

NUEVAS TENDENCIAS EN TORNO AL DOLO

por *MARÍA VICTORIA HUERGO*

Introducción:

El concepto del dolo y en consecuencia su posibilidad de acreditación en un proceso penal, ha sido largamente debatido en la doctrina, pudiendo advertirse que la cuestión lejos está –aun- de ser zanjada.

A medida que se fueron presentando en la práctica supuestos que eran percibidos como merecedores del máximo reproche, el concepto de dolo fue ampliando sus límites. La definición original como “conocer y querer” -que nos remite intuitivamente a los casos de dolo directo o de primer grado donde existe una plena correspondencia entre lo pensado y querido por el autor y el resultado-, se extendió al dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado -en el que autor se desinteresa de las consecuencias accesorias de la acción querida, las que sabe van a ocurrir y por ello le son atribuidas a título de dolo-. Por último, a partir del caso de la “correa de cuero” de 1955¹ se

1 BGHSt, 7,363. En este trascendente fallo del Tribunal Supremo Alemán se fijaron nuevos contornos al concepto de dolo. Los hechos versaban sobre el ataque que dos muchachos realizaron a un productor de seguros amigo de uno de ellos con la finalidad de obtener dinero. Para ello planearon en un primer momento darle pastillas para dormir, como ello no resultó el amigo del productor propuso ahorcarlo con una correa (cinturón) para luego atarlo. Advirtiendo que el plan era muy peligroso lo cambiaron por la posibilidad de golpearlo con una bolsa de arena. Uno de los imputados sin embargo llevo por las dudas el cinturón en su bolsillo. Fueron a su domicilio y aprovechando el momento en que se durmió lo golpearon sin suerte porque la bolsa se rompió. Entonces le pasaron la correa por su cuello hasta que perdió el conocimiento, lo ataron y le robaron. Al ver que no reaccionaba intentaron sin éxito reanimarlo. Ante el cuadro de situación, huyeron del lugar. El fallo del más alto tribunal alemán estableció que se puede obrar con dolo aunque el autor no desee las consecuencias en la medida en que las conozca y las acepte, para esos casos desarrolló el concepto de “aprobar en sentido jurídico” como elemento para delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente. El autor en análisis crítica el fundamento declarado de la decisión pues considera que desde ningún punto de vista puede darse por acreditada la representación de la muerte, pues en el momento exacto en que se lo representaron desistieron de la acción.

consolidaron las notas salientes del dolo eventual y su diferencia con la culpa con representación.

La división tripartita del dolo antes descrita, a la fecha es aceptada las corrientes predominantes de la ciencia jurídica².

Lo que no resulta pacífico entre los juristas es la integración del dolo. Aquí encuentro discusiones interminables pero no carentes de profundidad y complejidad, que exceden con creces el alcance de este trabajo. Estas líneas de pensamiento pueden resumirse como la minoritaria o de la representación y la mayoritaria o de la voluntad. Cabe señalar que dentro de cada una existen variantes que las diferencian³.

El elemento central que separa ambas escuelas es la consideración de la voluntad como integrativa del dolo, ya que para la primera de las corrientes este elemento no conforma la definición, que se abastece con el conocimiento de los elementos del tipo penal, y para la segunda es indispensable verificar su presencia para poder atribuirle a una acción el carácter de dolosa. Ambas líneas de pensamiento tienen algo en común y es que le asignan al dolo un contenido psicológico.

Sin embargo, existen posiciones actuales que ponen en crisis dichos conceptos, sea por negar en algunos casos la necesidad del elemento cognitivo para atribuir a un hecho el carácter de doloso o por prescindir totalmente de contenidos psicológicos (objetivación absoluta).

El presente trabajo intentará presentar una síntesis de ambas posturas.

Primera parte:

¿Dolo sin representación?

En primer lugar, abordaré las novedosas posiciones que en materia de elemento

2 Con ello hago referencia a la de raíz europeo continental de la que la latinoamericana es consecuente y los desarrollos del *common law*, ya que el esquema anglosajón contiene una gama de matices desde la forma más suave “*negligence*”, luego “*recklessness*”, “*willful blindness*”, “*knowledge*” hasta el dolo directo o “*purpose*”. Por lo tanto dichas categorías, entre otras, se encuentran contempladas. Por su parte el derecho penal asiático y africano es prácticamente desconocido entre nosotros.

3 Sintéticamente podría señalar un primer momento liderado por Feuerbach donde el dolo era equiparado a la intención. Una segunda etapa a partir de los desarrollos de Hippel y también English que describió el dolo de segundo grado y desarrolló la teoría de la indiferencia. Más modernamente Herzog y Puppe plantearon al dolo como compuesto sólo del elemento cognitivo “representación del riesgo” hasta llegar a las posiciones de las que me ocuparé en este trabajo.

subjetivo admiten en algunos supuestos la atribución dolosa a casos en los que no se ha demostrado que el agente haya actuado con conocimiento de los elementos del tipo subjetivo. Cabe señalar que el calificativo “novedosas” sólo se aplica a los países de tradición jurídica romano-germánica, pues los que comulgan con el sistema del *common law* conocen y aplican desde hace más de 100 años estas categorías imputativas. Dentro de estas posiciones se destacan las que ha difundido principalmente en los ámbitos académicos de habla hispana Ramón Ragués i Vallès, conocida como “ignorancia deliberada” –similar a la *willful blindness* anglosajona- y la elaboración realizada por Günther Jakobs denominada “ceguera ante los hechos” que fuera sostenida por sus discípulos, entre los que se cuenta al catedrático español Carlos Pérez del Valle y el profesor cordobés Gabriel Pérez Barberá cuya obra será motivo de análisis en la segunda parte del presente trabajo.

La ignorancia deliberada

Sobre este tema el trabajo tomará fundamentalmente en cuenta el libro “*La ignorancia deliberada*”⁴ del catedrático español de la Universidad Pompeu Fabra, Ramón Ragués i Vallès, quien además de pionero ha sido el que mayores aportes ha realizado a la doctrina en lengua hispana⁵.

Para un primer acercamiento brindaré una definición de esta categoría de dolo:

“Es la renuncia voluntaria del sujeto activo de un delito a adquirir los conocimientos que, en caso de haber tenido en el momento de realizar el tipo, habrían dado lugar, sin duda, a una imputación dolosa”.

Dentro de la ignorancia deliberada se advierten dos supuestos distintos. La relativa, asimilable al dolo eventual, donde es sujeto tiene una sospecha inicial y decide

4 Ragués i Vallès, Ramón, “*La ignorancia deliberada en Derecho penal*”, editorial Atelier, año 2007.

5 Transcurría el año 2009 cuando me encontraba, como novel fiscal, investigando bandas que se dedicaban a falsificar escrituras públicas para transmitir inmuebles ajenos. En ese proceso habitualmente intervenían prestanombres que firmaban cualquier documento ignorando su contenido. Podía ser un poder de venta, una compra, un préstamo hipotecario, etc. Eran simples peones de un partido de ajedrez que movía sumas millonarias. El problema a nivel imputación radicaba en que no sabían qué firmaban. Ese desconocimiento no era casual sino funcional ya que era menos comprometido para ellos y para la organización que en cada caso los convocaba que no pudieran aportar información. La dificultad estaba planteada pero en mi interior existía la fuerte convicción que ello no podía ser motivo de impunidad. En esa búsqueda dí con “*La ignorancia deliberada*”, libro que tuve que encargar a España porque todavía no se hablaba del tema por estas latitudes. A partir de ese momento seguí muy de cerca sus desarrollos aunque debo señalar que mientras fui fiscal de instrucción (hasta el 10/11/2016) no me animé a invocarlo como título imputativo prefiriendo el conocido “dolo eventual” que no calza tan bien pero genera a priori menores resistencias.

interrumpir la adquisición de conocimientos para estructurar una posible defensa posterior (ej. El transportista que recibe un bulto extraño y cobra una suma superior a la usual por trasladarlo y no pregunta que contiene). Y la ignorancia deliberada *strictu sensu* donde no se tiene ninguna idea pero por las dudas se resiste a saber (ej. quien instala un programa de computación en su correo para que remita directamente a la papelera de reciclaje su correspondencia para no enterarse eventualmente en un futuro de cualquier multa o intimación)⁶.

De la lectura del concepto se desprenden sus componentes que son: 1) ausencia de representación suficiente de todos los elementos del tipo penal. Si a pesar de tener una sospecha inicial el autor no desiste del plan merece un reproche penal equiparado al dolo. 2) disponibilidad de la información ignorada, ello quiere decir que el “mejor no saber” debe ser una elección, no una consecuencia de no saber ni poder salir de esa situación y 3) La motivación, que es el elemento central de la posición de este autor y que lo separa de Jakobs. La ignorancia debe ser un medio para procurarse la impunidad.

“...la experiencia ofrece numerosos ejemplos en los que se producen verdaderas situaciones de ignorancia deliberada. Son casos en los que el autor, pese a colmar todas las exigencias del tipo objetivo, ha incorporado a su estrategia criminal, de una u otra forma, rehuir aquellos conocimientos mínimos indispensables para apreciar, fuera de toda duda, una actuación dolosa, siquiera por la vía del dolo eventual. De esa manera, se logra evitar el tratamiento punitivo que el CP reserva a los delincuentes dolosos, para beneficiarse de una pena inferior –prevista para las infracciones imprudentes– o de la propia impunidad, si no existiera, como sucede en no pocos casos, una modalidad culposa expresamente tipificada. De lo que se trata, en fin, es de fijar los presupuestos que permitan la punición de aquellos casos de ignorancia deliberada en los que se constate la existencia de un acto de indiferencia hacia el bien jurídico que sugiera la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual en su sentido más estricto”⁷.

En cuanto al fundamento del reproche doloso se advierte la influencia del funcionalismo en el autor ya que entiende que mientras el sujeto activo doloso expresa con su hecho la negación a determinados valores compartidos en un determinado modelo

6 Sostiene Ragués i Vallès “algunos casos de ignorancia deliberada –aquí denominados de ignorancia “en sentido estricto”– son una pequeña grieta que en el sistema continental de imputación subjetiva amenaza la solidez de las bases de dicho sistema”. En *Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*, Discusiones XIII, 2014, pág 12.

7 Ragués i Vallès, Ramón, “Mejor...” op. cit. pág. 23

social, ello no se advierte en las realizaciones imprudentes, evidenciando un merecimiento de pena distinto. La pena emite un mensaje doble positivo hacia la ciudadanía y negativo a los infractores potenciales.

Ragués i Vallès, considera que en aquellos casos en los que el sujeto ha contado con una sospecha inicial de que su conducta presente o futura podía resultar lesiva para un interés penalmente relevante pero ha evidencia una necesidad de sanción similar a la de los casos de dolo eventual y desde luego superior a la negligencia.

Hay autores que rechazan este título de atribución y entienden que en estos casos debe optarse por la imprudencia. Sin embargo los defensores de la ignorancia deliberada sostienen, como se ha dicho, que imprudencia e ignorancia deliberada (dolo) poseen un distinto contenido expresivo.

La ceguera ante los hechos

A modo de introducción preliminar puede afirmarse que Jakobs trata a la ceguera ante los hechos –expresión que ya era utilizada por Mezger- como un supuesto en el que el autor no adquiere los conocimientos necesarios para la toma de decisiones porque éstos le resultan totalmente irrelevantes, habiendo decidido “*a priori*” llevar a cabo la conducta a pesar de carecer de los mismos. Se diferenciaría del desconocimiento deliberado en que el móvil de éste se encuentra en la búsqueda de impunidad, mientras que en la ceguera es el desinterés por las consecuencias lo que lleva al autor a actuar sin un mínimo de información. Expresa Jakobs:

“La indiferencia respecto al derecho, que de ordinario se traduce “sólo” como ignorancia de la ilicitud, puede derivar también en indiferencia sobre los hechos y, en consecuencia, conduce también al desconocimiento de la realización del tipo”⁸.

Jakobs afirma asimismo que el conocimiento del tipo o de la ilicitud es significativo porque expresa una actitud de deslealtad hacia el derecho. Sin embargo, dichas formas de manifestación no son las únicas posibles, una vez probada la ausencia grave de datos fundamentales para la toma de decisiones, podría eventualmente corresponderse una condena dolosa, puesto que dicha actuación expresaría indiferencia voluntaria hacia el derecho, sin que ello represente un retorno a formas de responsabilidad objetiva como el *versari in re ilícita*. Expresa el autor:

“...en consecuencia, no se coloca un fenómeno psicológico (conocimiento) al lado

8 Jakobs, Günther *Indiferencia como Dolo indirecto* en Dogmática y Ley Penal Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, pág 347. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2004.

de otro (enemistad); se argumenta normativamente, a partir de la exigencia de fidelidad jurídica, incluso el conocimiento constituiría, desde esta perspectiva, únicamente el indicio de la existencia de un déficit, precisamente de fidelidad jurídica⁹.

Establece que entre las categorías de ceguera de los hechos e imprudencia, existe un punto de partida común: el de tener el autor, al momento de actuar, un contexto de conocimiento incompleto, pero en el primer caso –ceguera- ello no se debe a un descuido sino a lo irrelevante que para su decisión resulta dicho conocimiento. Cuando Jakobs se refiere a una base fáctica sobre la que el individuo actúa, quiere expresar que el ser humano a lo largo de su vida va progresivamente incorporando conocimientos que le permiten desenvolverse, a ello se lo denomina conocimiento abstracto, lo que conforma la plataforma de conocimientos que cualquier persona debe poseer para su llevar a cabo su actividad diaria. En muchos supuestos de ceguera, si bien se encuentran ausentes los detalles, estos conocimientos generales -base fáctica- podrían satisfacer las exigencias del tipo, excluyéndose por falta de conocimiento “...solamente cuando la voluntad no se pueda poner en evidencia mediante la normalidad abstracta de la consecuencia”¹⁰.

Si bien el desarrollo de Jakobs no resulta plenamente asimilable a la ignorancia deliberada, justifica que se lo haya descripto someramente, pues poseen –por lo menos- dos puntos de contacto, a saber: se trataría de supuestos en los que quien actúa carece de representación, por lo que se encontraría ausente –o incompleto- el elemento cognitivo del dolo y porque en ambos casos existe un sentimiento, en la conciencia social de la población, de que dichas maneras de actuar son merecedoras de un reproche más intenso que el correspondiente a la imputación culposa, ni qué decir cuando la consecuencia resulta lisa y llanamente la impunidad por atipicidad., lo que el autor bajo análisis considera un beneficio injustificable.

La silenciosa inclusión de ignorancia deliberada y la ceguera ante los hechos en nuestra legislación

Previo a tratar los dos supuestos que a mi criterio ponen de manifiesto que estas formas de imputación conviven con nosotros hace tiempo, me detendré a señalar porqué

9 Jakobs, Günther *Dolus Malus*, pág. 5 en In Dret *Revista para el análisis del derecho* www.indret.com, octubre de 2009.

10 Yu-Han-Su, *Indiferencia como dolo* en *El Sistema Penal Normativista en el mundo contemporáneo en Libro Homenaje al Profesor Günter Jakobs en su 70 aniversario*, Eduardo Montealegre Lynett José Antonio Caro John (editores) Universidad Externado de Colombia, pág. 432

entiendo que resultan compatibles con nuestro Código Penal. Para ello me apoyaré principalmente en un trabajo anterior de mi autoría del que se tomarán los aspectos esenciales, por lo que para un análisis exhaustivo me remito al mismo en honor a la brevedad¹¹.

Debemos partir de que nuestro Código Penal no contiene una definición, de allí que han sido los juristas los encargados de perfilar su contenido y elegir la norma –dentro de las existentes- que le diera apoyatura. Algunos entienden que la base legal del dolo surge del art. 34 inc.1 (Soler, Nuñez, Fontán Balestra y Molinario) mientras que otros la colocan en el art. 42 (Zaffaroni, Alagia y Slokar).

Para Soler, el dolo es una *“expresión técnico jurídica que no se identifica ni con representación ni con intención, en el valor natural o psicológico de éstos términos”*¹². Afirma que, por la forma en que ha sido redactado el art. 34 inc. 1, bastaría con la presencia de la conciencia de la criminalidad del acto –representación de lo que el acto significaba objetivamente- o la dirección de la acción- haberlo querido, a partir de dicha representación-, para considerar la existencia de dolo. Ejemplifica con supuestos donde sólo se presentaría un elemento, a saber, en el dolo eventual existiría comprensión de la criminalidad y habría ausencia de dirección de las acciones, mientras que el dolo de ímpetu representa la situación subjetiva de quien dirige su acto sin comprender en concreto lo que hace, aun teniendo capacidad de comprender¹³, culminando con la siguiente definición *“...existe dolo no solamente cuando se ha querido un resultado, sino cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado”*¹⁴ y hay dolo eventual *“...cuando, la convicción de la necesidad del resultado previsto como posible no habría hecho desistir al autor”*¹⁵. Como dije precedentemente, Zaffaroni, por el contrario, extrae el concepto de dolo del art. 42 del C.P. Contra la selección de esta norma como base legal del dolo se han alzado voces como la de Laporta quien lo ha refutado en los siguientes términos: *“Y tampoco es plausible afirmar que el contenido del elemento volitivo del dolo, viene dado por el derecho positivo, afirmándolo a partir de la definición de tentativa, pues es bastante dudoso que incluso la definición de dolo pueda desprenderse de la definición de tentativa, todo ello por varias razones. En primer lugar porque resultaría asistemático, si es que nos casamos de*

11 Huergo, María Victoria, *“Reflexiones en torno a la doctrina de la willful blindness”* en [http://www.ciidpe.com.ar/area1/willful blindness Huergo.pdf](http://www.ciidpe.com.ar/area1/willful%20blindness%20Huergo.pdf) Año 2009.

12 Soler, Sebastian, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Ed. TEA Bs. As. 1951, pág 99

13 Soler, Sebastián, op.cit. pág. 112 nota parte final.

14 Soler, Sebastián, op.cit.. pág. 115.

15 Soler, Sebastián, op.cit.. pág. 135 donde aclara que se trata de la fórmula de Frank.

afirmar que el error es la contratara del dolo, que sea una norma la que define el error (art. 34.1 C.Pen.) y otra la que define el dolo...”¹⁶

Sancinetti considera que si bien la mayor parte de los supuestos de ceguera deberían quedar comprendidos en el concepto de imprudencia, la redacción actual del Código no excluye su aplicación. *“El art. 34, inc 1 C.P. a) establece expresamente el efecto de la impunidad, sólo para quien haya obrado por error o ignorancia de hecho no imputable, por el que no haya podido...comprender la criminalidad del acto. Los efectos de cualquier otro error (“imputable” o que no sea “de hecho”) han sido elaborados tradicionalmente por la doctrina, esto es, de lege ferenda, si bien siempre en el sentido de que al menos el “error de hecho imputable” sólo fundamenta la responsabilidad por imprudencia, si existe el tipo correspondiente. Si hubiera razones materiales para parificar la “ceguera de hecho” al dolo, el Código Penal arg. no ofrecería un obstáculo insalvable para esa solución, a no ser por el concepto de dolo que puede llegar a construirse a partir de la definición de tentativa (art.42)...”¹⁷*

Pese a la existencia de consenso entre los autores citados acerca de la necesidad de que exista por lo menos el elemento conocimiento para poder imputar un hecho como doloso, nuestro Código no ofrecería reparos en su texto para la incorporación de esta nueva forma de imputación. Como dice Enrique Gimbernat Ordeig con relación a la legislación española *“ni el Código Penal dice en parte alguna que el dolo sea lo mismo que intención, ni ello se deduce tampoco de la regulación legal”¹⁸*.

Como señalé al comienzo de este acápite, silenciosamente mientras los juristas polemizaban acerca de si el dolo requiere o no el elemento volitivo, dos normas vigentes de nuestro ordenamiento jurídico, una de modo expreso y otra solapadamente, permiten atribuir responsabilidad a título de dolo sin necesidad de acreditar la representación de los elementos del tipo.

La primera norma corresponde a un instrumento internacional, que ha sido incorporado a nuestro derecho interno mediante una ley nacional. La segunda es una norma del Código Penal, contenida en el mismo desde hace muchos años y a la que la doctrina no le ha prestado prácticamente atención. Estoy haciendo referencia al art. 28

16 Laporta, Mario Hernán, *El dolo y su determinación en Casación. Normativización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto*. Ed. Lexis Nexis 1ª. Edición. 2007, pág. 68.

17 Sancinetti, Marcelo, *Fundamentación Subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Editorial Temis, en la nota 29 de la pág. 223.

18 Gimbernat Ordeig, Enrique ADPCP, 1990, pág 429, citada por Ragués i Vallès, Ramón, *La ignorancia deliberada en Derecho penal* de editorial Atelier del año 2007 pág 116.

del Estatuto de Roma, suscripto el 17 de julio de 1998, aprobado por la Ley 25.390, ratificado el 16/1/01 e incorporado por ley 26.200

Artículo 28: "...Responsabilidad de los jefes y otros superiores (...) Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte (...) 2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos..."

Esta norma, al incorporar la expresión "deliberadamente" nos remite fácilmente a los desarrollos dogmáticos precedentes y que resultan contestes con la doctrina de la *willful blindness* que como dijimos tiene vasta tradición jurídica en el derecho anglosajón.

La segunda norma en análisis, se encuentra ubicada dentro del vasto art. 189 bis, tal vez por ello ha pasado inadvertida. Su reforma data de 1974, ley 20642. Lo cierto es que contiene una equiparación de consecuencias entre el conocimiento real y el presunto. En función de ello, no puede considerarse un delito "culposo" como se ha pretendido para darle alguna explicación al "desliz" del legislador¹⁹. No comparto esa idea. De su lectura se advierte sin hesitación la incómoda equiparación. Sin embargo, al no contener el elemento motivacional necesario de la ignorancia deliberada, entiendo que nos coloca en el espacio de la "ceguera ante los hechos" de Jakobs. A continuación se transcribe la misma con el subrayado, propio, en el segmento de interés.

Artículo 189 bis - (1) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquire, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a

¹⁹ Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte especial*, Ed. Astrea, 7ma. Edición, año 2007, pág. 28/29. Fontan Balestra, *Derecho Penal parte especial*, Ed. Abeledo Perrot, 15ta. Edición, año 1998, pág. 622/623, Dayenoff, David Elbio, Código Penal, Editorial A-Z, 7ma edición, año 2000, págs. 514/515. Sin comentarios a la norma Romero Villanueva, Horacio, *Código Penal de la Nación*, Ed. Abeledo Perrot, 7ma. Edición, año 2015, págs. 660/661. Nuñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Marcos Lerner, 2da. edición, año 1999, pág. 290

su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años.

La misma pena se impondrá al que, **sabiendo o debiendo saber** que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinado a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

A continuación señalaré algunos precedentes de los numerosos existentes en España. Por el contrario en nuestro país no han sido tantos los que hacen referencia al instituto, sea para echar mano al mismo o descartarlo de plano.

Tratamiento jurisprudencial en España y Argentina

Siguiendo a Ramón Ragués i Vallès, a partir del año 2000 el Tribunal Supremo Español ha desarrollado una doctrina consustanciada con la *willful blindness*, incluyendo en el concepto de dolo aquellos supuestos en que el sujeto activo de un delito ha renunciado voluntariamente a adquirir los conocimientos que, en caso de haber tenido en el momento de realizar el tipo, habrían dado lugar, sin duda, a una imputación dolosa²⁰. La primera sentencia española en la que se hace mención a la ignorancia deliberada, versó sobre un caso de receptación, en la que quien tuvo a su cargo el transporte del dinero, alegó desconocer que provenía del tráfico de estupefacientes. En el fallo, la Sala destacó para condenarlo que el sujeto contaba ya con una considerable sospecha inicial y que su aceptación se deduce del hecho de que no quisiera profundizar o confirmar sus dudas, acerca del origen de la cantidad transportada²¹. Posteriormente, en otro fallo, la Sala afirmó que:

“quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saberse, y sin embargo se beneficia de la situación -iba a cobrar un millón de ptas.- está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito negocio en el que voluntariamente participa...”²².

Desarrollada en estos términos, la doctrina automáticamente nos remite a otras construcciones dogmáticas como la *actio libera in causa*, en la que el sujeto es quien propicia su irresponsabilidad, fundándose la imputación dolosa en el principio de que nadie puede beneficiarse de aquellas causas de exoneración de la responsabilidad penal que él mismo ha provocado. Con posterioridad, en un fallo de 2006, el Tribunal parece

20 Ragués i Vallès, Ramón, *La ignorancia...*, op.cit.. pág. 22.

21 Ragués i Vallès, Ramón, *La ignorancia...*, op.cit.. pág. 25

22 Ragués i Vallès, Ramón, *La ignorancia...*, op.cit.. pág. 27.

equiparar los supuestos de ignorancia deliberada con los desarrollos de Jakobs sobre la ceguera, diciendo:

“...y debe recordarse que en general ya se opere con la teoría de la ignorancia deliberada (...) o bien por la teoría de la indiferencia en la que al agente le resulta absolutamente indiferente cual sea el resultado de la acción continuando también con su actividad. En uno u otro caso se está en presencia al menos del dolo eventual...”²³

Por lo que esta doctrina, que en un principio se orientó a suplir el elemento volitivo del dolo eventual, en sus últimas formulaciones jurisprudenciales apunta a compensar la ausencia del elemento cognitivo.

Incluso, se ha prescindido del requisito de la obtención de beneficios por parte de quien se abstiene de conocer. Con fecha 13 de marzo de 2006 la Sala Segunda en un fallo de estafa en concurso con una falsedad documental, terminó de afianzar la incorporación de la “ceguera” resolviendo:

“...La comunión de parentesco, convivencia marital y económica de los cuatro condenados constituye indicio de singular potencia acreditativa para tener por cierta la connivencia de los cuatro en la operación analizada, y en concreto resulta indiferente que las esposas tuvieran un dolo directo y completo de toda la operación, o que actuaran con dolo eventual, o incluso con la indiferencia de quien pone la colaboración que se le solicita sin preocuparse de sus consecuencias -principio de indiferencia-, o no queriendo saber aquello que puede y debe saberse -principio de la ignorancia deliberada”²⁴

Los precedentes del Tribunal Supremo con aplicación de esta doctrina fundaron condenas, además de los típicos supuestos de blanqueo de capitales y tráfico de drogas, por delitos de insolvencia punible, fraudes, falsedades con intervención de testaferros, adquisición de pasaportes falsos, delitos societarios, etc.

Por último el autor, luego de analizar la doctrina de numerosos precedentes del Tribunal Supremo, y confrontarlos con el estado actual de la doctrina sobre dolo, concluye que:

“el sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el

23 Ragués i Vallès , Ramón, *La ignorancia...*, op.cit.. pág. 31

24 Ragués i Vallès , Ramón, *La ignorancia...*, op.cit.. pág. 41.

interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos merece la misma pena que éste”²⁵

El precedente jurisprudencial español más conocido entre nosotros fue el que condenó a Lionel Messi. Un análisis detallado del fallo de la Audiencia de Barcelona da cuenta de la innecesaria apelación a la doctrina ya que de los elementos invocados no hubiera habido dificultad entre nosotros para condenarlo por estafa con dolo eventual.

Así la defensa del astro futbolístico argumentó que Lionel Messi desconocía las decisiones que se tomaban en relación a la explotación de sus derechos de imagen. Declara que no sabía si se tributaba por tales derechos; sólo jugaba al fútbol, las decisiones que se tomaban eran de los abogados y nunca le preguntó nada a su padre, porque se fiaba de él. Únicamente sabía que firmaba contratos por los que tenía que hacer anuncios o posar en fotografías, nada más. Tampoco había hablado con Ángel Juárez (el abogado experto en cuestiones fiscales internacionales que le llevaba los asuntos), al que sólo había visto dos veces en su vida. Sin embargo la condena se fundamentó en que:

“Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante circunstancias sospechosas, y que el dolo está en el hecho, cuando la lógica, la ciencia y la experiencia común indican que nadie se presta a determinados negocios sin percibir una contraprestación, señalando que en los delitos previstos en nuestro Código, incurre en responsabilidad, también, quien actúa con ignorancia deliberada (...) Lionel Messi intervino en multitud de los contratos objeto de autos; había encomendado la explotación de los mismos al bufete Juárez, por recomendación de su padre, el despacho estaba especializado, la cesión de sus derechos siempre ha estado preservada en un ambiente estrictamente familiar (...) la información que el acusado evitó tener estaba a su alcance por medios fiables (...) Y cuando se aprecia una indiferencia tan grave como la que nos ocupa, ya que a pesar de todas las circunstancias y oportunidades que tuvo el jugador de conocer cómo se gestionaban sus derechos, no lo hizo no cabe sino considerar que se ha actuado con dolo, con una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el delito del art. 305 del C.P., pero con la conciencia de que se va a realizar un acto ilícito, aunque la sospecha no llegue a perfilar la representación de todos y de cada uno de los elementos del tipo objetivo, pero sí de manera suficiente para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo (...) Este Tribunal considera que existió una sospecha seria sobre la licitud del empleo de sociedades en las que el acusado era el

25 Ragués i Vallès, Ramón, *La ignorancia...*, op.cit.pág. 192-193.

único socio y administrador de una de ellas, en un país que no era el suyo ni el de su residencia y que explotaba derechos a través de sociedades interpuestas dejando de leer sistemáticamente los contratos que fue firmando (...) Quien ha tratado de eludir la norma, por el camino que sea, no puede resultar beneficiado por ellos, amén de que con la impunidad en esos casos se dirige a la ciudadanía el mensaje de que es preferible inhibirse que preocuparse²⁶.

En nuestro país muy silenciosamente han aparecido precedentes en los que subyacen ideas como las desarrolladas. Así la doctrina del plenario de la Cámara de Casación Penal del año 2003, *"Iriart, Jorge A. s/recurso de inaplicabilidad de ley"* en materia de requisitos para el delito de pago con cheque sin provisión de fondos dice:

"...no es indispensable la recepción personal del medio informativo enviado por parte de la persona interesada, bastando con que se coloque al librador en condiciones razonables para poder enterarse, debiendo éste arbitrar los medios necesarios para que en el domicilio se reciba y se ponga en su conocimiento su correspondencia particular". *"Carece de entidad exculpatoria la simple negativa del acusado de haber tomado conocimiento de la pieza postal; toda vez que no es necesario que la intimación de pago sea entregada personalmente al librador, sino que basta con que se lo ponga en condiciones razonables de enterarse de su contenido".*

El conocido fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del 28/08/09 en la causa "Storchi" refirió:

"El funcionario obró en forma absolutamente contraria a las obligaciones que tenía a su cargo para que se pudieran llevar adelante la habilitación como le proponían fraudulentamente sus inferiores... un obrar de estas características, sumado a la nota presentada por la institución que requería la ampliación de un plazo para completar los trabajos que le permitirían la habilitación, representa un supuesto que la doctrina denomina de ceguera ante los hechos; donde lo evidente es directamente desconocido o descartado para obrar como lo hizo. Efectivamente el funcionario que tiene a su cargo la importante tarea de permitir la habilitación y funcionamiento de lugares y actividades que representan, o pueden representar aumentos de riesgo para los que asisten a las actividades que allí se desarrollen, reconoce un nivel de exigencia que, sin entorpecer o poner obstáculos a las actividades que los particulares quieran realizar requiere de un mínimo de control que el funcionario, en este caso concreto, no realizó. De esta forma, y no encontrándose en discusión la acreditación objetiva de la conducta reprochada, el tipo

26 <http://www.diariojudicial.com/nota/75586>, contiene el enlace para descargar el fallo analizado.

subjetivo, a esta altura del proceso, se encuentra acreditado en la ceguera con la que se obró frente a la evidencia de los hechos que en forma palmaria surgían del expediente, por lo que el obrar debe ser considerado a título de dolo²⁷.

En materia de delitos de lesa humanidad muchas veces se innova en las construcciones dogmáticas. En los casos que a continuación se señalan no fueron los jueces sino el Ministerio Público Fiscal quien utilizó los desarrollos precedentes para justificar la responsabilidad penal del titular del ingenio Ledesma por los hechos cometidos por la dictadura en perjuicio de dependientes suyos.

En las dos causas, conocidas como “Aredez” y “Burgos”, respectivamente, el juez de primera instancia y la Cámara Federal de Salta tuvieron por acreditado que Blaquier y Lemos proporcionaron a militares y policías jujeños las camionetas para llevar a cabo los secuestros de las víctimas. Pero esas decisiones fueron revocadas el 13 de marzo de 2015 por la Cámara de Casación, que consideró que no estaba probado el dolo. El juez Gustavo Hornos, quien lideró el acuerdo, sostuvo que *"no existe el mérito que un auto de procesamiento requiere para sostener que los imputados se habrían representado que hicieron un aporte que favoreció al hecho de que otro dolosamente haya privado ilegítimamente de la libertad a una persona"*. Es decir, que no está acreditado que *"los imputados se hubieran representado que los vehículos prestados serían utilizados por las fuerzas de seguridad para cometer las detenciones ilegales llevadas a cabo"*. Ese razonamiento fue compartido por el juez Eduardo Riggi, mientras que su colega Juan Carlos Gemignani agregó que el préstamo de los móviles no constituía *"la colaboración en un injusto"*, pues *"el destino o uso que a las camionetas se les otorgara resulta exclusivamente imputable al beneficiario, pero en ningún caso al dueño ni al representante de la empresa"*.

El recurso fiscal por el contrario atacó el fallo invocando esta doctrina en los siguientes términos: El desconocimiento de los detalles de la actuación desplegada por las fuerzas de seguridad en modo alguno exime de responsabilidad a los imputados, en tanto que la información con la que contaban bastaba para saber que toda cooperación a aquéllas no podía sino insertarse dentro de este contexto, del que si bien podía negarse un conocimiento comprensivo de todas sus aristas, afirmar un desconocimiento absoluto

27 Sala I, causa 36.414 S., H.D citado por Sandro Sol, Ines *La ignorancia deliberada del derecho penal: ¿dolo o culpa?* “La mejor manera de no saber, es no querer saber”. N° 505. Tesinas de la Universidad de Belgrano año 2012, pág. 6 http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/668/505_Sol.pdf?sequence=1&isAllowed=y

desde la posición ocupada por Blaquier y Lemos, equivaldría a colocarse en un estado de ignorancia deliberada. *“El estándar probatorio exigido por la Cámara de Casación en cuanto requiere una prueba directa acerca del conocimiento de los imputados resulta un rigorismo procesal innecesario”,* añadió De Luca en su presentación, y en ese sentido indicó que *“es verdad que no existe ninguna prueba directa de ese conocimiento, pero eso ocurre en todos los hechos ilícitos que llegan a conocimiento de los tribunales (!) y ello es así por la propia naturaleza de cualquier elemento subjetivo, en cuanto resulta imposible ingresar en la cabeza de los imputados”.*

“No se acusa aquí a los directivos de Ledesma de tener el dominio de los hechos delictivos, sino de su aporte a los hechos delictivos de otros, donde estos cómplices 'no quieren conocer los detalles de su ejecución' (ex profeso, una ceguera ante los hechos de las acciones represivas contra sus propios empleados y pobladores del lugar donde ejercían dominio total), y esto es dolo, porque ese no querer saber significa que en realidad ya saben suficiente”²⁸

Segunda parte:

El dolo como concepto normativo.

La segunda parte de este trabajo del trabajo gira en derredor de la obra del jurista cordobés formado en Alemania, Gabriel Pérez Barberá, quien expuso sus ideas en su tesis doctoral *“El dolo eventual. El estado de la cuestión en la dogmática penal alemana. Una propuesta conceptual válida para el derecho penal argentino”* en la Universidad de Munich y que entre nosotros se publicara como *“El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”²⁹.*

El autor luego de realizar un extenso y profundo estudio de la evolución de las posiciones en torno al tema, realiza una toma de posición novedosa y polémica en la que intenta superar de modo definitivo la composición psicológica del de dolo, según la cual éste es un estado mental (conocimiento, voluntad, etc.), o requiere necesariamente la existencia en el caso de un determinado estado mental y descarta la tradicional separación entre tipo objetivo y subjetivo proponiendo como sucedáneo el tipo de explicación y de imputación.

28 *“Complicidad empresarial: dos fiscales ante Casación llevaron el caso Blaquier a la Corte Suprema”* <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/complicidad-empresarial-dos-fiscales-ante-casacion-llevaron-el-caso-blaquier-a-la-corte-suprema/>, marzo 2018.

29 Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 1ra. Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

A continuación que intentaré sintetizar sus ideas sin desvirtuarlas³⁰.

En su vasta obra realiza un *racconto* de la evolución de las ideas penales, partiendo de Engisch, Maurach, Eser y Kaufmann repasando a Stratenwerth, Roxin Rudolphi, Zielinski, y culminando en los más actuales como Herzberg, Puppe, Frisch y Prittwitz, para arribar a su aporte central que lo distingue de sus predecesores.

“Aquí se defiende que el término “dolo” designa una entidad conceptual, cuya connotación no es establecida a partir de datos empíricos sino de tomas de postura valorativas, y cuya denotación presume, precisamente, esa noción conceptual, que será la que oriente el proceso de identificación de aquellos datos empíricos que resulten relevantes para habilitar una subsunción correcta. Se trata, entonces, de desentrañar qué es aquello que, desde hace más de un siglo, hace que distintas circunstancias empíricas, como un determinado conocimiento, una determinada decisión, etcétera, sean considerados, por lo general, relevantes para el dolo.”³¹

Sostiene este autor que el dolo y la imprudencia pertenecen al mismo ámbito, se trata de conceptos normativos ubicados en el mismo espacio de análisis dentro de la teoría del delito y que para distinguir y justificar la diferente cantidad de pena entre estos dos casos hay que tener en cuenta los fines del derecho penal y la razón del mayor reproche.

Señala que el reproche a título de dolo o culpa estará íntimamente relacionado con la posibilidad objetivamente privilegiada del autor de prever la realización del tipo. Se aventura a afirmar Pérez Barberá que si bien la jurisprudencia declama una adhesión al concepto de dolo como “saber y querer” un análisis de los fundamentos de sus decisiones deja en claro que ello no se ajusta a los hechos, en razón de que –según el autor- no se le ha dado aún a la praxis el andamiaje teórico de justificación, pretensión última de la tesis doctoral en estudio³².

Se detiene también en estudiar la legislación argentina para verificar la compatibilidad de su posición a la luz de nuestro código penal, concluyendo que al no

30 La investigadora de CONICET Laura Manrique realizó un exhaustivo análisis crítico de la obra de Pérez Barberá. El mismo se titula *Reproche al “Dolo como reproche”* y se encuentra publicado en el enlace que a continuación se transcribe. http://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/23623/CONICET_Digital_Nro.84a2435d-9a89-4434-9fa9-25f859ca50d2_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y

31 Pérez Barberá, Gabriel op. cit. pág. 639

32 Como afirma Puppe “en la práctica se emplea un concepto de dolo distinto que el que se enuncia, que no sólo depende de la subjetividad del autor penal, sino que toma en cuenta factores netamente objetivos” en *Vorzatz und Zurechnung*, pp.35-36, citada por Ramón Ragués i Vallès *El dolo y su prueba...* ob. cit. pág. 147 cita 396.

contar con una definición de dolo, el primer obstáculo se encontraría salvado.³³ Asimismo da cuenta de porqué la legislación alemana - § 16.I StGB- si bien tiene una norma que relaciona el dolo con el error, la misma no es un obstáculo para la aplicación de sus desarrollos dogmáticos.

El autor en estudio insiste en la idea de que no existe en el mundo empírico algún dato que tenga la aptitud de transformar un conjunto de casos en dolosos³⁴. Por el contrario, entiende que para distinguir y justificar la diferente cantidad de pena hay que tener en cuenta los fines del derecho penal y la razón del mayor reproche. Según su toma de posición, el fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas que resultan defraudadas por las conductas ilícitas y en casos que la orientación del agente en el mundo haya sido óptima, hay razones suficientes para reprochar del modo más severo. Se sigue de ello que, siendo las demás condiciones iguales, el reproche a título de dolo nunca es inferior al reproche por imprudencia. En este esquema conceptual, los estados mentales del agente (creencias, motivaciones, deseos, etc.) son prácticamente irrelevantes para determinar cuándo estamos frente al dolo y cuándo ante imprudencia, ya que para definir a un caso como doloso, se tendrá en cuenta la *ratio legis* del mayor merecimiento de pena del delito doloso

Para llevar adelante su propuesta divide en tres planos el análisis del concepto de dolo. Sostiene el autor:

“...conceptualmente, dolo e imprudencia, desde un punto de vista sintáctico, son propiedades definitorias de los respectivos casos genéricos: el caso genérico doloso y el caso genérico imprudente. Dolo e imprudencia son, pues, las propiedades que tornan dolosos o imprudentes a los supuestos de hecho establecidos por la ley como tipos penales. Semánticamente, por su parte, dolo e imprudencia son propiedades normativas, porque lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave, a partir de un juicio objetivo respecto al posicionamiento epistémico del autor en relación con su hecho³⁵. Y pragmáticamente, en

33 Dicho análisis no resulta novedoso, ver en tal sentido, Ragués i Vallès, Ramón, “La ignorancia deliberada en derecho penal”, Atelier, Barcelona, 2007, p. 197 op. cit., pp. 194-195. Asimismo Huergo, María Victoria, op. cit. págs. 9/13.

34 Ello no significa que para el autor los datos empíricos carezcan de relevancia, pero en una etapa de verificación, no para forjar los conceptos de dolo o imprudencia.

35 Agrega el autor “En este sentido, dos son los axiomas de los que parte mi concepción. El primero establece cuál es el fin del derecho penal, y reza lo siguiente: 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 proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar

tanto, dolo e imprudencia importan un tipo especial de acto de habla, conforme al cual, desde el punto de vista de un observador objetivo, no se describe sino que se valora una acción –previamente imputada al autor como suya– como contraria a una regla jurídico-penal”³⁶.

El autor deja a salvo que su postura no consiste en normativizar conceptos empíricos sino que su desafío es trabajar con conceptos normativos exclusivamente, manteniendo separados los planos del ser y el deber ser. Lo contrario es lo que llevó adelante el BGH cuando acuñó la expresión “querer en sentido jurídico” que no sería a criterio del autor sino una falacia naturalista. Agrega:

“Así, por ejemplo, Puppe quiere “normativizar” el dato psíquico “voluntad”; Roxin quiere “normativizar” el dato psíquico “decisión” y Jakobs quiere “normativizar” el dato psíquico “indiferencia”. Sin embargo, y tal como lo ha sostenido recientemente Pawlik, “quien se toma en serio a la normativización del dolo no puede, al mismo tiempo, permanecer asido tercamente a esas categorías de la teoría del delito que han sido desarrolladas sobre la base de una comprensión no normativa del dolo”³⁷

Más adelante profundiza sus desarrollos declarándose adherente de la teoría de la probabilidad, pero rechazando de plano que pueda referirse como lo hacen muchos autores alemanes (Puppe, Herzberg) a una probabilidad subjetiva, donde lo crucial es determinar qué se representó el autor. Pérez Barberá afirma:

“Lo que debe quedar claro es que, según el punto de vista que aquí se defiende, toda imputación dolosa o imprudente está fundada, implícitamente, en una hipótesis de probabilidad como la aquí descripta, sea que se trate de un tipo de lesión o de un tipo de peligro (concreto o abstracto), y se requiera por tanto dolo de lesión o dolo de peligro,

pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas (...). 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 su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma”

Dolo como reproche Pérez Barberá, Gabriel *Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf> , pág. 187.

36 Pérez Barberá, Gabriel, “ *Hacia el abandono...*”, op.cit pág. 173

37 Pérez Barberá, Gabriel, “ *Hacia el abandono...*” op.cit pág. 176.

respectivamente. La “posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo” puede estar referida, por lo tanto, a la realización tanto de un tipo de lesión como de un tipo de peligro, y en este último caso sea ese peligro concreto o abstracto³⁸.

A partir de las afirmaciones precedentes, el autor desarrolla reglas de aplicación para la solución de casos. A diferencia de lo que suele advertirse con otros desarrollos teóricos distintos pero que en líneas generales arriban a las mismas soluciones prácticas, las hipótesis de relevancia del autor en estudio en algunos supuestos llevan a la imputación a título de dolo de casos que para la doctrina tradicional resultan impunes. En particular quiero insistir en el caso de la ceguera ante los hechos que fuera motivo de estudio en la primera parte del trabajo.

Estas reglas tienen como finalidad establecer qué condiciones tiene que cumplir un dato empírico para poder ser considerado relevante en orden a formar parte de la hipótesis teórica de probabilidad que funda el reproche doloso. En cuanto a los datos psíquicos relevantes a los fines de considerar un caso como doloso, el autor en estudio entiende que sólo lo son aquellos objetivamente racionales. Así determinado conocimiento o representación o un desconocimiento o falta de representación o una intención podría ser descartado para fundar la hipótesis de probabilidad en caso de ser considerados epistémicamente irracionales. A la inversa podría para el autor fundar una imputación a título de dolo la falta de conocimiento de los datos constitutivos del riesgo o peligro creado por su acción u omisión. Por el contrario, es posible que una acción pueda ser considerada imprudente aunque el autor haya tenido el propósito de realizar un riesgo no permitido y éste se haya producido si se trató de un caso de consumación objetivamente inesperada o de tentativa irreal o supersticiosa³⁹.

Por último y como una derivación de las elaboraciones precedentes, sostiene que debe definitivamente abandonarse la división bipartita entre tipo objetivo y tipo subjetivo por las categorías superadoras de tipo de explicación en la que se tendrían en cuenta

38 Pérez Barberá, Gabriel, “*Hacia el abandono...*”, op. cit. pág. 205/206

39 “Según Pérez Barberá, de los axiomas de su reconstrucción se siguen importantes consecuencias para dos grupos de situaciones: aquellas en las que el individuo está en una situación óptima para orientarse en el mundo (caso 1) y aquellas en las que el agente realiza una acción en circunstancias no óptimas para hacerlo (caso 2). En el caso 1, si el sujeto comete un delito su conducta tiene un alto efecto comunicativo contrario a la norma porque muestra una toma de postura que debe ser interpretada como intensamente contraria a la regla. En el caso 2 hay tres subgrupos: a) Apartamientos que tienen por base o bien una ausencia de representación epistémicamente racional, o bien una representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa. b) Apartamientos que tienen por base una representación epistémicamente irracional (aun cuando por azar sea, ex post, ontológicamente acertada). c) Apartamientos que tienen por base una ausencia de representación epistémicamente irracional”, Manrique, Laura op. cit pág. 398.

todos los datos empíricos del hecho y de la psiquis de su autor y el tipo de imputación enteramente normativo.

Críticas comunes:

Grandes referentes de la dogmática penal en general confluyen en criticar las posturas normativistas extremas –principalmente los desarrollos de Jakobs, por ser el jurista más reconocido dentro de los invocados en este trabajo- por considerar que:

“...contempla[n] [a]l Derecho como un sistema normativo cerrado, autorreferente, y limita la dogmática jurídico-penal al análisis normativo funcional del Derecho positivo, con exclusión de consideraciones empíricas no normativas y de valoraciones externas al sistema jurídico-positivo (...) este planteamiento normativista radical no es científicamente necesario y priva de límites al poder punitivo del Estado⁴⁰.

“El Derecho es una construcción social cuya función asignada es la de regular la vida de los seres humanos. Desde una perspectiva democrática la función del Derecho penal ha de ser proteger intereses reales de los ciudadanos y no sólo normas jurídicas. Los bienes jurídico-penales han de ser entendidos como concreción de aquellos intereses, ya sean individuales, como los derechos humanos básicos, ya sean colectivos o mediados por instituciones. En términos sistémicos, ello supone poner el sistema normativo del Derecho penal al servicio de algo distinto a sí mismo, al servicio de los sistemas psico-físicos en qué consisten los seres humanos y de las instituciones que respondan a sus necesidades (...) En la construcción teórica del Derecho penal no importa sólo lo normativo jurídico-positivo, sino también valoraciones culturales metajurídicas, y no sólo la perspectiva normativa, sino también la fáctica⁴¹.

Palabras finales:

Entiendo que las posiciones que motivaron el presente trabajo –Jakobs, Ragués i Vallès, y Pérez Barberá- constituyen una reacción al exceso de ontologismo del finalismo y pretenden, de algún modo, garantizar resoluciones similares para todos los casos asimilables, tratando de limitar la discrecionalidad del juez e incluso de la prueba colectada en cada proceso, principalmente para los casos en que una solución distinta

40 Santiago Mir Puig, “Límites del normativismo en derecho penal”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (2005), págs. 18:2, 18:3 <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>

41 Mir Puig, Santiago, op. cit. pág. 18:24

generaría rechazo general y atentaría contra los fines político-criminales subyacentes en las normas (ceguera, ignorancia deliberada).

A primera lectura, y en función a cierta distorsión provocada por la pertenencia durante los últimos 20 años de mi carrera al Ministerio Público Fiscal, me resultan sumamente atractivas sendas elaboraciones. Pero, por ese sesgo declarado, es que pienso que deberán ser sometidas a un análisis profundo, antes de su completa recepción en los claustros y tribunales, que garantice que el hombre seguirá siendo el centro del derecho penal y que las normas (sean leyes o reglas de interpretación) no lo sustituyan como eje fundamental, origen y final, de nuestro sistema legal.