

De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico

Recensión a Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 842 páginas.

Ramon Ragués i Vallès

Universitat Pompeu Fabra

1. Una discusión renovada

¿Puede a estas alturas decirse algo nuevo acerca del dolo eventual? Quien sólo conozca de manera superficial el actual estado de la cuestión en el centenario debate sobre los límites entre el dolo y la imprudencia probablemente se mostrará escéptico ante la posibilidad de responder afirmativamente a la anterior pregunta. A fin de cuentas en las últimas décadas se han propuesto numerosas teorías basadas en las más variopintas expresiones para caracterizar adecuadamente los fenómenos psíquicos que, supuestamente, deben permitir distinguir ambas figuras, pero *la mayoría de las posiciones han acabado quedando atascadas en la disyuntiva entre las teorías de la voluntad y de la representación*, cuyos orígenes se remontan al siglo XIX. Ya en 1959 manifestó Günter STRATENWERTH su impresión de que la discusión sobre el dolo eventual llevaba tiempo dando vueltas sobre sí misma¹.

Sin embargo, quienes han seguido más de cerca este debate saben que en este tiempo sí se han movido algunas cosas y se han incorporado a la discusión *propuestas para superar el non liquet entre las dos teorías clásicas*. Entre tales aportaciones destacan aquellos planteamientos que, partiendo de enfoques muy diversos, han apostado por una cierta “objetivización” del citado concepto, introduciendo restricciones normativas al conocimiento y a la voluntad como puros estados mentales, o prescindiendo de ambos en ciertos contextos. Cabe encuadrar aquí propuestas como las de Rolf D. HERZBERG o Ingeborg PUPPE, partidarios, por un lado, de objetivizar juicios como el de “tomar en serio el riesgo” y, por otro, de negar la idoneidad de ciertos riesgos a los efectos de la imputación dolosa². O también aquellas perspectivas que admiten que puede existir dolo sin una representación efectiva, como en sus últimos trabajos ha manifestado Günther JAKOBS retomando la antigua figura del *dolus indirectus*³. En un sentido más amplio, en este mismo contexto cabe situar también planteamientos tan distintos entre sí como la atribución de carácter adscriptivo a la llamada “prueba del dolo”⁴ o la irrupción en el debate continental de la figura de la “ignorancia deliberada” importada del *common Law*⁵.

¹ Cfr. STRATENWERTH, “Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit”, *ZStW*, (71), 1959, p. 52.

² Cfr., entre otros trabajos, HERZBERG, “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten”, *JZ*, 1998, p. 573 ss (1.ª parte), p. 635 ss (2.ª parte) o PUPPE, “§ 15 StGB” en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFGGEN (eds.), *NK*, 2ª ed., 2005, Nm. 61. En la doctrina española también LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1996, p. 426 o RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 63, han negado la relevancia de las confianzas irracionales para excluir el dolo.

³ Sostiene JAKOBS, “Indiferencia como dolo indirecto”, trad. C. Pérez del Valle, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, 2004, p. 347, que “la culpabilidad no existe porque concurren el conocimiento del tipo o el conocimiento de la ilicitud, sino porque falta lealtad al Derecho; este déficit puede ser inducido a través del conocimiento, pero también de otros modos o formas que lo pongan de manifiesto”. Con todo, en la obra de este autor siempre han existido dudas sobre la posibilidad de aplicar esta posición al Derecho alemán, pues el § 16 StGB parece exigir conocimiento para poder hablar de dolo.

⁴ HRUSCHKA, “Sobre la difícil prueba del dolo”, trad. R. Ragués i Vallès, en EL MISMO, *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación*, 2005, pp. 149-162 y RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, *passim*.

⁵ Así, la jurisprudencia que desde 2000 viene sosteniendo la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, que se resume en RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, primer capítulo.

Todas estas propuestas tienen en común la voluntad de matizar o reducir la importancia de los fenómenos psíquicos en la definición del dolo o en su determinación procesal. Sin embargo, *hasta el presente momento nadie había propuesto una teoría del dolo que, ya en su propia concreción conceptual, eliminara cualquier referencia a estados mentales*. Tan atrevido paso lo ha dado el profesor y magistrado cordobés (de Córdoba, Argentina) Gabriel PÉREZ BARBERÁ, autor de una magnífica obra cuyo título principal ("*El dolo eventual*") no resulta demasiado elocuente, pero cuyo subtítulo ya anuncia al lector fuertes emociones: "*Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*". El libro recoge el texto de la tesis doctoral que PÉREZ BARBERÁ defendió en 2007 en la Universidad Nacional de Córdoba y es el resultado de prácticamente una década de trabajo en su país natal y en Alemania bajo la dirección de tres grandes maestros: Claus ROXIN, Jorge DE LA RÚA y Julio B. J. MAIER, que en sus respectivos prólogos y epílogo presentan la obra al lector.

Pese a tratarse de una tesis doctoral, *El dolo eventual* presenta la madurez y la profundidad propias de un auténtico escrito de habilitación y, precisamente por esta voluntad de fundamentar sólidamente la propia propuesta, se trata de una obra extensa que en sus más de ochocientas páginas -y pese a su remarcable claridad expositiva- tal vez pueda intimidar a algunos lectores. Sin embargo, para quienes ya estén al día sobre el debate acerca del dolo eventual y deseen centrarse en la propuesta de PÉREZ BARBERÁ es perfectamente posible concentrar la lectura en dos bloques de capítulos: del 1 al 6 y del 16 al 23. Los restantes apartados (7 a 15), que ocupan prácticamente la mitad de la obra, contienen un *exhaustivo resumen crítico del debate sobre el dolo desde el siglo XVII hasta la actualidad*, especialmente de los planteamientos defendidos en la ciencia penal y la jurisprudencia alemanas. Sin tener, por razones obvias, la originalidad de las restantes páginas, esta completísima panorámica -la más acabada en lengua castellana- es otra de las grandes aportaciones del presente libro.

2. El dolo como concepto normativo

Por clara influencia de Claus ROXIN en la ciencia penal de las últimas décadas existe un *amplio consenso acerca de la necesidad de perfilar el concepto de dolo a partir de las finalidades que se pretenden con el Derecho penal* y, más en concreto, con la sanción propia de los hechos dolosos⁶. En tal sentido puede afirmarse que han quedado atrás aquellas concepciones que pretendían algo así como descubrir un concepto "ontológico" de dolo previo al Derecho penal y de cuyo contenido la ciencia penal no podía disponer. Ello ha llevado asimismo a que en la caracterización del dolo se haya impuesto el método que pretende inducir este concepto por medio de la identificación de los rasgos comunes de aquellos hechos que se entienden merecedores de la pena del dolo, renunciando a deducir dicha figura -como tradicionalmente había hecho la teoría de la voluntad- de definiciones apriorísticas sobre lo que se supone que necesariamente es el dolo.

El dolo eventual parte de esta doble perspectiva e, indudablemente, uno de sus grandes méritos es subrayar que no existe un "dolo" ajeno al Derecho penal, sino que todo concepto

⁶ Cfr., por todos, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 98-102.

de dolo es *per se* normativo: como PÉREZ BARBERÁ argumenta convincentemente, *definir el dolo es siempre una tarea normativa y, en todo caso, será misión de cada intérprete determinar la relevancia que en dicha definición deba darse a ciertos estados mentales*. En sus propias palabras, el dolo “no es una propiedad empírica, sino una propiedad normativa, porque es en función de ella que una conducta penalmente relevante se enjuicia como más o menos disvaliosa y que, además, el autor resulta obligado a actuar conforme a estándares objetivos” (p. 817, cursiva en el original).

En esta tarea de determinar las razones que justifican el tratamiento punitivo del dolo, PÉREZ BARBERÁ opta por fundamentar directamente su propuesta sin antes reconstruir el estado de la cuestión, en una de las pocas lagunas que presenta su completa exposición del actual debate⁷. En este punto, el trabajo se decanta de manera explícita por fundamentar el distinto tratamiento que merecen la imprudencia y el dolo a partir del diverso contenido comunicativo del hecho imprudente y del doloso, en una propuesta que –pese a intentar marcar distancias incorporando algunos de los principios limitadores del *ius puniendi*– presenta evidentes similitudes con la fundamentación de Günther JAKOBS. Así, en el libro se sostiene, resumidamente, que cualquier hecho punible no es sino *comunicación de una regla que prima facie se aparta de la regla establecida en el tipo penal, siendo necesaria la intervención punitiva cuando dicho hecho alcance una determinada “intensidad comunicativa” suficiente para desestabilizar las expectativas asociadas a la regla cuestionada* (pp. 127-130).

Esta *mayor o menor “intensidad comunicativa”* explica, a juicio del autor, la diferencia de tratamiento punitivo entre la imprudencia y el dolo, ello aun cuando el hecho doloso y el imprudente –desde su punto de vista– lesionen una misma norma (p. 131)⁸. Así, se entiende en el libro que aquellas conductas que “tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas”, “si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que, atento la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla” (p. 133). A juicio de PÉREZ BARBERÁ, en tales casos *el autor comunica con pretensión de validez una regla opuesta a la violada*, lo que sucede, según se

⁷ Llama la atención que en el libro se decida (p. 87) que no será objeto de investigación la *ratio legis* del distinto tratamiento del dolo respecto de la imprudencia, ante todo porque el propio texto pone en evidencia que, sin dicha determinación previa, no es posible aplicar el método teleológico escogido. En realidad, lo que sucede es que el autor opta por acoger una determinada justificación sin contrastarla con otras posibles, ni refutar las críticas que aquella recibe de estas. Se trata, ciertamente, de una decisión legítima –exigir que absolutamente todo se justificara hasta el más mínimo detalle convertiría en inviable cualquier investigación jurídica– pero ese echa de menos poder conocer la autorizada opinión del autor sobre otras posibles explicaciones acerca de una cuestión tan crucial en el trabajo como la *ratio* del castigo de los hechos dolosos (teorías como la basada en la mayor peligrosidad del hecho doloso o las distintas necesidades preventivo-especiales, por ejemplo).

⁸ En este punto existe una diferencia evidente con el planteamiento de JAKOBS, quien entiende que en los hechos imprudentes no se niega la vigencia de la norma, por no expresar en ellos el sujeto nada comunicativamente relevante. Cfr. en tal sentido, JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, trad. M. Cancio Meliá, en *EL MISMO, Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 371. La diferencia de planteamiento de PÉREZ BARBERÁ se confirma cuando argumenta (p. 651 ss) que el dolo desde un punto de vista semántico es un *plus*, no un *aliud*, respecto de la imprudencia.

desprende de una serie de ejemplos propuestos por el propio autor (p. 134 ss) en aquellos supuestos que tradicionalmente han abarcado los conceptos de dolo directo y eventual.

En una de sus aportaciones más interesantes –y también deudora de algunos planteamientos de JAKOBS–, el trabajo considera, sin embargo, que esta misma intensidad comunicativa está presente también en aquellos casos en los que existen *desconocimientos o ausencias de representación epistémicamente irracionales*, lo que sucederá cuando el sujeto se orienta de manera arbitraria, esto es, desafiando objetivamente regularidades empíricas obvias o normas de conducta elementales propias de un ámbito específico de actuación. Este argumento le permite sostener a PÉREZ BARBERÁ la necesidad de otorgar el tratamiento propio del dolo a los casos de “ceguera ante los hechos”, como, por ejemplo, el del conductor que, sin haberse llegado a representar el peligro real de su conducta, con la que causa varias muertes, decide conducir tras haber bebido en abundancia y pese a ser consciente de su escasa habilidad al volante y de que no tiene licencia, circulando con un exceso de velocidad de 20 km/h y esquivando en zigzag a los vehículos que circulan en el mismo sentido (pp. 138-139). En palabras del propio autor, “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 (sea que ello esté motivado en un manifiesto desinterés por el resguardo de los bienes ajenos o en cualquier otro motivo), grava intensamente a su autor y le corresponde, por lo tanto, la forma de castigo más grave (la dolosa), aun mediando amenaza o posibilidad de *poena naturalis*” (pp. 139-140)⁹.

En sentido opuesto, se defiende en el libro que la comunicación no resulta intensamente contraria a la norma en los casos de *ausencia de representación o representaciones ontológicamente defectuosas* (los casos que tradicionalmente han quedado abarcados por la culpa inconsciente y la consciente) y también en los supuestos de apartamiento de la norma que tienen por base una *representación epistémicamente irracional* (tentativas irreales y consumaciones objetivamente inesperadas). Esta última propuesta, consistente en otorgar a las tentativas irreales la condición de tentativas imprudentes (y, en consecuencia, impunes), es también otra de las más destacables novedades del trabajo (p. 141). Según el propio autor, su propuesta se distingue de la doctrina mayoritaria en que “en los casos de consumación objetivamente inesperada y de tentativas irreales o supersticiosas, la concepción aquí sostenida *restringe el ámbito del dolo*, y en los casos de ceguera ante los hechos *lo amplía*” (p. 144). Ante esta afirmación cabe matizar, no obstante, que la no punición de la tentativa irreal –aunque por razones ciertamente diversas a las expuestas– ya es sostenida en la doctrina y jurisprudencia dominantes y, en cambio, la inclusión de la “ceguera ante los hechos” en el dolo eventual sólo es defendida muy minoritariamente. Por

⁹ También en la cuestión de la pena natural PÉREZ BARBERÁ marca claramente las distancias con el planteamiento de JAKOBS: mientras para este último (JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, 1995, p. 313) el riesgo de *poena naturalis* explica la menor necesidad de pena forense que suscitan las conductas negligentes, para el autor argentino tal posibilidad no obsta a que determinados hechos puedan considerarse dolosos si concurren los requisitos de esta figura. Otra diferencia parece radicar en el hecho de que para PÉREZ BARBERÁ resulten irrelevantes las razones de la ausencia de representación.

ello, parece difícilmente cuestionable que la tesis de PÉREZ BARBERÁ ha de tener en la práctica un efecto ampliatorio del alcance del dolo.

La duda que, en todo caso, plantea esta propuesta es fundamentalmente una, dejando de lado las objeciones generales que se dirigen contra las teorías comunicativas del delito y la sanción penal. Así, si de acuerdo con lo expuesto, el hecho doloso y el culposo infringen la misma norma y la diferencia entre ellos se explica en términos meramente cuantitativos a partir de la diferencia de intensidad comunicativa *¿tiene sentido trazar una rígida frontera entre hechos con especial intensidad y hechos sin ella? ¿no cabría imaginar acaso un sistema que distinguiera no sólo entre dos grados de intensidad y admitiera la existencia de más títulos de imputación?*¹⁰ O *¿no sería incluso mejor un sistema que prescindiera de fijar criterios concretos de imputación subjetiva y en cada tipo dejara abierta al juez la determinación de la relevancia subjetiva del comportamiento y su traducción punitiva?* El hecho de que la propuesta de PÉREZ BARBERÁ se limite a la *lex lata* en Alemania o Argentina impide conocer si a su juicio sería aconsejable un sistema legal de imputación subjetiva que superase la simple división entre dolo e imprudencia.

3. Dolo sin conocimiento

La exposición del planteamiento personal queda interrumpido en el libro, como ya se ha explicado *supra*, por los diversos capítulos dedicados a la *reconstrucción histórica del debate acerca del dolo en la doctrina y jurisprudencia alemanas*. En este extenso apartado el autor se muestra especialmente crítico con los planteamientos que se inscriben en las posturas tradicionalmente más exitosas –las denominadas teorías de la voluntad y de la representación, en sus incontables variantes– y muestra evidente simpatía, en cambio, por planteamientos objetivizantes del dolo, como los defendidos por autores como Rolf D. HERZBERG e Ingeborg PUPPE. Sin embargo, como seguidamente se expondrá, en su planteamiento personal PÉREZ BARBERÁ va más lejos que estos dos autores, quienes en sus respectivos trabajos no renuncian a mantener un estado mental (el conocimiento) en la definición del dolo, sino que sólo proponen excluir objetivamente del ámbito de lo doloso determinados riesgos con independencia de las intenciones o representación del sujeto.

De manera coherente con las razones que, a su juicio, fundamentan la respuesta punitiva propia del dolo, el autor define esta figura (o, en sus propias palabras, su “concepto-objeto”) como el *“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”*; por el contrario, imprudencia debe definirse como el *“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”* (p. 648)¹¹. Como se desprende de estas dos definiciones, el punto

¹⁰ En tal sentido se ha pronunciado, proponiendo un “sistema categorial más rico”, MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en VVAA, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 739.

¹¹ *Supra* se resume aquello que en la terminología convencional se podría denominar como la definición de dolo que propone el autor. Sin embargo, conviene precisar que en el libro se desarrolla una triple aproximación a dicho concepto (p. 641 ss): sintáctica, semántica y pragmática. Desde el punto de vista

clave para diferenciar ambas figuras es si el autor ha contado con una *posibilidad privilegiada de prever* el apartamiento de su conducta respecto de la norma o bien si sólo ha tenido una *posibilidad atenuada de previsión*¹².

En palabras tal vez menos precisas, pero seguramente más fácilmente comprensibles, *para afirmar que existe dolo debe poder sostenerse que el sujeto ha tenido la capacidad de prever -y, por tanto, evitar- fácilmente el hecho*, es decir, una cuestión netamente objetiva si por autor no se entiende el concreto acusado con todas sus particularidades, sino, como es el caso (cfr. p. 674), un modelo ideal de sujeto colocado en su lugar.

De acuerdo con las anteriores ideas, la capacidad de evitación o el grado de evitabilidad devienen conceptos fundamentales en la presente tesis¹³. Así, prosigue el autor, *las definiciones expuestas son coherentes con sus puntos de partida sobre las razones del tratamiento punitivo del dolo: "tanto quien actúa conociendo racionalmente como quien lo hace no conociendo irracionalmente se encuentran, objetivamente, en mejores condiciones (= con mejores posibilidades) de poder prever el apartamiento de la regla que quien actúa no conociendo racionalmente o quien lo hace conociendo irracionalmente. Por eso, el primer y el segundo supuesto deben calificarse como dolosos y el tercero y el cuarto, a lo sumo, como imprudentes"* (p. 650).

De acuerdo con esta perspectiva, el autor matiza que el dolo es un juicio objetivo de reproche o un juicio de valor fundado en un estándar general y referido a un hecho, no a un sujeto (pp. 663-664). En este juicio *datos psíquicos como el conocimiento o la voluntad son sólo indicios de la mayor o menor capacidad de prever el apartamiento de la regla infringida a ponderar junto con otros indicios, como pueden ser el peligro creado, sus características o, en general, cualquier otra circunstancia constitutiva de la acción*. Salvando las distancias, este planteamiento presenta ciertas similitudes con las teorías partidarias de definir el dolo a partir de la idea de "decisión contra el bien jurídico": según esta teoría -defendida en Alemania por Winfried HASSEMER o en España por María del Mar DÍAZ PITA- los hechos psíquicos habitualmente citados para definir el dolo son únicamente "indicadores" de la citada "decisión"¹⁴. La gran diferencia entre ambos planteamientos radica, no obstante, en que de acuerdo con esta última teoría es imprescindible para afirmar la existencia de dolo que concurren indicadores que acrediten una cierta vinculación psíquica del sujeto con el

sintáctico el dolo se caracteriza como "una propiedad definitoria de un caso genérico" (p. 643); desde el punto de vista semántico se ofrecen las definiciones citadas *supra* (p. 646 ss); y, por último, desde un enfoque pragmático (p. 675 ss) se sostiene que "dolo" es una expresión con la que "no se describe ni se explica, sino que se *valora* un hecho determinado" (p. 677, cursiva en el original).

¹² Conviene destacar que en diversos pasajes de la obra (por ejemplo, p. 648) el autor afirma que, en realidad, no está proponiendo *ex novo* un concepto de dolo distinto del usual, sino reconstruyendo los criterios que en la práctica ya se vienen utilizando para afirmar que alguien ha obrado dolosamente.

¹³ Aunque el término evitación o evitabilidad no aparece en la definición de dolo expuesta, puede entenderse que, como hace el autor en algunos pasajes (pp. 667-668, por ejemplo), es la idea clave en la que se asienta su propuesta de dolo.

¹⁴ Cfr. HASSEMER, "Los elementos característicos del dolo", trad. M.M. Díaz Pita, *ADPCP*, 1990, p. 925 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1996, p. 321. Esta misma idea se desarrolla también en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, 1994, pp. 2-3.

hecho, indicadores que, en cambio, para PÉREZ BARBERÁ son prescindibles en casos como el ya citado de la “ceguera ante los hechos”.

Sin embargo, 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 cómo “el posicionamiento interno asumido por el autor respecto a lo comunicado mediante su acción” (p. 683)¹⁵. 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?¹⁶

En tal sentido, llama también la atención el que, pese a partir del concepto de dolo citado, el propio autor admita la *existencia de modalidades cualificadas de dolo* -además de la modalidad básica antes definida- que pueden ser las únicas penalmente relevantes cuando así lo determine un concreto tipo penal (p. 689)¹⁷. No puede evitarse la impresión de que, tal vez, sería más adecuado con sus propios planteamientos entender que estas modalidades cualificadas (basadas, por ejemplo, en la ocasional exigencia expresa de intención por el texto de la ley) son en realidad requisitos de naturaleza subjetiva distintos del dolo (elementos subjetivos del tipo, por expresarlo en terminología habitual o elementos de una culpabilidad agravada, en la tesis del autor), pues en determinados casos -como se argumenta a lo largo de la obra- tales elementos pueden no tener ninguna incidencia en la evitabilidad objetiva entendida como criterio básico para apreciar el dolo.

4. Los indicadores de la mayor capacidad de evitación

Con la voluntad de facilitar a los operadores jurídicos la ponderación entre los diversos indicadores, PÉREZ BARBERÁ propone una serie de *reglas* para “la subsunción de un caso individual en un caso genérico de dolo” (pp. 747-751). Dichas reglas se basan en la *hipótesis de relevancia* según la cual, “respecto de los datos físicos, deben ser considerados todos aquellos que contribuyeron a conformar el caso; respecto de los datos psíquicos (o estados

¹⁵ En páginas anteriores (p. 664), se sostiene que el reproche individual al sujeto -no a su hecho- tiene lugar en la culpabilidad, no en el tipo.

¹⁶ En todo caso, conviene hacer notar cómo el autor niega explícitamente estar asumiendo planteamientos próximos a la llamada teoría de la “doble posición del dolo” (p. 685).

¹⁷ El concreto ejemplo al que alude el autor (p. 690) es el de la tentativa, que, de acuerdo con el art. 42 del Código Penal argentino, a su juicio sólo debe resultar punible cuando el sujeto activo obre con intención de consumir.

mentales), sólo deben ser considerados relevantes aquellos que quepa reputar epistémicamente racionales” (p. 752). De esta premisa se infieren dos reglas específicas:

1) “Para que un dato empírico, psíquico o físico, pueda ser relevante en este contexto, es necesario que sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos, en el grado de posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal (...) así, por ejemplo, la entidad del peligro inherente a la acción, su inminencia, el hecho de que no esté ‘cubierto o asegurado’, etcétera, son datos empíricos que, llegado el caso, pueden influir para determinar si la posibilidad de previsión del apartamiento de la regla es privilegiada o atenuada” (pp. 752-754);

2) La segunda regla establece que, “si un estado mental es epistémicamente racional, entonces él es relevante y debe tomarse en cuenta para la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad en la que se funda el reproche doloso (o el imprudente, según el caso)” (p. 755). En esta perspectiva, lo racional o irracional se determina por el criterio según el cual es irracional aquella génesis de un estado mental o explicación de una determinada relación entre sujeto y mundo que supone “una pretensión o manifestación objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistémico de que se trate” (p. 767), no pudiendo identificarse sin más confianza excesiva con confianza irracional (p. 758).

Lo anterior permite alcanzar al autor una conclusión relevante en lo que respecta al dolo: en los casos de *riesgos cuantitativamente muy escasos no existe dolo por más intención* (o cualquier otro estado mental) *que el autor ponga de su parte; y, a la inversa, en caso de riesgos muy elevados, la ausencia de representación no puede excluir el dolo: “frente a tales niveles de probabilidad o de improbabilidad, pretensiones contrarias a esas prognosis objetivas han de aparecer, forzosamente, como objetivamente extravagantes, aunque, a la vez, sean compatibles con una base epistémica o afectiva individual”* (pp. 768-769)¹⁸. Ello permite sostener que en los famosos casos del tirador inexperto o del portador del SIDA que mantiene un contacto sexual sin protección existe únicamente una conducta imprudente; y, en cambio, que en casos como el de la ruleta rusa o la correa de cuero las intenciones no importan para afirmar que concurre dolo¹⁹.

Seguramente en el tratamiento de esta cuestión se advierte uno de los puntos más innovadores del planteamiento de PÉREZ BARBERÁ, pero al mismo tiempo uno de los aspectos que más dudas suscita: por un lado, en los casos de riesgos escasos (pero, atención, cuantitativa y cualitativamente suficientes para fundamentar la imputación objetiva del resultado) en los que trasciende la intención del sujeto ¿no concurre acaso un acto de comunicación más bien propio del actuar doloso? ¿diría alguien que el tirador ha obrado de manera negligente al apuntar hacia el improbable blanco en el que acaba acertando? ¿no cuenta acaso en tales supuestos el sujeto –que sabe perfectamente lo que está haciendo– con una posibilidad calificada de evitación? Y, a la inversa, ¿no existen en la práctica casos de riesgos elevados y evidentes donde el sentido expresivo del hecho es,

¹⁸ El autor aclara (p. 769): “si, por ejemplo, la entidad del peligro inherente a una acción que importa la creación de un riesgo no permitido es mínima o insignificante (= prácticamente probabilidad 0), debe descartarse sin más la relevancia de la intención del autor de realizar ese peligro; por su parte, si la entidad del peligro inherente a la acción es extremadamente elevada (= prácticamente probabilidad 1), debe descartarse sin más la falta de intención de realizarlo”.

¹⁹ Los detalles de todos estos casos pueden encontrarse en pp. 774-791.

pese a todo, el propio de la imprudencia?: ciertamente en los ejemplos que plantea el autor (ruleta rusa o caso del cinturón) la propia actuación de los sujetos pone en evidencia que saben perfectamente lo que están haciendo y, por ello, cuentan con una elevada capacidad de evitación del hecho, pero ¿realmente se expresa lo mismo en estos casos que en del sujeto, despistado irremediable, que sin advertir numerosos avisos lanza un cigarrillo encendido a un depósito de gas altamente inflamable?

Precisamente este último ejemplo invita a cuestionar –como, de hecho, hace el propio ROXIN en su prólogo (p. 33)- la afirmación de que en los casos de la llamada “ceguera ante los hechos” la ignorancia de riesgos elevados y evidentes para cualquier observador medio necesariamente debe dar lugar a una imputación dolosa. 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*²⁰). En tales perspectivas, el déficit de representación se ve compensado por una determinada motivación especialmente disvaliosa que justifica el tratamiento más severo. Es dudoso, en cambio, que en aquellos casos en los que la razón del desconocimiento (de la “ceguera”) no sea la falta de interés por conocer o una grave indiferencia, sino un descuido gravísimo ante un riesgo muy elevado, el hecho sea expresión de aquello que legitima la imposición de la pena propia del dolo²¹.

5. En cuanto a la prueba de los hechos psíquicos

Así como en el plano jurídico-material *El dolo eventual* es un trabajo ciertamente innovador, en los apartados que dedica a la prueba del dolo *el autor se mantiene en una posición que podríamos calificar de más tradicional*. Desde su punto de vista para poder afirmar la

²⁰ En el libro no queda del todo claro cuál es la propuesta para los casos de ignorancia deliberada: por un lado, la idea de negar la vinculación del dolo con los hechos psíquicos resulta una base idónea para sostener la posible equiparación de estas situaciones (o de algunas de ellas) con el dolo (de hecho, así parece reconocerlo el autor en p. 791). Sin embargo, cuando PÉREZ BARBERÁ alude directamente a la cuestión (pp. 798-799, nota 387) viene a distinguir tres posibles situaciones con diversas respuestas: 1) en los casos de falta completa de representación, argumenta convincentemente que “no es imaginable una deliberación para ignorar”; 2) si el sujeto cuenta con “algo” de representación de conductas típicas indeterminadas a su juicio es correcto que no se impute dolo; y 3) si hay algo de representación de una conducta típica indeterminada, ya existirá dolo o imprudencia consciente en sentido clásico, por lo que la categoría es superflua. Sorprende la propuesta del autor para el caso 2) cuando es un supuesto en el que, de manera evidente, parece que concurre la capacidad privilegiada de evitación del hecho en el que se basa el tratamiento jurídico de los hechos dolosos: por citar un ejemplo, el testaferrero que acepta administrar formalmente cientos de sociedades de las que ni siquiera recuerda el nombre, pero de las que se representa que pueden ser utilizadas por sus verdaderos administradores para cometer conductas ilícitas no determinadas, está en una condición privilegiada para evitar su acto de cooperación en los delitos que a través de dichas sociedades puedan cometerse por quienes realmente las controlan.

²¹ Un punto que en todo caso debe precisarse para responder a estas dudas es la identidad del destinatario de la comunicación del hecho típico. En tal sentido, PÉREZ BARBERÁ rechaza expresamente medir la diferente intensidad comunicativa del hecho doloso y el imprudente a partir del grado de conmoción social que provocan (pp. 130-131) y parece preferir, aunque él no utilice esta expresión, tomar como medida el grado de “conmoción jurídica”. Dicha visión, ciertamente, blindo su propuesta frente a determinadas críticas, pero dificulta a la vez la comprensión de las razones últimas que justifican la legitimidad del distinto tratamiento punitivo entre dolo y culpa.

concurrancia en un supuesto concreto de los elementos que configuran el concepto de dolo propuesto –básicamente la capacidad privilegiada de evitación del apartamiento de la norma- el juez está obligado a valorar cualquier medio probatorio que pueda resultar significativo para detectar los correspondientes indicadores, entre ellos, unos fenómenos psíquicos que, desde el punto de vista del autor, “existen” en tanto que conceptos disposicionales y, aun no siendo observables, son el resultado de un procedimiento de atribución empírica en el que el juez puede recurrir a cualquier disciplina científica o indicador (p. 730 ss) y en el que “*todo dato empírico, sea éste psíquico o físico, es potencialmente relevante*” (pp. 732 y 750)²².

Ciertamente, son muy sólidos los argumentos que el autor expone para defender que los hechos psíquicos en el proceso penal se atribuyen como resultado de un juicio empírico y no como consecuencia de una adscripción normativa. Sin embargo, dicho planteamiento no debería ser incompatible –y así lo reconoce el propio autor (p. 744)- con la *formulación teórica de una serie de criterios de racionalidad a respetar por el juez en el momento de pronunciarse sobre la concurrancia (o no) de tales estados mentales*: una teoría sobre qué medios probatorios – y, más en concreto, sobre qué indicios- deben ser tenidos en cuenta en el proceso penal a la hora de afirmar o rechazar que alguien ha actuado con determinados conocimientos o intenciones ¿Debe el juez escuchar a determinados peritos o más bien resolver él sólo con arreglo a máximas de experiencia cotidiana? ¿debe dar algún valor a determinados indicios como el comportamiento posterior al hecho del acusado, sus experiencias previas afortunadas con ciertas conductas peligrosas o su carácter? ¿o a cuestiones que tienen que ver, desde la perspectiva tradicional, con la culpabilidad, como el consumo de alcohol o el hecho de actuar bajo un estado pasional? Al igual que sucede con el concepto de dolo, *la decisión sobre qué debe tener en cuenta (y qué no) el juez en el momento de considerar probados hechos psíquicos es también una cuestión sobre la que la ciencia penal puede y debe pronunciarse*, sin que aportar criterios que permitan superar la insatisfactoria remisión habitual a las convicciones del juez –por más que se le exija una “actitud física” (p. 708 ss)- o las soluciones “caso por caso” comporte volver a los rudimentarios sistemas de prueba tasada vigentes en siglos pasados²³.

6. Consideraciones finales

²² El autor critica expresamente aquellas posiciones que defienden que el juicio de atribución al sujeto de determinados fenómenos psíquicos es normativo y no empírico (pp. 716-718): “la conclusión que se sigue de una ‘atribución’ de conocimientos, creencias, intenciones, etcétera no es menos empírica que la que se sigue de una constatación de la dilatación de un cuerpo, sólo que la primera es una conclusión probabilística y la segunda es causal. Y ambas pueden ser *ciertas*, en el sentido de respetar la exigencia de ‘certeza’ que se infiere del principio *in dubio pro reo* para las conclusiones de la prueba” (cursiva en el original).

²³ Sin que ello suponga negar, por cierto, que una prueba “correctamente tasada” por la ley pueda ser tan útil como legítima en ciertos casos. Por ejemplo, si en una ley o reglamento se regula (y se reconoce como único válido) un concreto método –de los varios admitidos por la ciencia médica- para realizar por la policía los controles de alcoholemia se está tomando una decisión normativa perfectamente aceptable sobre la validez de determinados medios de prueba. Obviamente en el caso de la prueba del dolo –mucho más complejo- no se trata de reclamar una actuación legislativa, sino una elaboración judicial de criterios.

Como se ha expuesto a lo largo de las anteriores páginas, *El dolo eventual* aborda de *manera valiente e imaginativa algunos de los principales problemas del eterno debate sobre los contornos del concepto de dolo*²⁴. La fundamentación es muy sólida y muchas conclusiones son convincentes: particularmente resulta muy atractiva la visión del dolo como concepto normativo que debe determinarse a partir de los fines del Derecho penal, la explicación de su tratamiento jurídico a partir de aquello que el hecho doloso comunica y la desvinculación del dolo de determinados estados mentales, es decir, la constatación de que hay casos que merecen ser tratados como dolosos pese a faltar en ellos la representación actual de los elementos del tipo. Es admirable, además, la capacidad del autor de fundamentar muchas de sus posiciones en conocimientos no estrictamente jurídicos -como las aportaciones, entre otras, de la filosofía de la ciencia, la sociología o la filosofía de la mente- y de hacerlo con la virtud -no siempre frecuente- de lograr que tales aportaciones resulten comprensibles para un jurista medio.

Sin embargo, y como ya se ha expuesto, *el trabajo deja abiertos algunos interrogantes*. Más en concreto, la obra suscita dudas al excluir de lo doloso actuaciones conscientes (e intencionadas) creadoras de riesgos cuantitativamente escasos pero no irrelevantes; y al incluir en el dolo los supuestos de ausencia de representación -no imputable a motivos especialmente reprochables- en los casos de riesgos elevados y evidentes. Como ya se ha expuesto, parece complicado afirmar que en términos comunicativos el contenido de los primeros hechos -y la consiguiente necesidad de sanción- sea el propio de la imprudencia y el de los segundos el propio del dolo.

La excelente monografía de PÉREZ BARBERÁ no zanja ciertamente el debate -¿acaso alguna obra será capaz de hacerlo?- pero *contribuye de una manera decisiva a centrar la discusión, cerrando aquellos caminos que claramente no llevan a ninguna parte y señalizando aquellas otras rutas que en el futuro valdrá la pena continuar explorando*. Entre éstas, una por la que tal vez algunos lectores no podrán dejar de preguntarse cuando acaben de leer el libro: ¿y si la solución al problema estuviera en acabar con la clásica distinción entre dolo y culpa?

²⁴ La presente monografía dedica sus páginas finales (pp. 813-814) a esbozar una última conclusión que es la consecuencia natural de los anteriores argumentos: para una postura que entiende que la afirmación del dolo se basa en un juicio objetivo no tiene ya ningún sentido mantener la clásica distinción entre tipo objetivo y subjetivo o imputación objetiva y subjetiva. En el trabajo se propone sustituir esta tradicional partición por la que distingue entre “tipo de explicación” y “tipo de imputación”, el primero consistente en la selección de los datos empíricos relevantes para explicar el suceso y el segundo conformado por los criterios -entre ellos el dolo y la culpa- que permiten atribuir tal suceso a un determinado individuo. Se trata, en todo caso, de una propuesta que excede de los límites de la investigación y que Pérez Barberá simplemente apunta.