elementales’ de ese ámbito específico de actuación, grava intensamente a su autor y le corresponde, por lo tanto, la forma de castigo más grave”*.

Cabe reflexionar, entonces, si un arquitecto medio, en su ámbito específico de actuación, habría evitado llevar a cabo una acción (en el caso, omisiva) dirigida a desafiar una norma de conducta “elemental” como es obedecer a la más reciente normativa en materia de seguridad en las estructuras de hormigón. Así, la cuestión del conocimiento en la subjetividad del sujeto parece no ser menor.

Al respecto, y con brillante poder de síntesis Roxin refiere: *“Quien por motivos irracionales no percibe un peligro que en realidad debió haber percibido, obra con una actitud que en idioma alemán se caracteriza como ‘ligereza punible’ (sträflichen Leichtsinn). Eso fundamenta, sin dudas, un reproche considerable, pero seguramente no alcanza la medida de la punibilidad propia del autor doloso, a saber: que él, para el caso de que no pueda alcanzar su objetivo de otro modo, se ha decidido precisamente en forma consciente en contra del bien jurídico protegido.”*²⁵

Por su parte, Ragués i Vallès agrega: *“Ciertamente existen propuestas teóricas ya mencionadas que consideran que pueden existir supuestos de falta de representación merecedores del tratamiento propio del dolo, pero para ello se exige que la falta de conocimiento en el sujeto se explique por determinadas razones como la indiferencia hacia el objeto lesionado (JAKOBS) o la búsqueda intencionada del estado de desconocimiento (en la teoría angloamericana de la willful blindness). En tales*

²⁵ ROXIN, C. en prólogo de PEREZ BARBERÁ, G. “Réplicas...”, P 33

*perspectivas, el déficit de representación se ve compensado por una determinada motivación especialmente disvaliosa que justifica el tratamiento más severo”.*²⁶

Es así como, en virtud del principio de culpabilidad, y salvo que concurren circunstancias especiales como las referidas en el párrafo que antecede pareciera ser necesaria la concurrencia del conocimiento como elemento normativo del dolo.

Así, y empleando los términos que Maier ha utilizado a la hora de ensayar el epílogo de la obra, la frontera cual línea de puntos que separa el dolo eventual y la culpa consciente en la concepción de Pérez Barberá parece no haberse delimitado a la perfección, acarreado como consecuencia una posible colonización del dolo en terrenos históricamente culposos. Ello no sería (necesariamente) inconveniente mientras sea racional, extremo que no parece conformar en los casos como el referenciado, donde cuesta creer que haya mediado una intensidad comunicativa contraria a una regla jurídico-penal pausable de ser tipificada como dolosa.

²⁶ RAGUÉS I VALLÈS, R. “De nuevo, el dolo eventual...” P 09