

El estado de libertades y la normativización del dolo.

¿Una frontera entre la ~~imprudencia~~ enemistad al Derecho y ~~el dolo~~ la ausencia de amistad en el Derecho? Análisis de la “ceguera ante los hechos”

Martínez, Agustina Lara¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Descripción sucinta del estado del arte en materia de la discusión binómica “dolo vs. imprudencia”. Planteamiento de casos tradicionales; III.- Hacia el abandono del dolo como estado mental: la ceguera ante los hechos, (un) problema y (algunas) propuestas de resolución; IV.- Conclusiones preliminares

RESUMEN: La conceptualización y delimitación del concepto de “dolo” e “imprudencia” es un debate clásico e inacabado en la dogmática penal. En razón de ello, en este ensayo me propongo analizar la “frontera” entre lo que tradicionalmente se conoce como dolo e imprudencia a partir del análisis de casos problemáticos de “ceguera ante los hechos”. Entonces, en este artículo voy a resolver el siguiente interrogante: ¿Puede corresponder a criterios netamente objetivos la distinción entre dolo e imprudencia? Con tal propósito, tomaré como base el cuestionamiento de Pawlik en su obra *“Ciudadanía y Derecho Penal”*: “¿Pero en

¹ Abogada (UBA) con orientación en Derecho Penal. Maestranda en Derecho Penal (UBA). Auxiliar de segunda por concurso de la materia “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, cumpliendo funciones en la asignatura “Teoría General del Delito y Sistema de la Pena” (CPO) a cargo del Dr. Marcelo D. Lerman, cátedra del Dr. Marcelo A. Sancinetti. Mail de contacto: agustinalaramartinez@gmail.com

qué consiste el elemento cualificante? ¿Y coincide realmente la frontera entre enemistad al Derecho y ausencia de amistad con la tradicional distinción entre dolo e imprudencia?”

PALABRAS CLAVE: Pawlik – dolo – imprudencia - estado de libertades - ceguera ante los hechos

I.- Introducción

Un grupo de diez robustos jóvenes boxeadores al salir de un boliche bailable embisten con patadas y puñetazos contra un joven “A”, por cierto, desconocido y sin motivo aparente, que a simple vista era notorio que su condición física era más débil. Cuando “A” cae en el piso, la patota no para de pegarle, incluso con patadas en la cabeza, como si fuese una bolsa de boxeo. Ninguno de los sujetos tenía intención de matar a “A”, y, al igual que en anteriores peleas sin víctimas fatales, el motivo parecía ser únicamente demostrar su “hombría”. “A” finalmente muere a causa de los golpes incesantes.

La conceptualización y delimitación del concepto de “dolo” e “imprudencia” es un debate clásico e inacabado en la dogmática penal. En razón de ello, en este ensayo me propongo analizar la “frontera” entre lo que tradicionalmente se conoce como dolo e imprudencia a partir del análisis de casos problemáticos de “ceguera ante los hechos”, como el planteado en el párrafo precedente. Como punto de partida, huelga destacar que la diferencia y el límite entre ambas categorías analíticas radica en si determinados elementos forman parte o bien de la imprudencia o bien son constitutivos de dolo.

Entonces, en este artículo voy a resolver el siguiente interrogante: ¿Puede corresponder a criterios netamente objetivos la distinción entre dolo e imprudencia? Con tal propósito, tomaré como base el cuestionamiento de Pawlik en su obra “*Ciudadanía y Derecho Penal*”: “¿Pero en qué consiste el elemento cualificante? ¿Y coincide realmente la frontera entre enemistad al Derecho y ausencia de amistad con la tradicional distinción entre dolo e imprudencia?”²

En rigor, el camino e hipótesis del cual partiré es, en un primer plano: ¿Puede la normativización del dolo coadyuvar a fin de establecer un criterio objetivo para

² PAWLIK, M. (2016). *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona: Atelier, p. 141.

trazar la frontera entre el dolo y la imprudencia? Y, en un segundo plano, ¿puede particularmente en aquellos casos de ignorancia deliberada o ceguera ante los hechos brindar una respuesta que calme las aguas en la academia jurídico-penal contemporánea?

En tal sentido, la discusión —si bien abordada por vasta doctrina y jurisprudencia— guarda actualidad en tanto el Código Penal argentino carece de una norma, una referencia expresa en su parte general acerca del actuar doloso, o en su defecto, los elementos constitutivos. Así las cosas, tampoco en el sistema penal alemán el StGB contiene una cláusula general por la cual se defina el contenido del dolo y de la imprudencia, aunque sí contiene una cláusula relativa al error de tipo, bajo la cual podría extraerse que la frontera entre el dolo y la imprudencia se encuentra en el conocimiento/desconocimiento de las circunstancias fácticas.

II.- Descripción sucinta del estado del arte en materia de la discusión binómica “dolo vs. imprudencia”. Planteamiento de casos tradicionales

Las clásicas posturas sobre este tópico pueden resumirse en: las **teorías de la representación** y las **teorías de la voluntad**. La primera de ellas pone el foco en el elemento cognoscitivo; en otras palabras, define el dolo según la representación que tuvo el autor respecto del peligro —o la probabilidad— de producir el resultado mediante su acción. La segunda, considera que el elemento distintivo del dolo es el volitivo, esto significa que no definen al dolo por lo que el autor sabe, sino por una determinada actitud interna hacia el bien jurídico.³

Por su parte, en base a las teorías de la voluntad, el dolo eventual es entendido como representación de la probabilidad de producir un resultado típico y asentamiento —o conformismo— por parte del autor de dichas circunstancias. Por otro lado, definiría a la imprudencia consciente como representación de la probabilidad de producir el resultado típico, pero el autor confía —o desea— en que éste no se producirá.

De este modo, a fin de sistematizar sucintamente el estado del arte en la cuestión, realicé el siguiente gráfico de mi autoría:

³ SANCINETTI, M. (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 162.

Teorías		Concepto	Críticas
Teorías de la representación / cognitivas	Teoría de la posibilidad	Afirma el dolo eventual cuando el autor reconoce la posibilidad concreta de una realización del tipo y actúa a pesar de ello.	Se amplía demasiado el ámbito de aplicación del dolo. Habría que partir de un actuar doloso, por ej en el tránsito vial. Dada la peligrosidad en relación con la realización del tipo.
	Teoría de la probabilidad	El autor se ha representado como probable la realización del tipo (lesión al bien jurídico).	
Teorías de la voluntad	Teoría de la indiferencia	Hay dolo eventual si el autor reconoce la posibilidad de realización del tipo, pero, como consecuencia de su indiferencia ante el bien jurídico protegido, actúa igual.	Según Jakobs la teoría del consentimiento en rigor de verdad “ <i>apunta a una delimitación intelectual vergonzante, y son idénticas, salvo en lo referido a su proceso de fundamentación a las teorías meramente cognitivas</i> ”. ⁴
	Teoría del consentimiento	Exige para el dolo eventual que el autor “apruebe” internamente la realización del tipo que considera como posible y no totalmente remota y asumirla aprobándola. Existe imprudencia consciente cuando el autor confía seriamente y no sólo vagamente en que la realización del tipo legal no se producirá.	Según Schmidhäuser la forma en la cual la doctrina dominante ha abordado el dolo adolece un defecto inicial en tanto “(<i>...</i>) <i>intenta resolver los casos utilizando un concepto cotidiano de dolo equivalente a voluntad o intención</i> ”. ⁵ <i>La regulación del §16 StGB del error de tipo solo permite “afirmar que la división ‘dolo-imprudencia’ tiene como base la dicotomía ‘conocimiento-desconocimiento’ de las circunstancias típicas</i> ”. ⁶

Elaboración propia.

Sin embargo, no es objeto de este artículo analizar exhaustivamente las diferentes vertientes sobre los límites entre el dolo y la imprudencia. Ahora bien, autores como Puppe⁷ y Struensee⁸ han esbozado que no necesariamente la presencia de un elemento no doloso conduce *per se* a la imputación imprudente, y

⁴ RAGUÉS I VALLÉS, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch Editor, p. 89.

⁵ RAGUÉS I VALLÉS, R. (1999). *op. cit.*, p. 90.

⁶ RAGUÉS I VALLÉS, R. (1999). *op. cit.*, p. 90.

⁷ PUPPE, I. (2016). *El Derecho penal como ciencia: Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Buenos Aires: Euros editores, p. 200.

⁸ STRUENSEE, E. (2009). “Consideraciones sobre el dolo eventual”, *InDret*, 4/2009, p. 3.

que la delimitación debería hacerse sobre los comportamientos dolosos —excluyendo aquellos que no lo sean—.

Va de suyo que un análisis *in extenso* fue realizado por Sancinetti en su tesis doctoral “*Teoría del delito y disvalor de acción*”.⁹ No obstante, huelga exponer dos casos que suscitan discusiones doctrinarias y a partir de los cuales es posible desarrollar esta cuestión:

(a) El conductor apurado: un conductor “C” que quería volver a su casa rápidamente a la madrugada, decide pasar en rojo un semáforo, pensando que como era tarde, no iba a venir otro vehículo del lado contrario. No obstante, “C” choca con un auto “A” que circula por la vía perpendicular. “A” muere producto del choque.

(b) La fiesta trágica: en un pueblo pequeño, se organizaban fiestas populares. “D”, dueño de un granero, lo prendió fuego para cobrar el seguro contra incendios y poder comprarse una casa en la ciudad. Sin embargo, se arrepiente y no reportó los daños a la aseguradora. Mientras tanto, durante la fiesta, un vagabundo “V” (quien anteriormente durmió en reiteradas ocasiones en el granero de “D”, estando éste al tanto de la situación) se hallaba pernoctando en el establecimiento dado que se volvió temprano de la fiesta. Ahora, ¿ha actuado “D” dolosamente? Si él al menos era consciente o contaba con que “V” podía encontrarse en el granero en el momento del incendio.¹⁰

Resoluciones tipo:

(a) El conductor apurado: el primer caso, podemos encuadrarlo o denominarlo como “*problema de la confianza*”. Ramon Ragués I Vallès, al tratar una *fattispecie* de características similares sostiene que el autor, en rigor de verdad, nunca dejó de representarse que estaba realizando una conducta peligrosa (imputación objetiva), aunque, *prima facie* responsabilizarlo como homicidio doloso (cfme. art. 79 del CP) resultaría desproporcionado y excesivo.¹¹

Sin embargo, es posible destacar en la doctrina dos posturas y posibles soluciones al caso en cuestión. En primer lugar, autores como Welzel y Stratenwerth sostienen que la confianza únicamente es relevante para que el sujeto

⁹ SANCINETTI, M. (1991). *op. cit.*, pp. 162-181.

¹⁰ Caso con modificaciones, *vid.*, WESSELS, J.; BEULKE, W.; SATZGER, H. (2018). *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*. Breña: Instituto Pacífico, p. 131 nm. 302.

¹¹ RAGUÉS I VALLÉS, R. (1999). *op. cit.*, p. 98.

no deje de representarse el riesgo creado a partir de su conducta. No es suficiente con un mero conocimiento, sino que éste debe ser “cualificado”.

En segundo lugar, autores cognitivistas como Schmidhäuser sostienen que en la constelación de casos en los que el sujeto no dejó de representarse un grado de riesgo la confianza debe tener relevancia; en otras palabras, tiene que provocar una “eliminación mental” de la representación del riesgo, esto es, de la posibilidad de realización del tipo por parte del sujeto.¹² Según este autor, y Frisch, el límite entre el dolo eventual y la imprudencia consciente no es que el agente conozca la peligrosidad de su conducta, sino el análisis *in casu* (de las circunstancias concretas).¹³

(b) La fiesta trágica: en este caso, también clásico de los manuales de Derecho penal, se pueden esbozar distintas conclusiones dependiendo en qué teoría nos enrolemos. Según Wessels, no se configura el dolo eventual por el simple hecho de que E consideró posible la presencia de L en el granero. No es posible deducir la aceptación del resultado de la mera consideración de la posibilidad que acaezca. En el caso (variante) que E confiaba que L no se encontraba en el granero, solo podría tenerse en consideración una imprudencia consciente.¹⁴

Por su parte, Schmidhäuser en estos casos utiliza el recurso de las “eliminaciones mentales”, de la representación de la posibilidad de realización del tipo por parte del sujeto. En la misma línea se encuentra Frisch; ambos autores coinciden en que la frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, al igual que en el caso (a) es que el sujeto conozca la peligrosidad de su conducta en las circunstancias concretas. Schmidhäuser destina la discusión de dolo vs. imprudencia al ámbito del merecimiento de la pena. En tal sentido, afirma que la delimitación del campo del dolo “(...) *debe afirmarse en aquellos casos en que el autor no está seguro de la lesión del bien jurídico, pero advierte la concreta posibilidad de que ésta se produzca y, sin embargo, actúa, pues también en estos casos se decide de modo consciente por dicha lesión*”.¹⁵

III.- Hacia el abandono del dolo como estado mental: la ceguera ante los hechos, (un) problema y (algunas) propuestas de resolución

¹² RAGUÉS I VALLÉS, R. (1999). *op. cit.*, pp. 91-92.

¹³ RAGUÉS I VALLÉS, R. (1999). *op. cit.*, p. 94.

¹⁴ WESSELS, J.; BEULKE, W.; SATZGER, H. (2018). *op. cit.*, p. 144 nm. 339.

¹⁵ Cita indirecta de RAGUÉS I VALLÉS, R. (1999). *op. cit.*, p. 91.

En la doctrina mayoritaria, el dolo se compone de dos elementos: uno cognitivo y otro volitivo. Este último, adopta la forma de “consentimiento”, “aprobación” o “conformidad”, entre otros. Sin embargo, el problema que suscita en el dolo eventual es que prevalece el elemento cognitivo, es decir, se sufre con una representación de un nivel importante de riesgo de la conducta realizada por el autor.

La pregunta que se realizan muchos autores, y en esta línea Pawlik, es si la determinación del concepto de dolo y, consecuentemente, la delimitación de la imprudencia, son cuestiones *genuinamente psicológicas*. Así, el famoso “Caso de la correa de cuero” del Tribunal Supremo Federal (BGH) se plantea en pos del abandono del dolo como estado mental (es decir, renuncia al elemento volitivo) a favor de la normativización del dolo. A su vez, en esa sentencia, se reformuló el elemento volitivo como “aprobar en sentido jurídico” para la configuración del dolo eventual.

Específicamente, los supuestos de *ceguera ante los hechos* —*Tatsachenblindheit*— describen situaciones en las cuales “un sujeto podía haber obtenido determinada información pero, por razones muy diversas, ha preferido no adquirirla y mantenerse en un estado de incertidumbre”.¹⁶ Un caso, de ceguera ante los hechos es: “V”, vendedor ambulante, vende alimentos en mal estado que causan enfermedades, pero él, no repara en este hecho ya que constantemente cambia su lugar de venta; *ergo*, no le interesa.

En la doctrina dominante, se los considera, sin más, imprudentes, cuando en rigor hay casos de esta índole que son *borders*¹⁷ —v.gr. si consideramos, como en el caso *ut supra* del vendedor ambulante, que el comportamiento ante el Derecho de manera indiferente sea constitutivo de dolo—. ¹⁸ De esta forma, en la praxis suscitan casos que importan diferentes *quantums* de peligro, esto es, desde el punto de vista del grado de implicación subjetiva del agente. Así, surgen dos “estándares” o más bien problemáticas a la hora de diferenciar las fronteras entre el dolo y la imprudencia:

¹⁶ RAGUÉS I VALLÉS, R. (2013). “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”, *Discusiones*, n° 13, 2, p. 11.

¹⁷ PÉREZ BARBERÁ, G. (2017). “Ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada: hacia una reconstrucción inferencial del concepto de dolo”, en Ambos, K.; Malarino, E.; y Pastor, D. (dirs.) (2017). *Pena e imputación*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 221.

¹⁸ JAKOBS, G. (2004B). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Civitas, p. 32.

a) ¿Es realmente igual de grave quien es plenamente consciente de su conducta o tiene intención respecto de aquel que únicamente realiza un comportamiento peligroso sin desear el resultado lesivo o quien solo lo plantea como posible?

b) ¿Cómo se resuelve un caso en el que el agente evitó adquirir los conocimientos mínimos que requieren el dolo eventual (ignorancia deliberada)?

Para resolver estos interrogantes, expondré las posturas de Jakobs, Sancinetti y Pawlik sobre esta cuestión:

a) **La “indiferencia” de Jakobs**

Uno de los aportes más relevantes en relación con la normativización del concepto de dolo fue realizado por Jakobs, quien puso de relieve aquellos supuestos de ceguera ante los hechos como punto angular de la discusión. De este modo, lo grafica mediante el siguiente caso: *“Quien manipula alquitrán y por un nerviosismo comprensible no piensa que podría ensuciar cosas ajenas, puede no haberse dado cuenta asimismo que también sus propias cosas se encuentran en peligro —si no sobrevive una poena naturalis, en cualquier caso, sí amenaza—”*.¹⁹

Así las cosas, Jakobs postuló que la legislación alemana contenía una manifiesta inconsistencia. En este sentido, el §16 del StGB, que regula el error de tipo, dispone la exclusión del dolo en los casos en los cuales el sujeto activo desconozca alguna de las circunstancias perteneciente al tipo legal. Por su parte, el §17 del StGB, atinente al error de prohibición, establece que si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar, entonces actúa sin culpa si el autor no pudo evitar ese error. Caso contrario, si pudo evitarlo, entonces puede atenuarse la pena (facultativamente), conforme al §49 inc. 1 del StGB. Sobre esta base Jakobs advierte que: *“el autor que, por indiferencia, no registra una consecuencia nociva que tiene que ver con su conducta, responde, en todo caso, por imprudencia, mientras que el autor escrupuloso que registra con cuidado todo riesgo no permitido sufre la pena por el delito doloso”*²⁰, lo cual generaría desde su óptica una contradicción.

En otras palabras, si un sujeto desconoce completamente —es decir, no se lo representa— una situación fáctica por “indiferencia hacia el derecho” —ceguera ante los hechos—, tendrían una consecuencia penal más benigna, en tanto

¹⁹ JAKOBS, G. (2004B). *op. cit.*, p. 82.

²⁰ JAKOBS, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid: Civitas, p. 56.

corresponde aplicarles una pena por delito imprudente, o su impunidad en los casos que no existiera la configuración imprudente para ese delito en particular.²¹

Tiempo después, el autor matiza su postura en relación con los casos de ceguera ante los hechos que importen alto *quantum* de peligro sean responsabilizados como conductas imprudentes, y expuso que en base al §16 del StGB “(...) *la culpabilidad no existe porque concurran 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 otros modos o formas que lo pongan de manifiesto*”.²²

Jakobs introduce la noción de “la indiferencia” a fin de efectuar una objeción a la legislación alemana. Para este autor, la mayor diferencia entre la “imprudencia” y la “indiferencia” es que, por un lado, en la primera, el autor si hubiera sido avisado de su posible error *ex ante*, modificaría su conducta y no se hubiera producido el resultado lesivo; por el otro, el autor que realiza su conducta con “indiferencia”, de ser avisado de su error respondería “¿y qué?” a pesar de que fuese manifiestamente evidente.²³

En base a la tesis que postula este autor, cabe destacar que no debería tener la misma relevancia social y jurídica, ni el mismo tratamiento estos dos supuestos. Podría decirse que, al primer sujeto no se le puede atribuir penalmente su responsabilidad; mientras que el segundo está efectuando un ataque al ordenamiento jurídico equivalente al realizado con cualquier clase de dolo. La indiferencia, en la tesitura de Jakobs, pareciera obrar como un criterio orientador que coadyuva a delinear la frontera entre el dolo y la imprudencia.

Más aún, si una persona realiza acciones sin tener en cuenta la representación mental de los hechos, podría igualmente ser responsable de un comportamiento grave, especialmente si su falta de conocimiento se originó debido a la indiferencia hacia el sistema legal. A fin de ilustrar aquellos casos de “indiferencia”, Jakobs lo grafica mediante el ejemplo de un sujeto que dirige su auto a gran velocidad contra un vallado de las fuerzas de seguridad, desconociendo si detrás de éste hay un efectivo policial.²⁴

²¹ JAKOBS, G. (1995). Derecho penal. Parte general. Madrid: Marcial Pons, pp. 313-314.

²² JAKOBS, G. (2004A). “Indiferencia como dolo indirecto”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.; LÓPEZ BARJA, J. (coords.) (2004). *Dogmática y Ley Penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid: Marcial Pons, tomo I, p. 347.

²³ JAKOBS, G. (1997). “El lado subjetivo del hecho”, en JAKOBS, G. (1997). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 7.

²⁴ JAKOBS, G. (2004A). *op. cit.*, p. 347.

No obstante, el interesante desarrollo doctrinario del profesor alemán no escapa a las críticas de otros sectores de la academia. Así las cosas, Ragués I Vallès considera que Jakobs incurre en lo que él denomina una *falacia normativista*.²⁵ Para este autor, es cuestionable la utilización de la noción de “indiferencia”, en tanto es contradictorio en términos teóricos dejar de exigir un elemento psicológico como el conocimiento pero al mismo tiempo verificar otro elemento interno como lo es la indiferencia. Esta observación, a *prima facie* parece válida porque puede llevar a un problema conceptual o de terminología que en rigor de verdad impliquen siempre en su interior la utilización de criterios subjetivos para diferenciar el dolo de la imprudencia. En el caso de Jakobs, lo que resulta finalmente es que debería probarse ya no si el autor actuó con “conocimiento” sino que “no haya sido indiferente” en su accionar.

En igual sentido, Pérez Barberá, si bien se encuentra en el mismo sendero doctrinario que Jakobs y Pawlik, ha esbozado categóricamente que: “(...) *la indiferencia, en tanto motivo, es una disposición interna y, por tanto, un estado mental; es decir un dato tan ontológico –y psicológico– como el conocimiento. Fundamentar el dolo, sin más, en la motivación del agente, resulta entonces cuanto menos problemático en el marco de un esquema en el que, como se ha visto, la crítica al psicologismo dominante aparece como un punto de partida de central importancia*”.²⁶

b) La “**incorrección axiológica**” de Sancinetti

En los casos de ceguera ante los hechos, Sancinetti difiere de Jakobs. *Prima facie*, el autor rechaza la noción propuesta por la doctrina de “ceguera de hecho”, en tanto considera que es un esfuerzo de Mezger y Hall por penar el error evitable de prohibición sin dejar de abandonar la teoría del dolo.²⁷

Para este tema, este autor afirma que el quiebre axiológico se da inversamente, esto significa, en aquellos supuestos que se quiera equiparar a una conducta dolosa a quien “conoce de menos”,²⁸ en razón de una ceguera de hecho a la inversa (esto

²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, R. (2020). “¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi”, *En Letra: Derecho Penal*, n° 11, p. 78.

²⁶ PÉREZ BARBERÁ, G. (2021). “¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada”, *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, n° 11, p. 130.

²⁷ SANCINETTI, M. (1995). “¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs?”, *Lecciones y Ensayos*, n° 62, p. 65.

²⁸ SANCINETTI, M. (2004). *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 324.

es, una tentativa por burda insensatez). Por ejemplo, si el autor creía poder matar a un hombre soplando con fuerza una cerbatana que había cargado con granos de arroz, pero alguien cambió el cargamento por pequeños dardos con veneno. El autor irreal sopla y mata.²⁹ En este caso, no se le puede imputar la muerte dolosa. Su representación (contenido subjetivo) debió ser juzgada como era “una tentativa por burda insensatez” o incluso ni siquiera eso.³⁰ En esta constelación de casos, la imposibilidad de atribución de responsabilidad dolosa resultaría en la imposibilidad de deshacer lo que se ha hecho ilegalmente, ya que estaría basado en la misma falta de conocimiento que se le negó la posibilidad de revocación.³¹

No obstante, el autor está dispuesto a aceptar la posibilidad de equiparar dicha situación, aunque sin hacer referencia explícita a la ruptura axiológica mencionada, cuando el responsable del acto emite un juicio completamente irracional, una especie de intento irreal o supersticioso, basado en la creencia natural de poder deshacer su conducta.³² A pesar de ello, concluye que los casos de “ceguera de hechos” deben ser considerados como comportamientos negligentes, siempre y cuando no exista un delito doloso de peligro que englobe el síndrome de riesgo representado por el agente.³³

c) “El delito como un injusto del ciudadano” de Pawlik

Según Pawlik, la función del Derecho Penal es garantizar el estado de libertades vigentes. La pena es la respuesta al injusto penal, el cual consiste en la infracción del deber de cooperación frente a la comunidad en Derecho. La legitimidad del deber de cooperación, está basada en la idea de libertad. Desde esta óptica, las conductas imprudentes reflejan una “falta de amistad al derecho”, mientras que las dolosas son una expresión de “enemistad al derecho”.³⁴ Por lo tanto, según este autor, el dolo no es ni más ni menos que imprudencia calificada, en sus palabras, un plus y no un aliud respecto de la imprudencia.³⁵ En este sentido, el sujeto enemigo del Derecho: “(...) *no se distingue por haber querido el resultado, sino por no haberse motivado al cumplimiento de la norma cuestionada por su conducta pese a que*

²⁹ SANCINETTI, M. (1995). *op. cit.*, p. 65.

³⁰ SANCINETTI, M. (1995). *op. cit.*, p. 65.

³¹ SANCINETTI, M. (2004). *op. cit.*, pp. 325-327 y 345-346.

³² SANCINETTI, M. (2004). *op. cit.*, pp. 326-327.

³³ SANCINETTI, M. (2004). *op. cit.*, p. 349.

³⁴ PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, pp. 140-141.

³⁵ PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, p. 148. A mayor abundamiento, *vid.*, PUPPE, I. (2010). La distinción entre dolo e imprudencia, Buenos Aires: Hammurabi, p. 35.

debía racional y exigiblemente reconocer que con ella creaba un peligro no permitido cualificado para la posición jurídica protegida por aquella norma".³⁶

Pawlik hace una relectura a la teoría de la representación. Debe conocerse lo que el agente "tenía que haber poseído de forma racional y exigible".³⁷ De esta forma intenta renunciar definitivamente al elemento volitivo del dolo,³⁸ en tanto considera que una teoría de la representación concebida psicológicamente se ve imposibilitada de superar las incorrecciones de la teoría de la voluntad.³⁹

La observación que realiza Pawlik es que también parece contradictorio que un autor irreflexivo que reconoce ciertamente el peligro de que el resultado se produzca pero no lo toma en serio, excluye el dolo, al menos en las tesis mayoritarias. *Contrario sensu*, un autor que, frente el mismo peligro, cuente con un desenlace desafortunado.

Como bien afirma Pawlik:

"(...) una teoría de la representación concebida psicológicamente no puede combatir las incorrecciones de la teoría de la voluntad que resultan de la ausencia de un correctivo normativo, sino que simplemente las extiende del componente volitivo al componente intelectual. La teoría de la representación psicologizante choca con sus propios límites allí donde el autor ciertamente adquiere consciencia de las circunstancias que fundamentan el peligro, pero las valora incorrectamente por su culpa y por ello únicamente aprecia un peligro abstracto allí donde en realidad se da una situación de elevado peligro concreto (...) la cuestión no puede depender de la valoración del riesgo efectuada por el propio agente. Una representación de posibilidades suficientemente substanciada no puede operar en descargo del autor por el hecho de que este, o bien no reflexione en absoluto sobre la magnitud del riesgo, o bien considere irreflexivamente su realización como improbable. Lo decisivo es solo si su conducta, interpretada como conducta de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser".⁴⁰

Las objeciones efectuadas por Ragués I Vallès fueron las siguientes: (i) cuál es el motivo por el cual los delitos dolosos e imprudentes tienen distinta escala penal (y aún más, los delitos imprudentes no suelen estar tipificados); (ii) Según Pawlik para distinguir dolo e imprudencia hay que recurrir a un criterio objetivo (peligrosidad extrema, y que prescinda de lo que se representó el autor), cómo se

³⁶ PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, p. 142.

³⁷ PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, p. 142.

³⁸ PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, p. 143.

³⁹ PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, p. 143.

⁴⁰ PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, pp. 143-144.

resuelven los casos en los que “(...) *el autor pese a crear un riesgo mínimo de lesión de un bien jurídico, lo hace de forma absolutamente intencionada, buscando y consiguiendo el resultado lesivo*”.⁴¹

Silva Sánchez, por su parte, efectúa dos principales críticas a la tesis de Pawlik: (i) Si la distinción entre dolo e imprudencia únicamente tiene un carácter pedagógico y no sistemático-axiológico; (ii) si la mencionada distinción entre dolo e imprudencia pertenece al análisis de la teoría del delito o de la determinación de la pena.⁴²

Pawlik dice, en respuesta a Ragués I Vallès, que si bien hay consenso en que debe reprocharse al agente que asume un riesgo mínimo con intención de dañar a otro, no tiene certeza en si esta valoración puede trasladarse al Derecho Penal. Asimismo, entiende que la noción de “dolo” e “imprudencia” son categorías analíticas, *a contrario sensu* con “reproche grave” y “reproche menos grave”. Pawlik efectúa una metáfora y sostiene que podría llamarse “elefante” al reproche más grave, y “mono” al reproche menos grave.⁴³

De este modo, Pawlik invierte el pensamiento tradicional sobre lo que caracteriza al dolo; así las cosas, ya no lo es el hecho que el agente haya conocido o querido la producción de un resultado determinado (circunstancia positiva), sino que lo definitorio será la ausencia de voluntad de omitir una determinada infracción de la norma (circunstancia negativa), la cual el autor podía reconocer racional y exigiblemente que crearía un peligro no permitido.

Es por ello que para Pawlik la cuestión de la imputación subjetiva “*no puede depender de la valoración del riesgo efectuada por el propio autor (...) Lo decisivo es solo si su conducta, interpretada como conducta de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser*”.⁴⁴

Pawlik decide cambiar el término de “indiferencia” por el de “enemistad hacia el derecho”, aunque subsisten algunas de las críticas *ut supra* mencionadas a la teoría de Jakobs. Esta circunstancia negativa mencionada, sintetizada como “la voluntad de omitir una determinada infracción de la norma” ¿No es también, un modo de imputar que se sitúa en el fuero interno del autor? ¿La ausencia o presencia de

⁴¹ PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, p. 148.

⁴² PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, p. 149.

⁴³ PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, p. 151.

⁴⁴ PAWLIK, M. (2016). *op. cit.*, p. 142.

conocimiento, o “indiferencia” si siguiésemos a Jakobs no corresponde al fuero interno al igual que la ausencia o presencia de “amistad o enemistad hacia el derecho”?

IV.- Conclusiones preliminares

El presente trabajo me permite llegar a las siguientes conclusiones:

a) Se indagó y dejó en evidencia la imposibilidad de las posturas tradicionales de solucionar determinados problemas.

b) La discusión de dolo vs. imprudencia como caras de una misma moneda constituye una discusión semántica sobre etiquetas de larga data.

c) En un caso planteado como en la introducción, pareciera que, si bien la doctrina mayoritaria únicamente imputaría por homicidio imprudente (regla impuesta para todos los casos de ceguera ante los hechos), otros autores, como Pawlik y Jakobs sí responsabilizarían por dolo eventual.

d) Es necesario repensar la forma de resolver casos de “ceguera ante los hechos” de la doctrina mayoritaria, ya que, como se ha demostrado en estas páginas, conduce en determinados supuestos a soluciones injustas.

e) El normativismo intenta evitar que en determinados casos como por ejemplo aquellos de ignorancia deliberada o ceguera ante los hechos, en los cuales el autor carece de conocimiento o voluntad, sea exonerado y no reciba un reproche doloso.

f) Acertadamente Pawlik, muestra otra alternativa posible para finalizar con la discusión de dolo vs. imprudencia, esto es, la medida del alejamiento de ese deber de cooperación que tienen los ciudadanos.

g) La tesis de Pawlik tampoco está exenta de críticas, como se ha planteado que estos conceptos que tienen el ropaje de “empíricos”, en rigor exigen una actitud interna del sujeto (la indiferencia de Jakobs o la enemistad del derecho de Pawlik).