EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 11, pp. 91-139.

¿DOLO COMO INDIFERENCIA?

UNA DISCUSIÓN CON MICHAEL PAWLIK SOBRE CEGUERA ANTE LOS HECHOS E IGNORANCIA DELIBERADA*

Gabriel PÉREZ BARBERÁ **

Fecha de recepción: 9 de noviembre de 2020
Fecha de aceptación: 19 de febrero de 2021

Resumen

En este artículo expongo mi disenso con la fundamentación de Pawlik (y la de Jakobs) respecto de una conclusión que compartimos, a saber: ciertos casos de ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada deben ser imputados como dolosos. Pero, además, explicito mis propios fundamentos respecto de este problema. En esta ocasión esa fundamentación es, creo, bastante más simple y clara que la que ensayé en mi tesis doctoral sobre el dolo eventual. Una de mis pretensiones centrales es mostrar que es posible articular un concepto de dolo como el que propongo con muchos de los postulados de la doctrina dominante, es decir: sin tener que adoptar aparatos conceptuales tal vez demasiado difíciles para la praxis –y no exentos de serias objeciones metodológicas– como los elaborados por Jakobs, por Pawlik e incluso por mí mismo en trabajos anteriores. Se encontrará aquí, en síntesis, una distinción, que antes no había efectuado, entre el fundamento de la

* Una versión reducida de este artículo será publicada próximamente en PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (ed.), *Comunicación, competencias y libertad. Una discusión con Michael Pawlik*, Marcial Pons, en prensa. Agradezco a Luís Greco, a José Peralta y, en especial, a Leandro Dias por haber leído minuciosamente versiones previas de este trabajo: sus aportes me permitieron mejorar esta versión final en muchos aspectos importantes. Se trata, no obstante, de un texto que, en forma intermitente, he venido trabajando desde 2014, gracias a una beca de la Fundación Alexander von Humboldt. En versiones parciales ha sido discutido ya en varios seminarios, a saber: en Bonn, Bielefeld, Frankfurt a. M. y Göttingen, por invitaciones de Urs Kindäuser, Tatjana Hörnle, Christoph Burchard y Kai Ambos, respectivamente; en Madrid, por invitación de Enrique Bacigalupo; en São Paulo, por invitación de Adriano Teixeira; y en Buenos Aires, Corrientes y Salta, por invitaciones de Mario Villar, Daniel Domínguez Henain y Nicolás Escandar, respectivamente. A quienes me invitaron y a los asistentes a dichos eventos agradezco muy especialmente sus observaciones, que también contribuyeron a mejorar la versión que aquí se publica. Finalmente, me fueron muy útiles las sugerencias de las dos personas que, en forma anónima, evaluaron el texto para su publicación aquí: les estoy profundamente agradecido.

** Doctor en derecho. Profesor titular, por concurso, de derecho penal, parte general, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor ordinario en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Ex becario de la Fundación Alexander von Humboldt, de la Sociedad Max Planck y del Servicio Alemán de Intercambio Académico. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Buenos Aires).

inexcusabilidad epistémica de no conocer y el fundamento del dolo; también una explicitación precisa de la premisa normativa que justifica la imputación dolosa; mi explicación de por qué rechazo el concepto de "dolus malus" y, finalmente, mi respuesta a algunas objeciones importantes, como la de la tentativa.

Palabras clave: dolo eventual – ceguera de hecho – ignorancia deliberada

Title: Intent as indifference?

Abstract

In this article, I state my disagreement with Pawlik's (and Jakobs') reasoning with respect to a conclusion we share, namely: certain cases of willful blindness or contrived ignorance should be considered intent. But, in addition, I make explicit my own rationale. I believe that this rationale is much simpler and clearer than the one I rehearsed in my doctoral thesis on conditional intent. One of my central aims is to show that it is possible to develop a concept of intent without having to adopt conceptual tools that are perhaps too difficult to implement - and not free of serious methodological objections - such as those developed by Jakobs, Pawlik and even by myself in previous works. Here one will find, in summary, a distinction, which I had not made before, between the basis of the epistemic inexcusability of not knowing and the basis of intent; also a precise explanation of the normative premise that justifies intent imputation; my explanation of why I reject the concept of "dolus malus" and, finally, my response to some important objections, such as that of attempt.

Keywords: conditional intent – willful blindness – contrived ignorance

Sumario

I. Introducción; II. Los acuerdos con Pawlik; III. Los desacuerdos con Pawlik: irrelevancia e ilegitimidad de la indiferencia; IV. El fundamento del dolo; V. Respuestas a algunas objeciones (efectuadas o posibles); VI. Conclusión; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Es sabido que, para la doctrina dominante en el ámbito continental europeo y latinoamericano, los denominados casos de "ceguera ante los hechos", así como los de "ignorancia deliberada", no

pueden ser considerados dolosos. Porque en su configuración o bien falta el conocimiento (o la representación como posible) de algún elemento del tipo,[1] o bien el autor, erróneamente, confía en que lo que prevé no ocurrirá. Estos defectos cognitivos, para esa opinión dominante, aunque sean irracionales fundamentan a lo sumo una imputación por imprudencia (inconsciente y consciente, respectivamente).[2]

Un buen ejemplo de un caso de ceguera ante los hechos sería una *variante* del caso de los *rugbiers* ocurrido recientemente en la Argentina, en la ciudad de Villa Gesell.[3] Un grupo de diez fornidos jugadores de *rugby*, de entre 18 y 20 años de edad, al salir de una discoteca ataca a trompadas y patadas a un joven de condiciones físicas notoriamente más lábiles, al que no conocían y contra el que no tenían ningún motivo que explicara esa agresión. Tras caer la víctima al suelo con las primeras trompadas, ya indefensa le pegan durante más de treinta segundos continuos, incluso con patadas y en la cabeza, como si esta fuese una pelota de *rugby*. Todo es muy rápido. Ninguno de los *rugbiers* quería matar a ese joven, sino solo darle algún tipo de lección y mostrar su "hombría", como en tantas otras peleas que tuvieron antes, en las que nunca nadie murió.[4] No advierten, sin embargo, que en esta ocasión la violencia desplegada es mayor. Algunos de ellos ni siquiera se representan la posibilidad de que la víctima muera a causa de sus golpes, mientras que otros sí se representan eso fugazmente, pero confían genuinamente en que no ocurrirá. Sin embargo, matan al joven, por provocarle un severo traumatismo de cráneo con sangrado interno.

---

[1] En este contexto, la doctrina continental europea tradicional, sobre todo la alemana, utiliza los términos "conocimiento" y "representación" indistintamente. "Conocimiento", por su parte, no es entendido allí, de conformidad con su definición analítica tradicional, como creencia justificada y verdadera, sino, antes bien, como una forma de decir "ser consciente de que es posible que", o "creer que es posible que", o "tener por posible que", etc. Y eso equivale a "representarse como posible que". Ninguno de tales usos merece completa aprobación, pero sustraerse de estos tiene un costo alto en términos de claridad para el penalista. Aquí, por tanto, también utilizaré "conocimiento" y "representación" indistintamente, esperando que esta explicación y el contexto clarifiquen su sentido en cada caso.

[2] Véase al respecto, por todos y con especial detalle, WALTER, "Irrtu¨mer auf Tatbestandsebene", en HILGENDORF / KUDLICH / VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2020, § 47, n.º m. 7 ss.

[3] Subrayo que se trata de una variante porque no pretendo insinuar que el caso real ocurrió como aquí voy a describirlo. Pero sí destaco que es perfectamente posible que un hecho de estas características ocurra del modo en que es presentado aquí.

[4] La habituación al riesgo (véase al respecto JAKOBS, "Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung", en FRISCH, / SCHMID (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Colonia y otras, Heymanns, 1978, pp. 31 ss.), como atenuante en el balance de razones, tiene un límite precisamente allí donde el peligro creado es tan elevado que es irracional que incluso el habituado al riesgo no se lo represente, o que confíe en que no se realizará en el resultado respectivo. Sobre la influencia de esta clase de sesgos cognitivos, en particular en las dinámicas de grupo, véase SILVA SÁNCHEZ / VARELA, "Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo", en SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Montevideo y otra, BdeF, 2013, pp. 203 ss.

La doctrina y la jurisprudencia dominantes, en la Argentina y en Alemania, deberían imputar esa muerte solo como un homicidio imprudente (eventualmente en el marco de un delito de lesiones dolosas calificadas por el resultado), porque no hubo, por parte de los autores, conocimiento o representación del riesgo de muerte.[5] En cambio, JAKOBS, PAWLIK y yo mismo (últimamente también PERALTA) pensamos que eso es implausible y que hay que imputar esa muerte como homicidio doloso.[6] Pero para eso, claramente, es necesario conceptualizar al dolo de un modo diferente a como lo hace la doctrina dominante.

Por su parte, de acuerdo con la tradición del *common law* se actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*, *willful ignorance*) si se elige no conocer lo que se sabe que se puede conocer con sencillez.[7] Con esta definición escueta pueden estar de acuerdo, por un lado, quienes, en defensa de un "*unrestricted approach*", entienden que un agente obra con ignorancia deliberada si *(i)* tiene una fuerte sospecha de que con su conducta puede delinquir (requisito cognitivo) y *(ii)* deliberadamente no indaga en esas razones pese a que le sería muy sencillo hacerlo (requisito volitivo).[8] Y también quienes, por otro lado, en defensa de un "*restricted motive approach*", a esos requisitos añaden el de la motivación reprochable, es decir, que el agente no indague para obtener beneficios o evitar perjuicios (requisito motivacional).[9]

---

[5] No obstante, tanto en la Argentina como en Alemania la jurisprudencia comienza a imputar como dolosos casos cuya correcta descripción implicaría afirmar ceguera ante los hechos. Véase, p. ej., el voto en minoría del juez Omar Palermo en el fallo "Quiroga Morales" de la CSJ de Mendoza (Argentina), dictado el 10/09/2019. En cuanto a Alemania véase, recientemente, BGH 4StR 482/19, sentencia del 18/06/2020 ("Berliner Raser-Fall"). Hubo tres sentencias similares —y anteriores— de la misma sala del BGH (el "4. *Senat*"), comentadas críticamente por PUPPE, "Rasen im Straßenverkehr und Tötungsvorsatz", en *Juristische Rundschau*, 2018, pp. 323 ss.

[6] Así JAKOBS, "Gleichgültigkeit als dolus indirectus", en *ZStW*, vol. 114, 2002, pp. 584 ss.; ÍDEM, 2020, pp. 29 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012; PERALTA, "Tratamiento del error inexcusable: la discusión filosófica y la regulación positiva", 2020, en prensa.

[7] Un buen panorama del estado actual de la discusión en esa tradición jurídica ofrece SARCH, "Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law", en *St. John's Law Review*, vol. 88, n.º 4, 2014, pp. 1023-1101. En el ámbito continental europeo es fundamental la ya canónica publicación de RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2007; véase asimismo MANRIQUE, María Laura, "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", en *Isonomía*, n.º 40, 2014, pp. 163-195; MORGENSTERN, "'Frampton'. Un caso de ignorancia deliberada", en ZIFFER (ed.), *Jurisprudencia de casación penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, vol. 9, pp. 53 ss., donde me hace una crítica no solo ingeniosa, sino también completamente acertada (p. 80); RIZZI, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Montevideo y otra, BdeF, 2020.

[8] Es notoria la similitud entre los casos de ignorancia deliberada y los que en filosofía moral son analizados como supuestos de "autoengaño". Véase al respecto PÉREZ BARBERÁ, "Sorpresas y vacíos en la jurisprudencia actual de la Corte sobre derecho al honor y a la información", en AA.VV. (sin eds.), *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje a Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pp. 83 ss., con las pertinentes referencias bibliográficas.

[9] Acerca de estas dos concepciones posibles de la ignorancia deliberada véase SARCH, *supra* nota 7, p. 1025 s.

Un caso conocido de ignorancia deliberada, imputado como doloso, es el que configuró la plataforma fáctica de la condena a Lionel Messi por defraudación tributaria. Según la tesis de la defensa, la estrella del Barcelona FC había delegado completamente en su padre la gestión de todo lo relativo a su patrimonio y por tanto nada sabía respecto de las maniobras fraudulentas llevadas a cabo por su progenitor para evadir impuestos. Los jueces, sin embargo, dieron por probado que Lionel Messi, consciente de que esas gestiones de su padre existían (porque había firmado varios documentos) y de que lo beneficiaban, para burlar la ley (es decir, para eludir eventuales imputaciones) deliberadamente optó por no estar al tanto de los detalles de lo que aquel hacía.[10]

En el derecho penal de los Estados Unidos la expresión "ignorancia deliberada", pese a que en primera línea designa un estado mental, es usada, explicada y evaluada, sin precisiones explícitas, como categoría normativa de imputación.[11] Y con esa imprecisión ha sido adoptada en los países receptores, como España o el nuestro. Por supuesto que, implícitamente, se asume en todas partes que una cosa es el *hecho* de que se ignore deliberadamente y otra la categoría normativa (que puede ser designada con la misma expresión lingüística o con otra) a partir del cual se decide con cuánta fuerza expresiva se imputa penalmente esa clase de conducta.[12]

Pero aclararlo no es ocioso. Porque bien es sabido que, al menos en nuestra praxis forense, no se distingue, p. ej., entre dolo (que es una categoría normativa de imputación) y conocimiento (que es un hecho, un estado mental). Por eso, erróneamente, se insiste en que el *dolo* es algo que se debe probar.[13] Lo que debe ser probado, en todo caso, es el conocimiento, o la falta de conocimiento, u otros estados mentales relevantes como "ignorar deliberadamente", o "tener la intención de", etc.; después habrá que ver, de conformidad con un criterio normativo, si el caso en el que se dan esos estados mentales debe ser imputado como doloso o imprudente.[14]

Entre nosotros, por tanto, las expresiones "ignorancia deliberada" y "ceguera ante los hechos" son meramente descriptivas de estados de cosas y en consecuencia no deben ser entendidas como

[10] Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, causa n.º 110/15 del 5/7/2016.

[11] Véase, por todos, LUBAN, "Contrived Ignorance", en *The Georgtown Law Journal*, vol. 87, 1999, pp. 957-980 (pp. 959 ss.).

[12] En el contexto del *common law*, de hecho, la tesis de la equivalencia de culpabilidad (*equal culpability thesis*) deja en claro que no se pretende requerir una trivialmente imposible equiparación *fáctica* entre ignorar y conocer, sino que, para poder imputar un caso de ignorancia "como uno de" conocimiento, es necesario demostrar que la culpabilidad de esa ignorancia es equivalente a la que podría predicarse respecto de un caso similar en el que el agente hubiera conocido todo lo relevante (véase SARCH, *supra* nota 7, pp. 1026 s., 1088).

[13] Pero, obviamente, las categorías normativas no se "prueban". Hablar de "prueba *del dolo*" implica, por tanto, incurrir en un error categorial. Sobre todo esto véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 48 s. y *passim*.

[14] Al respecto, con detalle, PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 575, 635 ss., 702 ss.

categorías normativas de imputación. Porque, *de lege lata*, tales categorías son, únicamente, el dolo y la imprudencia (luego veremos que eso es incluso lo mejor *de lege ferenda*). Ambas clases de estados de cosas tienen en común que presentan un desconocimiento inexcusable, pero en los casos de ignorancia deliberada hay un elemento volitivo (precisamente: la deliberación, el cálculo, el querer ignorar) que en un sentido lato la emparenta con la *actio libera in causa*;[15] en los casos de ceguera ante los hechos, en cambio, ese elemento falta: allí se trata, simplemente, de ignorancia crasa.

En Alemania, la tesis de la viabilidad de la imputación por dolo pese a la falta de conocimiento sería defendible, en principio, solo *de lege ferenda*, por el tenor literal del § 16, StGB.[16] También en España,[17] aunque allí, en los hechos, se la aplica *de lege lata* para los casos de ignorancia deliberada.[18] En la Argentina, en cambio, este concepto más amplio de dolo es perfectamente aplicable incluso *de lege lata*.[19]

Al igual que en el ámbito anglosajón, también en el contexto continental europeo y latinoamericano quienes acordamos con la posibilidad conceptual —y la legitimidad— de un "dolo sin representación" (en rigor, es más correcto decir "con representación deficiente")[20] disentimos acerca de la relevancia que debe dársele a la motivación moralmente reprochable para, en tales casos, justificar una imputación por dolo. Así, JAKOBS y PAWLIK, por un lado, exigen ese déficit motivacional como un elemento central de su justificación; mientras que, a mi juicio, para tal justificación no cuentan ni los motivos ni su calidad moral.[21]

---

[15] Así RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 7, pp. 159 ss., aunque, con razón, destaca que no es necesario acudir a la *actio libera in causa* si el concepto de dolo que se adopta permite abarcar los casos de ignorancia deliberada.

[16] Sostiene, no obstante, que en Alemania es posible defender esta tesis *de lege lata*, JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, p. 32; ya antes ÍDEM, *supra* nota 6, pp. 584 ss.

[17] En virtud de lo que dispone el art. 14.1 de su Código Penal, al menos según su interpretación más extendida (véase, por todos, MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, 4.ª ed., Barcelona, PPU, 1996, 10/114, p. 253).

[18] Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, véase RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 7, pp. 22 ss. Se le critica, fundamentalmente, que no es posible imputar como dolosos los casos de ignorancia deliberada si no se modifica el concepto tradicional de dolo. Así RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 7, pp. 205 ss.; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "Ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada. Hacia una reconstrucción inferencial del concepto de dolo", en AMBOS, y otros (eds.), *Prevención e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, pp. 239 ss.

[19] Así SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995, p. 223, nota 29; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6 , pp. 50 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, "Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal", en *Discusiones*, n.º 13, 2013, pp. 39 ss.: MORGENSTERN,*supra* nota 7, p. 77; PERALTA, *supra* nota 6.

[20] Así SANCINETTI, *supra* nota 19, pp. 223 ss.

[21] Esa fue mi posición en *El dolo eventual* (2011) y la retomé en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 18; opiné de otro modo, en cambio, en ÍDEM, "Vorsatz als Vorwurf", *GA*, 2013, pp. 454 ss.; últimamente también PERALTA opina que la motivación reprochable no es relevante para justificar la imputación por dolo en casos de ceguera fáctica (véase PERALTA, *supra* nota 6, *passim*).

En el ámbito continental europeo, entre quienes han optado por la tesis que exige motivación reprochable como fundamento del dolo es PAWLIK, a mi juicio, quien, en su monumental obra *Das Unrecht des Bürgers*, ha ofrecido la fundamentación más detallada.[22] Por eso me parece adecuado ocuparme de este problema tomando como referencia —principalmente— sus ideas.

II. Los acuerdos con Pawlik

El punto de partida de PAWLIK para abordar la difícil cuestión de la diferenciación entre dolo e imprudencia es, a mi juicio, completamente correcto. Él enfatiza que, antes de ingresar a escudriñar las diferencias, es esencial destacar qué tienen en común estas dos formas de imputación, lo cual se deja describir, básicamente, con la idea de evitabilidad.[23] Por eso sostiene que, en materia de dolo, no merece recibo la aproximación psicologizante tradicional.[24] "Dolo", afirma PAWLIK, es un término técnico-jurídico[25] y, por tanto, no corresponde que su concepto sea delineado a partir de datos fácticos de índole psicológica, como los estados mentales, sino que debe ser derivado del fin y de la función de la teoría de la imputación y, en última instancia, de la pena.[26]

PAWLIK fustiga a quienes exigen que la imprudencia sea conceptualizada siguiéndose a la imputación por dolo como modelo. En su opinión, por el contrario, es esencial que se comprenda que una teoría de la imputación correcta es aquella que plantea como exigencia común a cualquier forma de atribución de responsabilidad no la lesión intencional de la norma, sino el esfuerzo por evitar conductas que vulneren posiciones de competencia, que es lo que caracteriza ya a la

[22] Véase PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 362 ss.

[23] Fundamental JAKOBS, *Studien zum Fahrlässigen Erfolfgsdelikt*, Berlín, De Gruyter, 1972, pp. 2 s., 28, 39, 47; ÍDEM, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín y otra, De Gruyer, 1991, 6/2; véase asimismo PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 363 s., 367 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 666 ss.; ÍDEM, *supra* nota 18, pp. 224 ss.; CÓRDOBA, "Dolo y evitabilidad individual", en *Pensar en Derecho*, n.º 1, 2012, pp. 213 ss.

[24] Véase PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 364 ss.; en el mismo sentido JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 584 ss. (p. 593); PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 43, 146 s., 638 ss. y *passim*; fundamental para esta concepción, aun cuando no admite la posibilidad de dolo con representación deficiente, PUPPE, "Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis", en *ZStW*, vol. 103, 1991, pp. 1 ss.; ÍDEM, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, Decker & Müller, 1992; ÍDEM, "Comentario a los §§ 15 y 16 StGB", en KINDHÄUSER, y otros, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, 3.ª ed., t. I,Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 592 ss.; similar a PUPPE, ROXIN, "Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr" en ROGALL y otros (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, Luchterhand, 2004, pp. 243 ss. (p. 245).

[25] Así, PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 364 ss.; en idéntico sentido, entre nosotros, ya SOLER, *Derecho penal argentino*, 5.ª ed., t. II, Buenos Aires, TEA, 1987, p. 123: "*dolo* es una expresión técnico-jurídica, que no se identifica ni con voluntad ni con representación, ni con intención", aunque a renglón seguido aclara que el concepto técnico-jurídico de dolo presupone *necesariamente* esos estados mentales.

[26] Así PAWLIK, *supra* nota 6, p. 367; fundamental al respecto ya FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia y otras, Heymanns, 1983, pp. 39 ss.; véase también STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlín, De Gruyter, 2007, pp. 104 ss., 140 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 130 ss., 679 ss.; ÍDEM, *supra* nota 18, pp. 222 ss.

imprudencia.[27] De allí que, en su opinión, la ilicitud dolosa sea ilicitud imprudente calificada.[28] Lo mismo he sostenido en trabajos anteriores.[29]

PAWLIK, a partir de la consideración del incumplimiento de aquella exigencia de esforzarse en aras de mantenerse fiel al derecho como el núcleo básico común de toda forma de imputación, distingue entre enemistad (dolo) y falta de amistad (imprudencia) con el derecho.[30] Habrá enemistad con el derecho (*Rechtsfeindlichkeit*)[31] si, por indiferencia o desconsideración, falta en el autor la voluntad de evitar el quebrantamiento de la norma de conducta pese a la evidentísima peligrosidad de su obrar, porque ello determinaría que él es enteramente responsable del defecto de su comportamiento. Por su parte, habrá solo falta de amistad con el derecho (*Mangel an Rechtsfreundschaft*) si la errónea apreciación de las circunstancias no es enteramente atribuible a la responsabilidad del autor, por no haber obrado en virtud de motivos crasamente gravosos, como indiferencia o desconsideración.[32]

Consecuencias centrales de este punto de vista son, para PAWLIK, dos: en primer lugar, el empleo, también para los casos de dolo, del parámetro objetivo del ciudadano razonable y no el del autor individual;[33] y, en segundo lugar, la adopción de un concepto de "*dolus malus*", a partir de su relativización de la distinción entre ilícito y culpabilidad y de su convicción de que el conocimiento del autor tiene que incluir también al derecho para que tenga sentido hablar de dolo.[34] En cuanto a la primera consecuencia, mi acuerdo con el punto de vista de PAWLIK es muy amplio.[35] No comparto, en cambio, su conclusión respecto de la segunda (véase *infra*, IV.4).

---

[27] Así PAWLIK, *supra* nota 6, p. 371 s.
[28] Así PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 372 ss.
[29] Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 656 ss.; ÍDEM, *supra* nota 18, pp. 224 ss.
[30] Véase PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 373 ss.
[31] El uso de esta expresión remite a MEZGER: véase JAKOBS, "Dolus malus", en *InDret*, 4/2009, pp. 1 ss. (p. 5); PAWLIK, *supra* nota 6, p. 406. MEZGER la emplea precisamente para analizar los casos de ceguera ante los hechos en MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín y otra, Duncker & Humblot, 1950, p. 44. GROLMAN también la había empleado ya en el siglo XVIII (véase la referencia pertinente en PAWLIK, *supra* nota 6, p. 373).
[32] Así PAWLIK, *supra* nota 6, p. 375.
[33] Así PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 382 ss.; JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 586 s. y *passim*; ÍDEM, *supra* nota 16, p. 40; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 130 ss., 459 ss., 489 ss., 591 s., 635 ss., 691 ss., 745 ss.; ÍDEM, *supra* nota 18, pp. 227 ss. y *passim*; PERALTA, *supra* nota 6.
[34] Véase PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 375, 382 ss., 397 ss. Así también JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2012, pp. 53 ss.; ya desde antes en ÍDEM, *supra* nota 31, pp. 7 ss.
[35] En efecto, ya desde mi tesis doctoral sostengo que el parámetro a tomar en cuenta es general, no individual, y que, por tanto, debe apoyarse en criterios objetivos de racionalidad. Véanse las referencias citadas en nota 26.

Con esta base, PAWLIK se encuentra en condiciones de dar el paso final en lo que aquí interesa, que es, en síntesis, considerar dolosos a los casos de ceguera ante los hechos. A su juicio, en efecto, corresponde imputar dolo, y no solo imprudencia, si el autor, pese a haber generado un peligro concreto de elevadísima entidad e inmediatamente reconocible como tal por cualquier observador racional, *por motivos moralmente reprochables*, como indiferencia o desconsideración, evalúa mal la situación y advierte, a lo sumo, un peligro abstracto.[36] Dicho de otro modo, solo merece ser tenido como enemistado con el derecho quien, "por motivos que gravan masivamente, como indiferencia o desconsideración, no reconoce lo que es evidente para cualquier persona racional".[37] Y esto, en el esquema de PAWLIK, incluye tanto lo que se hace como lo que se debe.[38]

En tales casos, sostiene PAWLIK, "el agente no tiene competencia para interpretar de un modo menos gravoso un comportamiento que, por su peligrosidad objetiva, merece el predicado de 'enemistado con el derecho'".[39] De acuerdo con Pawlik, en efecto, el supuesto cambio de paradigma postulado por PUPPE, según el cual se pasa de un análisis fáctico-psicológico centrado en el autor a uno enfocado en el valor expresivo de su comportamiento en el marco de un proceso comunicativo entre personas racionales, "solo ocurrirá en forma plena si *toda* la situación de hecho (esto es, lo objetivo y, dentro de lo subjetivo, la voluntad y el conocimiento) es enjuiciada en función de un parámetro objetivo, de modo tal que conocimiento efectivo y desconocimiento no disculpable queden completamente equiparados".[40]

Coincido con PAWLIK (y con JAKOBS) en este punto fundamental: en los casos de desconocimiento o de ausencia de representación de circunstancias típicamente relevantes —así como en los de previsión optimista errónea— puede haber dolo si esos defectos cognitivos son inexcusables, mientras que habrá a lo sumo imprudencia si son excusables.[41] Las diferencias, con todo, comienzan con lo que creemos que debe ser exigido, como condición necesaria, y en su caso

[36] Así PAWLIK, *supra* nota 6, p. 391. Así también JAKOBS, *supra* nota 6, *passim*; ÍDEM, *supra* nota 34, p. 56; ÍDEM, *supra* nota 16, pp. 31 ss.
[37] PAWLIK, *supra* nota 6, p. 406.
[38] Véase PAWLIK, *supra* nota 6, p. 407.
[39] PAWLIK, *supra* nota 6, p. 393.
[40] PAWLIK, *supra* nota 6, p. 394, corchetes agregados. Lo mismo sostuve respecto de PUPPE en mi tesis doctoral (véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 495 ss.). No obstante, las contribuciones de PUPPE en Alemania y de RAGUÉS I VALLÈS en España (véase en especial RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999) fueron esenciales para que la discusión sobre el concepto de dolo esté hoy en este lugar.
[41] PAWLIK, *supra* nota 6, p. 396 s.; JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 584 ss.; ÍDEM, *supra* nota 34, pp. 53 ss.; ÍDEM, *supra* nota 16, pp. 29 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 133 ss. y *passim*; PERALTA, *supra* nota 6, *passim*.

suficiente, para predicar esa inexcusabilidad y con lo que cabe entender por fundamento de esa inexcusabilidad y por fundamento del dolo.

III. Los desacuerdos con Pawlik: irrelevancia e ilegitimidad de la indiferencia

1. La distinción entre fundamento del dolo y fundamento de la inexcusabilidad epistémica de no conocer

Ante todo, es importante enfatizar que, en efecto, cuando se habla de cegueras cognitivas respecto de circunstancias fácticas es conveniente diferenciar entre el fundamento del dolo y el fundamento de la inexcusabilidad epistémica de no conocer. Esta distinción no ha sido efectuada en los desarrollos teóricos de PAWLIK y de JAKOBS sobre el tema (ni tampoco por mí antes), pero creo que puede ser muy útil. Es, desde luego, una distinción puramente metodológica, pero a mi modo de ver ayuda a exponer mejor el problema a examinar en este contexto y a detectar los acuerdos y desacuerdos genuinos entre nuestras concepciones. La distinción es pertinente, además, porque la inexcusabilidad epistémica de no conocer tiene su propia fundamentación y esta es categorialmente diferente a lo que fundamenta (decisivamente) al dolo.

En efecto, el fundamento de la inexcusabilidad epistémica de no conocer, en tanto involucra la viabilidad de estados mentales cognitivos, solo puede ser —valga el pleonasmo— epistémico. En esto, *aunque no parezca*, materialmente coincidimos JAKOBS, PAWLIK y yo, como enseguida se verá. De lo que se trata aquí es de si fácticamente está justificado, o no, conocer o no conocer, y eso, naturalmente, no puede depender de razones normativas. De razones normativas depende, en todo caso, que *se deba* (jurídicamente) conocer y es allí cuando, de corresponder, comienza a hablarse de dolo e imprudencia. El fundamento *del dolo*, entonces, sí tiene que ser normativo.

PAWLIK, JAKOBS y yo también coincidimos en esto último: los tres, claramente, fundamentamos el dolo normativamente, solo que la premisa normativa de la que parten sus argumentos, por un lado, y la que precede el mío, por el otro, son muy diferentes: es en este punto en el que sí existe una diferencia material genuina entre nuestras concepciones. A modo de adelanto cabe señalar aquí que, para PAWLIK y para JAKOBS, el fundamento del dolo reside en la motivación reprochable del agente (indiferencia, etc.); para mí, en cambio, lo que fundamenta el dolo es que el autor tenga suficiente capacidad de dominio de su comportamiento como para que, desde un punto de vista objetivo, pueda decirse que le era especialmente sencillo evitar.

La distinción, entonces, deja en claro dos cosas: en primer lugar, que la razón normativa por la que cabe imputar dolo en los casos de ceguera ante los hechos y de ignorancia deliberada es la misma que justifica la imputación por dolo en general. Y, en segundo lugar, que, cuando median defectos cognitivos como estos, su inexcusabilidad epistémica es nada más que un dato fáctico que, por lo que implica para el agente en términos de control o dominio posible de su propio conducta, podrá ser relevante para tornar viable una imputación por dolo.[42] Pero si ésta corresponde será porque, también para esos casos, así lo determina aquella razón normativa.

2. La irrelevancia de la indiferencia como fundamento de la inexcusabilidad epistémica de no conocer

Determinar si es epistémicamente inexcusable desconocer, ignorar o creer erróneamente es importante porque, si no lo es, aparecerá como probable una imputación por imprudencia. Como se trata de esa clase de inexcusabilidad, para fundamentarla cuentan únicamente razones epistémicas. La indiferencia (y, en general, cualquier motivo moralmente reprochable: egoísmo, desconsideración, etc.) es, por tanto, irrelevante al respecto. Corresponde ahora fundamentar esta toma de posición.

A modo de primera aproximación diré que tales defectos cognitivos son epistémicamente inexcusables si, en ese sentido epistémico, cabe tenerlos por epistémicamente irracionales y que ese es el caso si, desde un punto de vista objetivo, puede decirse que el agente *no pudo no conocer*,[43] o que *no pudo prever con error*, con total independencia de que, desde una perspectiva psicológica, tales estados mentales (desconocimiento, creencia errónea, etc.) sean posibles y que, de hecho, hayan sido los estados mentales del autor.[44] Tales defectos cognitivos podrán tenerse todavía como racionales, en cambio, si, respecto del agente, es no obstante viable decir —siempre desde un punto de vista epistémico y por tanto objetivo— que *pudo no conocer* o que *pudo prever con error*.[45]

No representarse algo y creer falsamente en algo son estados mentales epistémicamente irracionales y por ello completamente injustificables o inexcusables si, en el contexto de que se trate

[42] Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 745 ss. La explicación que ofrecí allí al respecto tenía una base, sobre todo, de filosofía de la ciencia; la que ofrezco aquí, en cambio, tiene una base, sobre todo, de filosofía del lenguaje y de filosofía moral. Pero ambas son equivalentes, como luego se verá.

[43] MAÑALICH, en una conversación que ya he citado, proponía también usar esta expresión, pero con un fundamento de filosofía de la mente (véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 18, p. 230, nota 40).

[44] Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 130 ss.; ÍDEM, *supra* nota 18, p. 227 s.

[45] Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 18, pp. 228 ss.

y desde un punto de vista objetivo, tener esa representación y no tener esa creencia es necesario, mientras que la inversa es imposible.[46] Más específicamente, puede decirse que la racionalidad epistémica se refiere a lo que es necesario o imposible representarse o creer a partir de ciertas representaciones o creencias (justificadas) que ya se tienen.[47] Esto es entendido así también por PAWLIK y por JAKOBS. Por eso decía que, en rigor, respecto de este punto no existe un desacuerdo material entre nuestras concepciones, solo que ellos no lo explican de esta manera (es decir, con herramientas analíticas contemporáneas), sino acudiendo a la antigua idea de *dolus indirectus*.[48]

Los problemas que se plantean en este ámbito son, entonces, de naturaleza estrictamente fáctica. Aquí el discurso no es sobre obligación o permisión en sentido deóntico, sino sobre necesidad o posibilidad epistémica.[49] Por eso las expresiones "no pudo no conocer", "no pudo no confiar sin error", etc., son modales[50] en sentido epistémico, no en sentido moral ni jurídico. No hay nada normativo en la fundamentación de la inexcusabilidad de no conocer.

Jurídicamente, por cierto, puede existir un deber de conocer, que será transgredido toda vez que, en ese contexto, se desconozca. Y esto con independencia de que, desde un punto de vista epistémico, desconocer sea posible o imposible, y por tanto racional o irracional, respectivamente. Si desconocer es en ese sentido imposible —y conocer, por tanto, necesario—, entonces será

[46] Véase KMENT, "Varieties of Modality", en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, disponible en: https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/modality-varieties/, apartado 1 [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

[47] Todo esto es aplicable a otros estados mentales o a sus ausencias, como la falta de intención de realizar un determinado elemento del tipo, etc. También esa falta de intención puede ser tenida como irracional si, a su respecto, desde un punto de vista objetivo cabe decir que el autor no pudo no tener una cierta intención.

[48] Véase CARPZOV, *Practica nova imperealis Saxonica rerum criminalium*, 1635, Quaestio I, 1635, n.° 28 ss., (cit. y trad. del original en latín por LEUSCHNER, en la obra citada más abajo, en esta misma nota, p. 11); ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwickelung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pp. 79 ss.; LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, t. I, Leipzig, Hirschfeld, Leipzig, 1895, p. 159; LEUSCHNER, *Der Dolus indirectus. Sein Wesen, seine Geschichte und seine praktischen Folgerungen*, Wurzburgo, Triltsch, 1935, pp. 9 ss.; más recientemente PUPPE, *supra* nota 24, pp. 2 ss.; JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 584 ss.; ÍDEM, *supra* nota 16, pp. 29 ss.; PAWLIK, *supra* nota 6, p. 396.

[49] Acerca de la distinción entre necesidad analítica y necesidad epistémica véase nuevamente KMENT, *supra* nota 46, apartado 1; DÍEZ / MOULINES, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1999, pp. 128 ss.; PÉREZ BARBERÁ, "Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: La dependencia epistémica de la prueba", en *Isonomía*, n.° 52, 2020, pp. 5-29.

[50] Las oraciones modales son las que predican no solo con un verbo principal sino también, precisamente, con un verbo modal, como "debe", "puede", etc. Que prescriban permisión u obligación, o que describan grados de posibilidad, depende del contexto (véase al respecto, por todos, KMENT, *supra* nota 46, introducción).

razonable que, para tales supuestos, el derecho imponga incluso un deber jurídico fuerte o calificado de conocer (volveré sobre este punto más adelante). Pero eso es algo contingente.

Si, en cambio, conocer –siempre en este sentido epistémico– no es necesario (ni desconocer imposible), entonces tal defecto será epistémicamente excusable, es decir, admitirá en ese plano algún nivel de justificación. De esto, por supuesto, no tiene por qué seguirse una completa excusabilidad *jurídica*: al contrario, la imputación por imprudencia resulta viable precisamente frente a desconocimientos epistémicamente excusables o atendibles.

Defectos cognitivos irracionales gravan fuertemente al agente, sin dudas, pero no en un sentido moral, ni jurídico, sino epistémico. Sólo desde este último punto de vista son reputados, aquí, como inexcusables. Es correcto, entonces, decir que en tales casos el defecto en cuestión es puro asunto del autor y, por ello, completamente injustificable. En efecto: *ceteris paribus*, cualquier persona racional habría conocido. Pero no es por esto que corresponda imputar dolo en tales casos, sino porque, si algo así sucede, el autor conocerá ya lo suficiente como para que evitar, no obstante lo que no sepa, no se represente o no prevea bien, le sea sumamente sencillo. Contará, por tanto, con suficiente dominio o control de su propia conducta: *esto*, como enseguida veremos, es lo que fundamenta la imputación dolosa siempre, también en los casos de defectos cognitivos crasos.

Como ya lo he expresado en otro lugar,[51] de que la indiferencia, el egoísmo o la desconsideración puedan ser —y hasta suelan ser— las razones últimas por las que desconocer, ignorar deliberadamente o confiar en desenlaces felices es epistémicamente injustificable o inexcusable no se sigue que haya que erigir a aquellas razones como condiciones necesarias para poder predicar dicha falta de justificación. Porque esta —cabe repetirlo— es epistémica, no ética.

Lo que está en el trasfondo de este planteamiento es un concepto *inferencial* de racionalidad, porque lo que es racional o irracional se determina en función de si, dado un estado de cosas, es posible, imposible o necesario inferir, de eso, otro estado de cosas. A mi juicio, la mejor fundamentación de este concepto de racionalidad es la que ofrece BRANDOM.[52] De acuerdo con su

[51] Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 18, p. 242.

[52] Véase BRANDOM, *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1994; ÍDEM, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2000.

explicación, que he seguido ya en otro lugar,[53] lo que nos caracteriza como seres racionales es, en efecto, nuestra capacidad inferencial.

Así, siempre de conformidad con BRANDOM cabe decir que, toda vez que un agente racional actúa,[54] expresa no solo lo que se comunica explícitamente con ese acto, sino también, por un lado, todos los compromisos (*commitments*) y habilitaciones (*entitlements*) implícitos que se siguen de dicho acto, así como los compromisos y habilitaciones de los que ese acto se sigue. Quien actúa racionalmente, en efecto, queda comprometido con todas las premisas y consecuencias necesariamente implicadas por su acción y habilitado para asumirlas; habilita, a su vez, a los demás a que le adscriban esos compromisos implícitos.[55] Y recíprocamente.

Se trata, como dice BRANDOM, de un "juego" en el que cada jugador, en sus respectivas "contadurías", continuamente "asienta" o "contabiliza" sus propias evaluaciones acerca de los compromisos y de las habilitaciones que reconoce de sí mismo y que adscribe a otro, así como las evaluaciones de este respecto de sí mismo y del otro como contraparte de ese juego en el que consiste el discurso y el obrar racional.[56] Esta es, me parece, la explicación más sofisticada hoy disponible de aquello que, incluso entre los penalistas, ha sido denominado "racionalidad comunicativa".[57]

Todo agente puede reconocer (en el sentido de admitir) sus compromisos o no reconocerlos; de todos modos, *estará* comprometido no solo con aquellos que ha reconocido como suyos, sino también con todos los que, necesariamente o casi con seguridad, se siguen de su obrar y con todos aquellos de los que su obrar, necesariamente o casi con seguridad, se sigue.[58] La necesidad de la que aquí se habla es, naturalmente, de índole epistémica, es decir: lo que no podemos no conocer a

[53] Véase PÉREZ BARBERÁ, "Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución", en *InDret*, 4/2014, pp. 29 ss. (ÍDEM, "Probleme und Perspektive der expressiven Straftheorien", en *GA*, 2014, pp. 504 ss. [pp. 520 ss.]). El análisis que sigue, en efecto, es coherente con la teoría de la justificación de la pena que esbocé allí. Siguiendo a FRISCH, siempre he destacado que debe ser consistente la relación entre dolo y merecimiento de pena (véase FRISCH, *supra* nota 26, pp. 34 ss., 42 ss.).

[54] Pueden ser actos verbales (actos de habla) o no verbales. Véase al respecto HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. I, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1981, p. 376.

[55] Fundamental al respecto BRANDOM, *supra* nota 52, pp. 166, 193 s.; ÍDEM, *supra* nota 52, p. 81.

[56] Véase BRANDOM, *supra* nota 52, pp. 141 ss.

[57] Véase p. ej. BACIGALUPO, *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 45, 98. La expresión "racionalidad comunicativa" remite, por lo demás, no tanto a LUHMANN, como es usual creer, sino más bien a HABERMAS, como el propio BACIGALUPO se ocupa de dejarlo en claro (ibíd., p. 31). Véase p. ej. HABERMAS, *Facticidad y validez* (trad. Manuel JIMÉNEZ REDONDO), Madrid, Trotta, 1998, p. 65.

[58] Eso es lo que fundamenta la distinción entre *estar* comprometido y *tener por* comprometido. Véase al respecto BRANDOM, *supra* nota 52, pp. 495 ss., 592 ss.

partir de lo que ya conocemos. Todos esos compromisos, por tanto, se le adscribirán al agente. Y en tal sentido es importante resaltar: lo que se le adscribe es un *compromiso* (implicado en el obrar racional), no un estado mental.

En efecto, dado que actuar implica voluntad y esta, a su vez, una determinada base epistémica (es decir: una determinada base cognitiva), actuar de una determinada manera nos compromete con las bases epistémicas involucradas. Es decir, hacer *p* implica tener que saber *q*; dicho de otro modo: quien hace *p*, está comprometido, lo reconozca o no, con el conocimiento de *q*, al menos si quiere ser tenido como un agente racional.[59] Si no obstante no conoce *q*, no se dirá de él que, en realidad, sí conoció *q*; se admitirá su desconocimiento al respecto y se dirá simplemente que, *como tenía que conocer* (en un sentido epistémicamente fuerte), su defecto cognitivo es irracional. Lo mismo vale para los supuestos de previsión crasamente errónea. Es decir, no se le adscribe al agente un conocimiento que no tuvo.[60]

"Compromiso", en este contexto, tiene ciertamente un sentido modal, pero otra vez: no deóntico, sino epistémico. Estar comprometido con conocer *q* no significa, todavía, que el agente tenga el deber jurídico de conocer *q*; eso es algo contingente que dependerá de lo que al respecto se decida desde el derecho. Significa, únicamente, que en términos fácticos es necesario que el agente conozca *q* y que *en ese sentido*, por tanto, no puede no conocer *q*.

Así, en el caso de los *rugbiers*, p. ej., de que los atacantes supieran que pegaban violentas patadas en la cabeza de la víctima no se sigue que *se representaron* que podían matarla, sino que, necesariamente, *tenían que* representarse eso. Otra vez: no se les adscribe haber conocido, sino el compromiso de conocer. Y si se trata de su confianza irracional en que no matarían, lo que se les adscribe es el compromiso de no poder confiar en eso. Todo lo que esto implica es que, epistémicamente, quedan inhabilitados a alegar su desconocimiento o su confianza como excusa; pero no implica —de ningún modo— atribuirles un conocimiento que no tuvieron, o negar que confiaran en un desenlace feliz.

[59] Véase BRANDOM, *supra* nota 52, pp. 157 ss.; ÍDEM, *supra* nota 52, pp. 189 ss.

[60] Que es lo que proponen autores como HRUSCHKA y RAGUÉS I VALLÈS. Señalé en su momento que este es, a mi juicio, un problema serio de la propuesta que presenta RAGUÉS I VALLÈS en su tesis doctoral (véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 741 ss.) y que la misma crítica vale para la tesis de HRUSCHKA sobre el concepto de dolo (expuesta en HRUSCHKA, "Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes", en GÖSSEL / KAUFMANN, *Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag*, Múnich, C. H. Beck, 1985, pp. 191 ss.).

3. La irrelevancia de la indiferencia como fundamento del dolo

Quedó claro ya que, si se sigue el esquema de PAWLIK, para que un caso de representación deficiente o de confianza errónea en la no producción del resultado pueda ser imputado como doloso no basta la mera "ceguera" frente a un peligro evidente, sino que es necesario, además, que esta se explique por motivos moralmente reprochables, como la indiferencia o la desconsideración. Lo mismo vale para JAKOBS. La concepción de ambos, por tanto, es sustancialmente equivalente al "*restricted motive approach*" del *common law* respecto de la ignorancia deliberada.

Ya expliqué por qué la indiferencia y cualquier otra motivación moralmente reprochable no pueden jugar ningún papel en la fundamentación de la inexcusabilidad de aquellos defectos cognitivos. Aquí resta explicar por qué la reprochabilidad de los motivos tampoco tiene ninguna relevancia en la fundamentación del dolo o de aquello que, en el contexto anglosajón, se consideraría una culpabilidad de la ignorancia equivalente a la del conocimiento.[61]

a) La indiferencia como mero indicador fáctico

Se ha sostenido, con razón, que los motivos abyectos —en los tipos penales que los mencionan, que por lo general son calificaciones de tipos básicos— son meros epifenómenos de lo que realmente interesa, que es la completa falta de justificación objetiva de una clase de conducta.[62] Pues bien, de igual modo, la indiferencia, el egoísmo, la desconsideración y cualquier otra motivación inmoral constituyen meros epifenómenos del dolo como categoría de imputación. Por eso, desde un punto de vista probatorio, pueden resultar útiles como guías o indicios para, justificadamente, creer que una imputación por dolo es *prima facie* merecida. Pero de esto, como ya se dijo, no se sigue que tengan que jugar un papel conceptual en el marco de la fundamentación del dolo.

Lo mismo vale para el conocimiento, la intención, la voluntad de evitación, la confianza en un desenlace feliz y cualquier otro estado mental,[63] así como para la entidad del peligro creado, la

[61] Véase al respecto, por todos, HUSAK / CALLENDER, "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpabilitiy' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", en *Wisconsin Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 29-69.
[62] Fundamental, al respecto, PERALTA, *Motivos reprochables*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2012, pp. 261 ss., 312.
[63] Entran en consideración, en efecto, todos los estados mentales, sean cognitivos (no solo representaciones sino también creencias, como p. ej. la confianza —que es en rigor una creencia— errónea en que el resultado previsto no ocurrirá), volitivos (como intenciones) o disposicionales; entre estos últimos cuentan, en especial, los motivos (como, p. ej., precisamente la indiferencia, la desconsideración o el egoísmo, entre otros). Sobre todo esto véase PÉREZ BARBERÁ, *supra*

obviedad de ciertos rasgos objetivos del hecho punible, la amenaza de *poena naturalis*, etc. Todos esos datos fácticos, internos y externos, pueden ser, llegado el caso, *indicadores* de la presencia o ausencia de dolo.[64] Pero —otra vez— precisamente por eso son contingentes: de que usualmente se presenten en los casos dolosos no se sigue que *tengan que* darse para que sea viable imputar dolo.

PAWLIK cree que su explicación, por erigir a la indiferencia como requisito central para imputar dolo, parte de "consideraciones axiológicas, en lugar de ontológicas",[65] lo cual, según él, sería más acorde con un enfoque normativo del problema. Sin embargo, así planteada la cuestión (es decir, sin especificaciones ulteriores), esa afirmación constituye un error categorial. Porque, como ya dije, 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 cuando 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.

De todas formas, hay que considerar el argumento de PAWLIK en su mejor luz. Como vimos, él justifica requerir indiferencia para imputar dolo porque entiende que con esto su fundamentación es axiológica (es decir, normativa) y no ontológica. Es verdad que esto implica poner el foco en el epifenómeno y no en lo que realmente interesa, que es la premisa normativa de la que se parte para fundamentar el dolo. Pero lo cierto es que la indiferencia, al menos del modo en que es entendida aquí,[66] proporciona una señal muy clara acerca de cuál es esa premisa normativa para autores como PAWLIK y JAKOBS, aunque no la expliciten: esta no puede sino rezar que *es justo atribuir más responsabilidad penal a quien se distancie del derecho —o de los derechos de otro— porque estos no le interesan*. Es, como enseguida se verá, una premisa muy problemática. Pero lo importante es que está implícita en los razonamientos de ambos autores y que, por tanto, aquellos son genuinamente normativos.

Qué datos fácticos (incluidos los estados mentales) han de ser reputados relevantes para que una imputación por dolo esté justificada depende, precisamente, de la premisa normativa en la que

nota 6, pp. 702 ss., 730 ss.; en particular sobre disposiciones y conceptos disposicionales véase HASSEMER, "Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsdogmatik", en LÜDERSSEN/SACK, (eds.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, t. I, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1980, pp. 229 ss.; MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1998; todos con más referencias bibliográficas.

[64] Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, p. 43.

[65] PAWLIK, *supra* nota 6, p. 408.

[66] Desde luego que la indiferencia puede ser también una virtud (p. ej., si se es indiferente a ciertas tentaciones inmorales); la indiferencia que aquí interesa, por tanto, es la que manifiesta un agente frente a intereses *valiosos*.

a su vez tiene sustento el concepto de dolo del que se parte. Respecto del fundamento que dé respaldo teórico a esa premisa y a ese concepto existen, sin embargo, restricciones tanto conceptuales como políticas. En cuanto a las conceptuales, debe evitarse exigir, como necesarios, requisitos que generen tanto infrainclusión como sobreinclusión crasas;[67] de lo contrario, la fundamentación resultante será implausible (o inconsistente si, en aras de plausibilidad, se obtienen conclusiones que no se siguen del punto de partida adoptado). Y en cuanto a las políticas, ha de tratarse de una premisa normativa que sustente un concepto de dolo compatible con un Estado de derecho liberal; de lo contrario, la fundamentación resultante será ilegítima.

Tanto PAWLIK como JAKOBS desatienden ambas restricciones. En cuanto a la primera, la premisa normativa implícita —señalada más arriba—, a partir de la cual ambos autores exigen un déficit moral grave (indiferencia, egoísmo, desconsideración, etc.) para que sea admisible una imputación por dolo en casos de cegueras fácticas, les genera dos problemas: en primer lugar, que, dilemáticamente, deban admitir o bien consecuencias coherentes en el marco de sus sistemas pero implausibles por crasamente infrainclusivas (y contrarias al derecho positivo vigente), o bien consecuencias plausibles, pero internamente inconsistentes. Y en cuanto a la segunda, el fundamento escogido conduce a que sus conceptos de dolo no sean claramente compatibles con un derecho penal liberal. Fundamentaré ambos cuestionamientos a continuación.

b) La indiferencia como requisito conceptualmente implausible

De acuerdo con los recorridos históricos muy minuciosos que, desde perspectivas muy diferentes, han sido llevados a cabo en materia de imputación subjetiva,[68] algo es seguro: la modificación del concepto de dolo que JAKOBS, PAWLIK y yo proponemos no pretende dejar de considerar dolosos a supuestos que, para la doctrina dominante, serían casos claros (o paradigmáticos) de dolo.[69] A lo sumo buscamos demostrar que deberían ser dolosos ciertos supuestos de hecho marginales (ceguera ante los hechos, ignorancia deliberada) que esa doctrina

[67] Es decir: porque, jurídicamente, permitan capturar como dolosos *menos* casos de los que, por razones morales o axiológicas, correspondería (infrainclusión); o porque, jurídicamente, permitan capturar como dolosos *más* casos de los que, por razones morales o axiológicas, correspondería (sobreinclusión).

[68] Véase, entre otros, RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 40, pp. 53 ss.; STUCKENBERG, *supra* nota 26, pp. 501 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 159 ss.; PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 362 ss.

[69] Es cierto, no obstante, que de acuerdo con mi tesis algunos casos que por lo general son considerados dolosos deberían ser imputados como imprudentes (y por tanto impunes en el contexto de nuestros derechos positivos), como las tentativas irreales y supersticiosas. Pero esos, claramente, no son casos paradigmáticos de dolo (véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 133 ss.).

mayoritaria todavía considera imprudentes, lo que implica no restringir sino, al contrario, ampliar el ámbito de aplicación del dolo.

Pues bien, de acuerdo con esa concepción estándar de lo que cabe considerar doloso, son perfectamente concebibles casos de "dolo altruista" y de "imprudencia egoísta".[70] Por eso hay acuerdo total, p. ej., en que el homicidio por piedad debe ser imputado como doloso:[71] un caso claro de dolo altruista. Esto, por lo demás, es consistente con el derecho positivo, que considera dolosa a esa clase de conducta y que, en todo caso, admite que el altruismo de la motivación —en ese supuesto y en cualquier otro— sea tenido en cuenta en la determinación de la pena, o incluso que disminuya la escala penal del tipo respectivo.[72]

En el esquema de PAWLIK, sin embargo, el homicidio por piedad debería ser imputable como imprudente, porque aquí el autor no obra por indiferencia y, por tanto, no estaría enemistado con el derecho. Esto sería, sin dudas, internamente consistente en el marco de su sistema, pero seriamente implausible: ¿cómo no imputar dolo si el autor mata queriendo matar y generando un peligro elevado a través de un medio adecuado para ello, siendo consciente de todas esas circunstancias? El dilema es evidente: si PAWLIK, en aras de ser convincente, afirmase que allí hay dolo, no sería consecuente con las bases de su programa. La misma crítica vale, ciertamente, para JAKOBS.

Podría decirse, con todo, que el ejemplo del homicidio por piedad muestra que la indiferencia, el egoísmo o cualquier otro motivo reprochable no pueden ser tenidos como definitorios o como condición conceptualmente necesaria de lo que se conoce como dolo directo de primer grado. Pero que, no obstante eso, no es idóneo para refutar la tesis de que esos motivos moralmente defectuosos son el rasgo común que tienen todos los casos de dolo eventual y, en particular, los de ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada. Esta objeción hipotética tendría ya el problema de que prescindiría de un concepto unitario de dolo, algo que, sin dudas, no sería del agrado de PAWLIK (ni de JAKOBS). Pero, fuera de ello, de la mano de otros ejemplos podrá comprobarse que, de

[70] Véase GRECO, "Comentario al artículo de Ramón Ragués", en *Discusiones*, n.º 13, 2013, p. 73. "Por lo demás, los quebrantamientos de la norma más inequívocos pueden ocurrir sin 'indiferencia' y sin 'egoísmo'" (SANCINETTI, *supra* nota 19, p. 236).

[71] Véase, por todos FISCHER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 61.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2014, § 213, n.º m. 10 y 13, pp. 1488 s.). En la Argentina, según las circunstancias, sería subsumible o bien como homicidio simple doloso (art. 79, CP), o bien como homicidio, siempre doloso, agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1.º, CP) pero atenuado por circunstancias extraordinarias (art. 82, CP). Respecto del carácter doloso de este último caso véase, por todos, CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 6.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 16).

[72] Véase art. 41, inc. 2, CP; StGB, § 46, párrafo 2. Véanse además las referencias legales citadas en la nota anterior.

considerarse que los motivos reprochables son condición necesaria de una imputación dolosa en casos de cegueras cognitivas respecto de circunstancias fácticas, se llegaría a resultados tan implausibles como el de considerar imprudente al homicidio por piedad.

Esto se puede demostrar con sencillez de la mano del siguiente caso de ignorancia deliberada (cuyo protagonista sería más un "avestruz" que un "zorro"),[73] que muestra que tampoco es necesario que esa decisión de no conocer esté motivada en una razón moralmente reprochable para que el caso en el que opere sea imputable a dolo.[74]

Piénsese en un empresario honesto, sin herederos, que sabe que una enfermedad terminal acabará con su vida en pocos meses y cuya empresa está casi en bancarrota, porque no consigue trabajo. Le surge, sin embargo, la oportunidad de que le sea adjudicada una obra pública en un área en la que sabe que es casi imposible obtener un contrato sin corrupción. Pero para evitar que sus empleados se queden sin trabajo le pide a su gerente que consiga ese contrato como sea, sin contarle nada de lo que haga para lograrlo. El empresario actúa de ese modo porque teme que sus escrúpulos puedan interferir en el éxito de la gestión. El gerente corrompe al funcionario competente con dinero que obtiene de la venta (que le oculta al empresario) de una máquina de la empresa y obtiene el contrato. El empresario no se entera de los detalles esenciales del hecho, en particular de si el gerente pagó, o no, un soborno. Todas las ganancias del contrato son destinadas a evitar la bancarrota y a pagar los salarios de sus empleados, que gracias a esto logran conservar su trabajo.

[73] Véase LUBAN, *supra* nota 11, pp. 967 ss.

[74] En cuanto a la idea de ignorancia deliberada desarrollada en el ámbito anglosajón ya se ha visto que este es el punto que genera los mayores disensos, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. En la jurisprudencia de Estados Unidos, concretamente, el punto de vista mayoritario es el que no da relevancia a la motivación reprochable (el ya mencionado "*unrestricted approach*"), consagrado en United States v. Carmen Denise Heredia, 429 F.3d 820 (9th Cir. 2005). Lo sostienen ocho de las once cortes de apelaciones del circuito federal (véase SARCH, *supra* nota 7, pp. 1024 ss.) y recientemente ha recibido un apoyo decisivo por parte de la Corte Suprema de ese país en el caso Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB SA, 563 US 754 (2011): véase especialmente el apartado b. Al respecto véase también RIZZI, *supra* nota 7, pp. 18 ss. En la doctrina, en cambio, prevalecería el punto de vista que sí da relevancia a la motivación reprochable (el también ya mencionado *restricted motive approach*). Es el que sostienen, entre otros, LUBAN, *supra* nota 11, p. 969; HUSAK / CALLENDER, "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpabilitiy' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", en *Wisconsin Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 29-69, entre otros. SARCH critica al *restricted motive approach* por infrainclusivo y al *unrestricted approach* por sobreinclusivo e intenta ir por un camino intermedio; pero tras un extenso recorrido termina exigiendo motivación reprochable (véase SARCH, *supra* nota 7, p. 1087). Más allá de esto, coincido con él en que el *restricted motive approach* es infrainclusivo; le caben, por tanto, todas las objeciones que despliego en el texto contra el punto de vista equivalente —en lo esencial— de PAWLIK y JAKOBS.

También aquí, como se ve, la motivación del autor es altruista: evitar que sus empleados pierdan su trabajo. No obra, por tanto, ni con egoísmo ni con indiferencia.[75] Ahora bien, asumido como viable el dolo sin representación de todos los elementos del tipo y que no es punible el cohecho imprudente, ¿sería axiológicamente correcto dejar impune al empresario por considerarse necesario, para poder imputar dolo, que la decisión de ignorar deliberadamente tenga una motivación reprochable, como indiferencia, egoísmo, etc.? Honestamente, creo que no, sin perjuicio de que ese dato sea tomado en consideración en la motivación de la pena.

Lo mismo podrá apreciarse de la mano del siguiente ejemplo, que describe un supuesto de ceguera ante los hechos. Piénsese en esta suerte de variante del caso de la correa de cuero:[76] *A* ama a su madre, ya anciana y muy débil, pero, todavía, con algunos años de vida por delante. Un usurero le hace saber a *A* que su madre tiene serios problemas económicos y que le debe mucho dinero; que ha investigado a la anciana y sabe que el único bien valioso que tiene es un collar de perlas que heredó de su abuela, al que luce continuamente en su frágil y delgado cuello; sabe, asimismo, que por el valor afectivo que el collar tiene para ella no está dispuesta a entregarlo, bajo ninguna circunstancia. Por eso el usurero concede a *A* tres días para que obtenga ese collar y se lo entregue, bajo la amenaza de que, de lo contrario, matará a su madre en algún momento. *A* es pobre y no tiene bienes suficientes para ayudar a su madre, pero en lugar de pedir dinero a otra persona o llamar a la policía decide robarle el collar esa misma noche, para dárselo de inmediato al usurero y evitar todo riesgo de que su madre muera asesinada. *A*, sin ninguna experiencia en estas cosas, se enmascara para no ser reconocido y va al encuentro de su madre mientras ella duerme. Tensa con fuerza un cinturón de cuero en el cuello de ella para dejarla inconsciente por un momento y quitarle el collar; su madre, sin embargo, se despierta y se resiste un poco. *A*, entonces, la ahorca con mucha más fuerza con el cinturón, sin representarse en ningún momento que por eso podría matarla (algo que, por supuesto, no quiere de ningún modo), pese a que es ostensible la debilidad de la anciana y la fuerza con la que el cinto presiona su cuello. La madre, a los pocos segundos, muere debido a la asfixia que le provoca la maniobra estranguladora de su hijo.

Piénsese el mismo caso, pero con la siguiente modificación: *A* se representa en algún momento, vagamente, la posibilidad de que su madre muera debido a su estrangulamiento, pero confía en que

[75] Aquí PAWLIK podría objetar que el autor sí ha obrado con indiferencia, claramente no por su motivación, pero sí respecto de la norma penal que prohíbe el cohecho. Por supuesto que sí. Pero eso implicaría entender a la indiferencia como equivalente a "posicionamiento contrario al derecho" y otorgarle por tanto una significación y una función superfluas y sin ningún poder explicativo para distinguir entre dolo e imprudencia (véase al respecto *infra*, V.2).

[76] BGHSt. 7, 363, sentencia del 22/4/1955 (causa 5 StR 35/55). Ampliamente sobre este caso PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 262 ss.

eso no ocurrirá. O preséntese el ejemplo del modo —muy plausible— en que podría ser reconstruido el caso de la correa de cuero si se aplicara correctamente el aparato conceptual de SCHMIDHÄUSER:[77] en algún momento el autor se representa como posible la muerte de su madre, pero no en el instante exacto de llevar a cabo la acción mortal, porque si en ese momento hubiese tenido esa representación, no habría continuado, dado que de ningún modo quería matarla.

En cualquiera de las variantes del ejemplo (ausencia de representación, representación intermitente o confianza en que no ocurrirá el resultado que el agente sí se representa como posible), ¿sería plausible tener a este hecho como un homicidio meramente imprudente? A mi juicio, claramente no: es un caso que, como el de la correa de cuero, sin dudas debería ser imputado como doloso, por las razones que luego detallaré (y, en contra de lo que piensa JAKOBS, incluso pese a la amenaza de una *poena naturalis*).[78] Sin embargo, el autor obró de ese modo porque, aun sin que se den los requisitos del estado de necesidad, quería salvar a su amada madre: dolo altruista, otra vez. Parece claro, entonces, que hay que descartar la indiferencia y cualquier otra motivación inmoral como relevante para justificar la imputación por dolo también en los casos de dolo eventual, incluidos los de ceguera ante los hechos.

Casos como estos o el del homicidio por piedad muestran, como se ve, cuán crasamente infrainclusivo es el concepto de dolo que PAWLIK y JAKOBS proponen. El punto, claro está, es dar con las razones que justifican que se impute dolo pese a la ausencia de "maldad" o incluso de indiferencia. Pero a ello me referiré más adelante (*infra*, IV). Aquí es pertinente, todavía, señalar lo que sigue acerca de la postulación de indiferencia u otras motivaciones moralmente reprochables como requisito necesario para la imputación por dolo.

4. La ilegitimidad de la indiferencia

Aun si quien obra con ceguera ante los hechos o ignorancia deliberada lo hace por indiferencia, egoísmo o desconsideración —algo que, como dije, ciertamente ocurre muchas veces—, desde el punto de vista de un derecho penal liberal no sería legítimo —sin más— fundar ni la inexcusabilidad de ese déficit cognitivo ni el dolo mismo en la motivación inmoral del autor. Porque eso implicaría

[77] Véase toda la explicación, con las referencias bibliográficas pertinentes, en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 499 ss.; ÍDEM, *supra* nota 21, pp. 454 ss. (pp. 454 s.). Allí se explica que, llamativamente, SCHMIDHÄUSER, respecto del caso de la correa de cuero, llega a una conclusión inconciliable con su punto de partida.
[78] Véase JAKOBS, *supra* nota 6, p. 596.

que su grado de responsabilidad penal se decida en función no de lo que aquel hace, sino de su posicionamiento moral respecto de lo que su conducta provoca.

Ya se vio que la premisa normativa —implícita— que fundamenta el dolo en el argumento de PAWLIK (y en el de JAKOBS) reza que es justo imputar más responsabilidad penal a quien se aparta del derecho por motivos moralmente muy reprochables que al que lo hace por motivos que, desde ese mismo punto de vista, son menos reprochables o directamente no reprochables. Dicho de un modo más coloquial —pero equivalente—, según esa premisa sería justo imponer más pena al "malo" (o al indiferente) que al "bueno" (o al deferente), aunque tanto objetiva como subjetivamente —con excepción del motivo— ambos realicen de igual manera un mismo tipo penal.[79] Esto, sin embargo, no es del todo consistente con un derecho penal liberal.[80]

En un derecho penal liberal no es viable, en principio, que el dolo tenga su fundamento en la motivación del autor, en particular no en su motivación reprochable por razones morales. Ya la idea misma de "*enemistad* con el derecho", fuera de que es vaga en exceso, tiene una vinculación fuerte con un derecho penal de autor. Porque, aunque desde ese lugar se tome en cuenta también lo que el agente hace (ignorar crasamente), lo cierto es que se evalúa eso en función de una toma de postura interna de aquel frente al orden jurídico. Y es esto precisamente lo que no casa bien con un derecho penal de acto.

IV. El fundamento del dolo

En el apartado III.3 he sido bastante minucioso, creo, en mostrar qué, a mi juicio, no debe fundamentar el dolo y lo hice polemizando, siquiera en parte, con la concepción de PAWLIK. Resta, sin embargo, exponer las bases centrales de lo que, a mi juicio, sí fundamenta el dolo, entendido como concepto no tanto "unitario", sino básico, en el sentido de que captura todas las formas del dolo.

[79] PAWLIK y JAKOBS, en efecto, si fueran consistentes con sus puntos de partida deberían concluir que si *A* desenchufara el respirador de *B* para matarlo por piedad, actuaría sin dolo; mientras que si hiciera exactamente lo mismo pero porque quiere heredar sus bienes, actuaría con dolo.

[80] Y tampoco sería aceptable para el republicanismo en tanto doctrina que enfatiza la idea de libertad como no dominación: imponer a los individuos parámetros morales desde el Estado implica, en efecto, una forma de dominación; sobre republicanismo véase PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 51 ss.

1. Pertinencia de un concepto básico de dolo

El fundamento *general* del dolo no puede consistir en la inexcusabilidad de no conocer. Por lo pronto, fuera de otras razones de fondo, porque eso no es lo que sucede en todo caso doloso sino, únicamente, en los supuestos de dolo con representación deficiente: ceguera ante los hechos, ignorancia deliberada, etc. Su fundamento tiene que ser tal que capture el rasgo que caracteriza *toda* forma de dolo; es decir, también lo que se conoce como dolo directo de primero y de segundo grado y el dolo eventual en su versión tradicional. Tal como lo advertí ya en mi tesis doctoral, el concepto de dolo que propongo no conduce a abandonar la clasificación corriente entre distintas formas de dolo: una básica (que se correspondería con el dolo eventual con representación deficiente) y otras calificadas.[81]

Lograr dar con un concepto básico de dolo es importante porque es lo que justifica que se considere y que se denomine "dolo" a toda forma de imputación que comparta un rasgo común y que ha de ser, en sustancia, la más grave.[82] Con solo dos categorías (*de lege lata*: dolo e imprudencia), pero ninguna de estas rígida en cuanto a la exigencia de conocimiento efectivo, se logra, por lo demás, un *continuum* en la atribución de responsabilidad que permite cubrir de modo axiológicamente correcto un muy amplio espectro de casos y que por tanto torna problemática la incorporación de nuevas categorías (rígidas), como la del *recklesness* del derecho anglosajón.[83] Me parece, en efecto, que la solución con base teórica más sólida para lograr aquel resultado ventajoso para la imputación subjetiva no pasa por flexibilizar la cantidad admisible de categorías rígidas (para agregar otras igualmente rígidas), sino —como tempranamente lo advirtió JAKOBS—[84] por flexibilizar, para la imputación dolosa, las categorías disponibles, en particular por flexibilizar la exigencia de conocimiento efectivo de todos los elementos del tipo.

[81] Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 686 ss.

[82] Como bien dice PAWLIK, *de lege ferenda* al menos no interesan las etiquetas ("dolo", "imprudencia", etc.). Véase PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal* [trad. Ricardo ROBLES PLANAS y otros], Barcelona, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 150 s., p. 155.

[83] En contra de la solución (propuesta por WEIGEND y RAGUÉS I VALLÈS, entre otros) de incorporar más categorías de imputación, como esta de la *recklesness*, ya me he pronunciado en otro lugar, con las pertinentes referencias a los antecedentes históricos de esa idea, que en el ámbito alemán se remontan al siglo XIX (véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 202 s.; ÍDEM, *supra* nota 18, pp. 234 s.). Últimamente se ha propuesto, incluso, directamente eliminar el "dolo eventual" y reemplazarlo por la mencionada *recklesness*: véase HÖRNLE, "Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie 'bedingter Vorsatz'", en *Juristenzeitung*, 2019, pp. 440 ss. (pp. 445 ss.).

[84] Véase ya JAKOBS, *supra* nota 23, 8/5, pp. 259 s.; véase asimismo FELIP I SABORIT, *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del código penal*, Barcelona, Atelier, 2000.

2. Evitabilidad como parámetro de la capacidad de acción en el ilícito

En materia penal, como es sabido, la opinión dominante diferencia entre ilícito y culpabilidad.[85] Siguiéndose a KINDHÄUSER puede decirse que, en el plano del ilícito, corresponde ocuparse de la cuestión de la *capacidad de acción*, y que, en el plano de la culpabilidad, se examina lo relativo a la *capacidad de motivación*.[86] Por eso, en el ámbito propio del ilícito los interrogantes esenciales son: ¿supo el autor, o podría haber sabido, lo que hizo? Y como consecuencia de eso, ¿podría haber evitado lo que hizo?[87] En la culpabilidad, en cambio, las preguntas estándares son las siguientes: ¿conoció el autor, o podría haber conocido, la prohibición o el mandato reforzados por la norma jurídico-penal de que se trate? Y como consecuencia de eso, ¿podría haber evitado la violación del derecho?[88]

La posibilidad de evitación (o evitabilidad) cumple, pues, un papel esencial para ambas categorías. Que PAWLIK cuestione la pertinencia de la distinción entre ilícito y culpabilidad —al menos para cierto espectro de la teoría del delito— no modifica en nada lo que se acaba de señalar. Porque, incluso en su esquema, estos son interrogantes que *tienen que ser planteados*, solo que su examen habrá de tener lugar, en todo caso, en locaciones sistemáticas diferentes a las tradicionales.[89]

De lo que se trata en el momento de la imputación subjetiva es de *distribuir* la carga o exigencia de mantenerse fiel al derecho, de acuerdo con criterios de atribución de responsabilidad —dolo e imprudencia, p. ej.— que tienen que ser consistentes, por tanto, con principios de justicia distributiva.[90] Es, en efecto, un principio de esta clase el que, en mi fundamentación, opera como

[85] Véase, por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, § 7, n.º m. 57 ss.

[86] Así KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, § 5, n.º m. 8 s.; ÍDEM, *Gefährdung als Straftat*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1989, pp. 29 ss.

[87] Véase al respecto JAKOBS, *supra* nota 23, 9/2, p. 316.

[88] Véase al respecto KINDHÄUSER, *supra* nota 86, § 21, n.º m. 5 ss., pp. 179 ss.

[89] También JAKOBS ha pretendido relativizar estas distinciones, sosteniendo que, en verdad, no solo en la culpabilidad, sino también en el ilícito es siempre determinante la orientación en función de normas (véase JAKOBS, *supra* nota 31, pp. 10 ss.). Eso, a su juicio, sería obvio con los elementos normativos del tipo (para saber qué es "ajenidad", en el hurto, habría que tener una noción del derecho civil, etc.). Pero lo mismo ocurriría con los denominados elementos objetivos, porque estos, en su opinión, describirían siempre referencias a derechos y por tanto serían, en rigor, elementos normativos ("ser humano", p. ej., sería un elemento normativo del tipo porque "lo que se destruye es la propiedad sobre el cuerpo"). Este análisis, sin embargo, es a mi juicio equivocado. Por lo pronto porque pasa por alto la conocida —y *crucial*, para evitar estos equívocos— distinción de SEARLE entre hechos brutos y hechos institucionales: estos últimos son hechos, aunque estén configurados también por normas (véase SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* [trad. Luis M. VALDÉS VILLANUEVA], Barcelona, Planeta-De Agostini, 1994, pp. 58 ss.).

[90] La bibliografía es inabarcable. Para un panorama de acceso simple y a la vez muy completo véase LAMONT / FAVOR, "Distributive Justice", en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/ [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

premisa normativa explícita para justificar por qué es correcto que, frente a determinadas condiciones fácticas, corresponda la atribución de un cierto grado de responsabilidad.[91] El principio distributivo en cuestión reza, básicamente, que *es moralmente correcto —o justo— exigir más de quien puede más*.

La premisa normativa en cuestión es consistente con los principios distributivos favorecidos por las concepciones que atienden, sobre todo, al merecimiento, entendido aquí, no obstante, no en términos retributivos ("porque hiciste un mal, mereces un mal"), sino distributivos ("puedes más porque haces *p*, entonces mereces que se te exija *q*"). El ejemplo impositivo estándar sería: puedes más porque ganas más, entonces mereces que se te exija que tributes más.[92] Esta concepción, en tanto se centra en lo que el agente puede por lo que hace, y distribuye responsabilidad en función de eso, se ajusta perfectamente al proceso estándar de imputación propio del derecho penal liberal.

La premisa normativa en cuestión es, como se ve, contingente respecto del dato fáctico al que otorga relevancia (a saber: la mayor evitabilidad). Porque si bien "debe" implica "puede",[93] de "puede" no se sigue "debe".[94] No es, entonces, que del hecho de que el agente pueda más se siga directamente que él debe ser hecho más responsable que si puede menos. Esta conclusión, que es de índole práctica, viene consecuentemente mediada por la premisa normativa en cuestión, que *agrega* una razón moral a partir de la cual se afirma que, aunque de "puedes más" no se siga "debes más", en este contexto es justo que quien puede más deba más o que deba responder con más. Por supuesto que la corrección moral de esa premisa normativa puede ser puesta en cuestión,[95] pero en tanto sea admitida estará justificado que la comunidad exija con mayor vigor que no cometan delitos a aquellos que menos tienen que esforzarse para evitarlos.[96]

---

[91] En la culpabilidad ocurre exactamente lo mismo, solo que el *resultado* de la distribución de culpabilidad (que incluye el de la ilicitud) constituirá la base a partir de la cual, en función ya de criterios de justicia retributiva, se determinará si corresponde responder con pena y, en su caso, con cuánta.

[92] Acerca de concepciones "*desert-based*" de justicia distributiva véase nuevamente LAMONT/FAVOR, *supra* nota 90, apartado 6.

[93] "*Ultra posse nemo obligatur*".

[94] Esto sería una falacia naturalista que vulneraría el "abismo lógico de Hume".

[95] La objetarían los libertarios *à la* Nozick, p. ej. véase LAMONT / FAVOR, *supra* nota 90, apartado 7. Y desde otro lugar ha sido cuestionado, p. ej., que el ingreso a universidades de prestigio atienda solo a factores ligados al merecimiento. Véase DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1977, pp. 223 ss.

[96] Como se ve, de ninguna manera "abjuro" de la inclusión de *premisas* morales en la fundamentación de un criterio jurídico de atribución de responsabilidad penal. Pero eso es algo muy diferente a admitir que se fundamenten esos criterios a partir del hecho de que el *agente* actúe inmoralmente. Me interesa, asimismo, dejar en claro que lo dicho en mi argumento no implica incluir a la moral en el derecho; simplemente apunta a configurar un derecho que, en todo caso, sea consistente con la moral, presupuesta como un sistema normativo independiente.

En la fundamentación que propongo, entonces, el dato fáctico que la premisa normativa en cuestión torna relevante está ligado al grado de evitabilidad. Por eso, tanto en el ilícito como en la culpabilidad todo lo que interesa es determinar si, y en qué medida, el autor podía —y, como consecuencia *válida* (aunque no necesaria) de ello, debía— evitar: la conducta (en el ilícito) y la violación del derecho (en la culpabilidad). Que la ilicitud del agente sea dolosa o imprudente, asumido desde luego que la dolosa es la más grave, dependerá por tanto solamente de esa circunstancia estrictamente fáctica, pero normativamente relevante a partir de la premisa práctica especificada; y no, como sucede en la fundamentación de PAWLIK, de la incorreción moral de la motivación del agente.

El grado de evitabilidad depende, a su vez y como ya se dijo, de cuán cognoscibles (o, en su caso, conocidas) hayan sido, para el autor las consecuencias o ciertas características de su comportamiento. Asumido, como dice JAKOBS, que hubiese querido evitar.[97] Se trata, en efecto, solo de cuánto puede el autor *dominar* o *controlar* —fácticamente— su comportamiento y, en su caso, las consecuencias de este, analizado esto, naturalmente, desde una perspectiva *ex ante*, porque un peligro de muy elevada magnitud, una vez iniciado el comportamiento que lo genera, puede que ya no sea controlable en absoluto. La incorrección moral de la motivación del agente no interesa no solo porque, como dije, tener eso en cuenta es ilegítimo en el marco de un derecho penal liberal, sino también porque tal déficit moral no incide en absoluto en la posibilidad de dominio o de control ni de lo que se hace ni de lo que, con lo que se hace, se provoca. En los casos de cegueras fácticas, por tanto, el punto neurálgico de la cuestión que aquí interesa es mostrar por qué el dominio del agente sigue siendo suficiente para imputar dolo pese a lo que desconoció.[98]

Desde luego que, como ya dije, estados mentales como el conocimiento, la efectiva representación como posible de la realización del tipo, la voluntad de su realización, etc. pueden jugar —en tanto no sean irracionales— un papel indiciario[99] muy importante para la ilicitud dolosa. Porque, *ceteris paribus*, quien sabe lo que hace y quiere lo que sabe domina más su comportamiento y controla mejor sus consecuencias —y estos, por tanto, resultan más fácilmente evitables— que quien no sabe lo que hace y, por consiguiente, tampoco lo quiere. ¿Significa esto, entonces, que el conocimiento o la representación efectiva de *todos* los elementos de un tipo penal y la voluntad de

[97] Véase al respecto JAKOBS, *supra* nota 23, 6/27, pp. 140 s.

[98] Esto mismo es lo que se intenta justificar, en el derecho penal anglosajón, con la "tesis de la equivalencia de la culpabilidad" respecto de la ignorancia deliberada. Y tanto aquí como allá la discusión es la misma: ¿es la motivación reprochable lo que debe ser tenido en cuenta para afirmar o negar tal equivalencia o la motivación no cuenta en absoluto?

[99] Véase HASSEMER, "Kennzeichen des Vorsatzes", en DORNSEIFER y otros (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia, Heymanns, Colonia y otras, 1989, pp. 289 ss.

realizarlos a *todos* tienen que ser erigidas como condiciones empíricas necesarias para la imputación dolosa?[100]

A mi juicio, no. Lo cierto es que, tal como sucede en los casos de desviaciones de cursos causales (*dolus generalis*, p. ej.),[101] pese a la representación deficiente es posible, de todos modos, que el autor sepa y controle *lo suficiente* como para merecer una imputación por dolo,[102] que es lo que sucederá, precisamente, si es irracional no conocer o confiar en que el tipo no se realizará.[103] La expresión "ceguera ante los hechos", entonces, no es demasiado feliz. Porque sugiere que el autor que obra en esas condiciones no tiene idea de lo que hace, o que no se representa ni controla *nada* relacionado con su conducta. Sin embargo, un "ciego" doloso ante los hechos no es quien desconoce por completo lo que hace; antes bien es quien, con capacidad de culpabilidad, desconoce o no se representa, inexcusablemente, solo algún aspecto (incluso importante) de su obrar o algunas de sus consecuencias, o quien, sin ninguna justificación epistémica, confía en que lo obvio no ocurrirá.[104]

Si en esas circunstancias es posible imputar dolo, es porque tslrd defectos cognitivos, si son completamente injustificables (por irracionales), no impactan de modo decisivo en la base epistémica del agente y, por tanto, en su capacidad de dominio.[105] En efecto, si en un determinado supuesto de hecho es epistémicamente irracional que el agente no conozca algún aspecto de su conducta típicamente relevante, o que no se represente el resultado típico, es, como vimos, porque ya conoce lo suficiente como para poder evitar con suma sencillez.[106] Por eso —por lo mucho que

[100] Esa es la exigencia estándar de la doctrina dominante. Véase, por todos, WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 7, n.º m. 306, p. 93.

[101] Sobre *dolus generalis* véase, por todos, ROXIN, *supra* nota 85, § 12, n.º m. 174 ss., pp. 522 ss. Hay acuerdo unánime en que los casos de "*dolus generalis*" son, precisamente, dolosos. La opinión dominante en Alemania y entre nosotros, por tanto, ya ha aceptado que no es esencial, para el dolo, la representación de *todas* las circunstancias fácticas directamente ligadas a la conducta típica, como, p. ej., ciertas precisiones del curso causal y del resultado.

[102] Así también JAKOBS, *supra* nota 31, p. 9: "la función de llamada que tiene su origen en un saber es algo casi ubicuo y que no se encuentra unido al conocimiento de la *completa* realización del tipo penal" (bastardilla agregada).

[103] Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 18, p. 223.

[104] Alguien que, en circunstancias así, no se representa *nada* o casi nada, al punto de no saber qué hace, será ya, seguramente, un inimputable o incapaz de culpabilidad.

[105] Así PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 745 ss, 754 s.: similar JAKOBS, *supra* nota 31, p. 8; ÍDEM, *supra* nota 16, p. 34 s.

[106] Similar SANCINETTI, *supra* nota 19, pp. 236 ss., quien, con su agudeza habitual, abordó el problema desde la óptica correcta antes que todos los demás. Sin embargo, como para él una representación deficiente no es suficiente para imputar dolo, su descripción de los casos fuerza los hechos. En los ejemplos de Jakobs con los que trabaja no es que el agente no desconozca. Desconoce (y desconoce una circunstancia típica esencial), sólo que irracionalmente, y por eso lo que desconoce no cuenta. Lo que conoce, por su parte, es ciertamente suficiente para imputar dolo, pero de eso no se sigue que no haya

ya conoce, por lo robusta que es su base epistémica— en tales casos un agente está *comprometido* con lo que no conoció.

Tal base epistémica no tiene por qué ser *igual* a la de quien conoce, ni "equivalente", como se plantea en el *common law*; de lo contrario, el conocimiento continúa funcionando como parámetro definitivo de adecuación[107] y eso, a mi modo de ver, es propio de un análisis que, analítica y epistemológicamente, no alcanza a ser todo lo fino que resulta necesario.[108] Lo importante es que la base epistémica del agente sea suficientemente sólida como para que pueda decirse que a quien no conoció de todas formas le resultaba *muy* sencillo evitar.

Un dominio o control robusto de la acción (y llegado el caso: de sus consecuencias) es todo lo que se requiere, en efecto, para que evitar sea más sencillo; y si evitar es más sencillo, es justo y es también razonable, como se dijo, que la exigencia de evitar sea mayor. Cuanto mayor es el riesgo creado, más fácil es evitar, porque en tales casos, precisamente por la elevada entidad del peligro, más representaciones se activan y más alarmas se encienden. Por lo demás, no es fácticamente posible generar un riesgo alto sin un dominio robusto de la propia conducta.

Esa elevada posibilidad de dominio de la conducta y, por tanto, de control de sus consecuencias es lo que se verifica en todo caso tradicional de dolo y también, claramente, en todos los casos de cegueras fácticas en los que el autor no es un inimputable: *por eso* son dolosos. ¿O alguien podría decir seriamente que los jugadores de *rugby* del ejemplo, más allá de no haberse representado la muerte de la víctima, o de que confiaran en que no moriría, no contaban no obstante con suficiente dominio de la acción y que, por tanto, no estaban en condiciones suficientemente óptimas de

habido un desconocimiento craso de una circunstancia típica esencial. Por eso hay cegueras fácticas y por eso pueden ser dolosas. Es posible que esos ejemplos de Jakobs no sean del todo apropiados, pero hay casos en los que, a mi juicio, las cosas sólo se describen acertadamente si se lo hace del modo en que lo propongo aquí (el de los rugbiers, sin ir más lejos, o, con toda obviedad, los casos claros de ignorancia deliberada).

[107] Esto es lo que está en la base de las concepciones desde las que ha sido criticada mi tesis. Véase, p. ej., RAGUÉS I VALLÈS, *InDret*, 3/2012, pp. 9 y 11; ORTIZ DE URBINA GIMENO, "¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Pensar en derecho*, n.º 2, 2013, pp. 357 ss. (p. 360); MANRIQUE, "Reproche al 'dolo como reproche'", en *Pensar en derecho*, n.º 2, 2013, pp. 357 ss. Para todos ellos el dolo exige conocimiento como condición necesaria.

[108] La concepción de MAÑALICH, por el contrario, parte de una base acertada, que es fijar, únicamente, las condiciones *formales* de aplicación del dolo como forma de imputación: el agente tiene que haber conocido todo lo necesario para que se le pueda imputar dolo. Habrá que ver, entonces, qué implica esto en cada caso y por tanto ha de quedar *abierta* la cuestión de si, pese a la ignorancia crasa de una circunstancia típica, no obstante el agente conoció lo suficiente. Véase MAÑALICH R., "Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo", en *Política criminal*, vol. 14, n.º 27, 2019, pp. 296 ss. (303 ss.), disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v14n27/0718-3399-politcrim-14-27-296.pdf [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021]).

controlar el riesgo de muerte que generaban como para que evitarla les fuese completamente sencillo?

Si el agente, en cambio, genera un riesgo *escaso* y no se lo representa, entonces su dominio, respecto de ese riesgo, será muy limitado. Porque un riesgo escaso, que además uno ni siquiera se representa, apenas si puede ser controlado y, por tanto, evitado. Estos, por lo general, son casos de imprudencia inconsciente, que precisamente por su muy limitada evitabilidad se traducen en una atribución de responsabilidad igualmente reducida. Y si hay representación como posible de esa clase de riesgo, pero confianza en un desenlace feliz (imprudencia consciente), esa confianza es racional, precisamente porque es epistémicamente atendible que se confíe en poder controlar un peligro escaso.[109]

En suma: el autor doloso no merece ser hecho más responsable que el imprudente por actuar en forma más "malvada", o más egoísta, o menos deferente. Eso es contingente. Es la elevada posibilidad de dominio de la acción y de control de sus consecuencias lo que torna muy sencillamente evitable a un hecho y, por tanto, lo que justifica una atribución de responsabilidad más seria. Este es el rasgo característico de todo caso doloso y por eso hay dolo tanto en el homicidio por piedad como en los casos de cegueras fácticas, cualquiera sea la corrección moral (o el disvalor) de la motivación del agente. En suma: el mayor poder de evitar —y por tanto de dominio— es lo que caracteriza toda forma de dolo y lo que *no se da* en la imprudencia.

3. Dolo como infracción calificada de un deber de evitar

Todo concepto de dolo, incluso el de la doctrina dominante, exige la infracción de un determinado deber para que ese grado de atribución de responsabilidad sea el que corresponda. Por eso el concepto de dolo es *siempre* normativo. Hablar de "normativización" del dolo es, en consecuencia, analíticamente equivocado.[110] Lo que diferencia a un concepto de dolo como el que

[109] Así PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 766 s., en donde me refiero con detalle a la idea de "atendibilidad" de una explicación. En Alemania, la distinción entre dolo e imprudencia en función de la entidad del peligro creado tiene sus fuentes esenciales en MÜLLER, Max Ludwig, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Tubinga, Mohr, 1912; HERZBERG, "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektivens Tatbestandes", en *JuS*, 1986, pp. 249 ss.; y PUPPE, *supra* nota 24, pp. 17 ss., donde, como es sabido, distingue entre "peligro de dolo" y "peligro de imprudencia".

[110] Véase sin embargo PAWLIK, *supra* nota 82, pp. 142 ss.; ROXIN, *supra* nota 24, pp. 243 ss.; JAKOBS, *supra* nota 16, p. 39, nota 120. Abandonar el "psicologismo habitual" (algo que, como se vio, a mí también me interesa sobremanera) no significa "normativizar" conceptos empíricos (como el de conocimiento, etc.), sino explicitar la premisa normativa que torna relevantes tales datos fácticos y enfocar la explicación a partir de eso.

defienden JAKOBS y PAWLIK tanto del que postula la opinión dominante como del que propongo aquí es, solamente, el hecho de que la premisa normativa de la que parten los dos autores alemanes es diferente a la que precede la fundamentación de la concepción mayoritaria y de la mía.

En esto, en efecto, mi punto de vista es muy cercano al tradicional: ambos parten de la misma premisa normativa (aunque la doctrina dominante no la explicita) porque ambos consideran justo que se exija más a quien puede más. El problema de la concepción tradicional no reside, entonces, en su punto de partida, sino, como dije, en no haber llevado a cabo un análisis más fino acerca de cómo debe ser la base epistémica del agente para que sea viable afirmar que "puede" lo suficiente como para merecer la forma de imputación más grave.

Lejos de ello, la opinión dominante se ha conformado con la idea, a mi juicio un poco tosca, de que "poder más" importa, necesariamente, un "conocimiento total" de las circunstancias fácticas abarcadas por el tipo objetivo, algo imposible de no mediar omnisciencia. En el marco de la inevitable parcialidad de toda representación, entonces, hay que determinar con un poco más de precisión cuándo, no obstante, se cuenta con dominio suficiente de la propia conducta como para que pueda afirmarse que es dolosa. Y esto no tiene por qué ser admitido solo en supuestos en los que lo desconocido es meramente lateral, o sin mayor importancia respecto del núcleo de la conducta típica. Por todo lo explicado, si el defecto cognitivo es irracional, un dominio suficiente de la acción (para imputar dolo) no tiene por qué ser descartado si se trata, incluso, del desconocimiento craso de algún aspecto crucial de lo que se hace o de lo que se provoca. En esto último, entonces, mi concepción sí se distancia, drásticamente, de la opinión dominante.

Ahora bien, ¿cuál es, según estas diferentes concepciones, el deber que resulta vulnerado cuando corresponde una imputación por dolo? PAWLIK podría alegar que ese deber es el de no ser indiferente frente al derecho, o frente al derecho de los otros. Sin embargo, quedó claro ya que el problema de sostener algo así reside en que también el autor imprudente puede obrar por indiferencia, egoísmo u otros motivos reprochables. Frente a esto sería necesario, entonces, establecer algún criterio para distinguir entre "indiferencia más y menos intensa".

Algo así, sin embargo, sería ajeno al sistema de PAWLIK, en el que la diferenciación entre dolo e imprudencia es establecida no por una gradualidad en el nivel de indiferencia (algo por cierto muy complejo de concretizar en tanto se trata, como vimos, de un posicionamiento moral), sino por afirmación o negación, sin más, de la indiferencia (recuérdese: allí indiferencia equivale a enemistad con el derecho y por tanto a dolo). En el esquema de PAWLIK, en rigor, la indiferencia gana un papel

para fundamentar el dolo solo si es la razón de un desconocimiento craso. El deber que solo vulnera el autor doloso ha de estar relacionado, entonces, más bien con esto último.

Tal como lo ha planteado JAKOBS, aunque con otro alcance, el deber jurídico que se vulnera en *todos* los casos, sean dolosos o imprudentes, es un deber de *evitar*, no de conocer o de prever.[111] Porque, si se conoce o se prevé, obviamente no habrá vulneración a un deber de conocimiento, pero sí dolo o imprudencia (consciente) si, pese a que se conoció o se previó, no se evitó lo que se debía evitar. En todo caso, se vulnerará *también* un deber jurídico de conocer en los supuestos de imprudencia inconsciente y de dolo con representación deficiente. Habrá dolo o imprudencia, entonces, según cuán intensa sea la vulneración del deber de evitar. En la medida en que esto remite a evaluaciones epistémicas, y no morales, ofrecer un criterio para establecer la distinción no es tan dificultoso.[112]

Ya en mis trabajos anteriores —y también aquí, más arriba— he delineado ese criterio: a mi juicio, en los casos de ausencia de conocimiento y en los de previsión errónea la afectación del deber de evitar será la propia del dolo si es especialmente *calificada*, que es lo que sucede cuando, desde um punto de vista objetivo y *ex ante*, es muy sencillo poder evitar; esto ocurre si tales defectos cognitivos son epistémicamente irracionales. Para la imputación por imprudencia, en cambio, bastará con que esa afectación no sea calificada, que es lo que sucede cuando, desde esas mismas perspectivas, no es muy sencillo poder evitar; esto ocurre si tales defectos cognitivos no son epistémicamente irracionales.[113]

4. ¿*Dolus malus*?

Como se vio, PAWLIK enfatiza que objeto del dolo es también la norma de conducta y no únicamente las circunstancias fácticas que conforman su comportamiento y sus posibles

[111] Véase JAKOBS, *supra* nota 23, 9/2, p. 316. Ya vimos, asimismo, que también PAWLIK deja en claro que dolo e imprudencia son formas de evitabilidad: véase nuevamente PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 363 s., 367 ss.; así también PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 666 ss.

[112] Un criterio para fundar esta distinción es precisamente lo que se echa de menos en el contexto angloamericano cuando, en la discusión sobre el merecimiento de pena de los casos de *willful ignorance*, *PARA SOFISTICAR LA TESIS DE LA EQUIVALENCIA DE LA CULPABILIDAD CON LOS CASOS DE knowledge*, SARCH, p. ej., exige la violación de un "deber de investigación razonable" (que no es otra cosa que un deber de conocer), pero no ofrece una explicación suficientemente fina para justificar por qué violar ese deber implica a veces dolo y a veces imprudencia (véase SARCH, *supra* nota 7, pp. 1079 ss.; ya LUBAN advertía sobre este problema: véase LUBAN, *supra* nota 11, pp. 959 ss.). De hecho, este deber equivale al que, en nuestro contexto, identifica al que se vulnera en los casos de *imprudencia* por asunción. Desde luego que su infracción podría fundamentar una imputación por dolo, pero como eso no es lo más corriente hay que ofrecer un criterio que, como dije, permita establecer la distinción.

[113] Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 130 ss., 745 ss.

consecuencias, igualmente fácticas.[114] Por eso adopta la idea central de lo que se conoce como "*dolus malus*",[115] lo cual es consistente, a su vez, con su oposición a diferenciar fuertemente entre ilícito y culpabilidad. Ya adelanté que no comparto este punto de vista. Una refutación cuidadosa, sin embargo, requeriría un trabajo independiente. No obstante, en este lugar me permito avanzar con la siguiente reflexión.

Hay, creo, buenas razones para defender lo esencial de la teoría del delito dominante. Y no únicamente por su "función didáctica",[116] que realmente facilita el trabajo del operador jurídico. Esa estratificación, a mi modo de ver, se justifica también por razones materiales de peso. Básicamente, por el hecho de que no solo la violación culpable del derecho penal tiene un impacto moral relevante (en Alemania tal vez sea más familiar hablar de un impacto "ético-social"). En efecto, quien realiza una conducta típica sabiéndolo, pero sin saber que eso está prohibido y sin que le sea reprochable ese desconocimiento, hace algo que *tiene* impacto moral, aunque por supuesto que no tanto como lo tendría si además supiera de esa prohibición.

Eso no es moralmente indiferente ni para quien obra de esta manera, ni para la víctima, ni para el resto de la comunidad.[117] En general, sobre todo si se trata de casos graves, unos y otros sentirán, seguramente, algún tipo de mortificación, aunque se disculparán —y disculparán— con resignación (y hasta con resignada *indignación*). Es simplemente falso que, socialmente, solo interese la vulneración *culpable* de normas penales.[118] Puede haber actitudes reactivas,[119] y justificadas, contra quien, *siendo capaz de culpabilidad*, obra ilícitamente pero sin culpabilidad. Precisamente porque si es capaz de culpabilidad no es "naturaleza",[120] aunque haya desconocido, incluso inevitablemente, la prohibición. En suma: no es moralmente neutro realizar una conducta típica, aunque esté justificada o su autor no sea culpable.[121] La distinción tradicional entre ilícito y culpabilidad (e incluso la

[114] VÉASE PAWLIK, *supra* nota 6, p. 409.
[115] Véase PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 397 ss., 404 ss.
[116] Así PAWLIK, *supra* nota 6, p. 205, aunque allí en referencia específica a la distinción entre tipicidad y antijuridicidad.
[117] Así también GARDNER, "En defensa de las defensas", (trad. María Laura MANRIQUE), en GARDNER, *Ofensas y defensas*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2012, pp. 99 ss. (103 s.).
[118] Que es, sin embargo, lo que sostiene JAKOBS, *supra* nota 34, p. 24; implícitamente también PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 276 ss., 280 s.
[119] Fundamental, al respecto, STRAWSON, "Freedom and Resentment", en ÍDEM, *Freedom and Resentment and other Essays*, Nueva York y otras, Routledge, 1974, pp. 1 ss.
[120] Véase nuevamente JAKOBS, *supra* nota 34, p. 24.
[121] Véase GARDNER, *supra* nota 117, pp. 99 ss.

distinción entre tipicidad y antijuridicidad) captura mejor estos rasgos característicos de la infracción penal.[122]

De todas formas, cabe preguntarse por qué no sería mejor adoptar un concepto de *dolus malus* incluso en el marco de una teoría del delito que distinga entre ilícito y culpabilidad, si en definitiva es cierto que, como dice PAWLIK, solo se debe evitar lo que se sabe que está prohibido.[123] El problema de este argumento reside en que, para fijar el objeto del dolo, se centra en lo que le sucede al agente. Sin embargo, las normas que, en cada caso, determinan si la responsabilidad penal debe ser atribuida por dolo o por imprudencia, son normas de imputación y, por tanto, están dirigidas al juez, no al agente.[124] Para decirlo con un ejemplo simple, al agente se dirige la norma de comportamiento "no matar"; pero si una muerte concreta ha sido causada con dolo o con imprudencia, y por tanto qué debe haber sido conocido o desconocido (es decir: el objeto de ambas formas de imputación) para que corresponda una u otra atribución de responsabilidad, es algo que decide el derecho (el juez, en definitiva).[125]

De hecho, si es viable, para distinguir entre dolo e imprudencia, partir del parámetro objetivo del ciudadano medio (como lo hacemos PAWLIK y yo), es precisamente porque quien decide al respecto es el juez. El objeto del dolo, entonces, tiene que ser fijado desde el punto de vista del derecho, no del agente. Se advierte aquí, pues, otra tensión seria en el sistema de PAWLIK. Porque acepta en lo esencial la distinción entre normas de comportamiento y normas de imputación[126] y con base en eso adopta, correctamente, el punto de vista del juez (o el del derecho) para determinar si corresponde una imputación dolosa; pero, incorrectamente, asume el punto de vista del agente para fijar el objeto del dolo.

---

[122] En el ámbito anglosajón, lo tradicional es la "tesis de la clausura", equivalente a la que defienden PAWLIK**,** JAKOBS y pocos más en el plano continental; GARDNER, en tanto, se opone a esa tesis desde un lugar equivalente al tradicional y ampliamente dominante en Alemania (véase GARDNER, *supra* nota 117, pp. 99 ss.). Concluye así: "Es importante distinguir entre acciones que no son incorrectas de ningún modo y acciones que son incorrectas pero están justificadas; entre acciones que son incorrectas pero justificadas y aquellas que son incorrectas y no están justificadas pero están excusadas…*"(ibíd.*, p 110; "excusadas" equivale a "inculpables" en nuestra tradición).

[123] Así PAWLIK**,** *supra* nota 6, pp. 375 ss., 397 ss.

[124] Según el modelo hartiano son, por tanto, normas (o mejor: reglas) secundarias de adjudicación. Véase HART**,** *El concepto de derecho*, (trad. Genaro CARRIÓ), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 49 ss., 99 ss.

[125] Fundamental para esta distinción KINDHÄUSER**,** *Gefährdung als Straftat*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1989, pp. 29 ss.; véase también MAÑALICH R., "Norma e imputación como categorías del hecho punible", en *Revista de Estudios de la Justicia***,** n.º 12, 2010, pp. 169 ss. (pp. 174 ss.). De que esta distinción analítica sea correcta no se sigue, sin embargo, que también lo sea la teoría de las normas de la que estos autores la derivan. Al respecto habría mucho, todavía, para discutir.

[126] Véase PAWLIK, *supra* nota 6, p. 255.

Es el juez quien, una vez que *ex post* ha asumido que el agente debía evitar (porque así lo establece una prohibición jurídico-penal), determina si hay dolo o imprudencia únicamente en función de cuán difícil era para aquel, *ex ante*, evitar lo que hizo, y por supuesto desde el punto de vista objetivo del ciudadano medio. Pues bien, para *ese* análisis —que insisto: es efectuado por el juez— el conocimiento de la prohibición que tuvo o no tuvo el agente no juega ningún papel. Esto, en todo caso, contribuirá a determinar cuán sencillo era para él mantenerse fiel al derecho, algo muy diferente y que, por tanto, es correcto que, analíticamente, sea examinado en *otro* paso argumental.

Es claro, entonces, que quien decida adoptar un concepto de dolo ampliado como el que PAWLIK y yo, cada uno con sus matices, defendemos, no está comprometido con asumir un concepto de *dolus malus*. Sostener que sí, en un esquema como el de PAWLIK, es inconsistente. Y creer que sí, como lo cree PAWLIK, es, a mi juicio, producto de haber asumido como demasiado acotada la carga de mantenerse fiel al derecho[127] y por ello no advertir que es factible que se sigan consecuencias normativas diferenciables en función de la distinta fuerza expresiva con la que se puede ser desleal.

V. Respuestas a algunas objeciones (efectuadas o posibles)

1. La objeción de la tentativa

Algunos autores han sostenido o bien la inviabilidad conceptual (así, GRECO), o bien la incorrección axiológica (así, SANCINETTI) de un concepto de dolo como el propuesto aquí, objetando que, si a los casos de ceguera fáctica puede considerárselos dolosos, entonces debería ser punible también su tentativa y eso sería problemático. Según la objeción conceptual, el problema radicaría en que, en tales casos, la tentativa sería imposible de determinar, porque, si falta el conocimiento del autor, entonces no puede ser identificado su plan y, por tanto, tampoco el objeto de la tentativa ni su comienzo de ejecución.[128] Por su parte, según la objeción axiológica, sería

[127] Así GARDNER, *supra* nota 117, p. 102. En su opinión, no conceder relevancia a la distinción que en el ámbito continental se establece entre tipicidad y justificación (y que en el anglosajón se corresponde con la distinción entre ilicitud y justificación) surge "del hecho de que están empobrecidos sus enfoques de lo que cuenta como *significativo*, moral y jurídicamente, en el derecho penal" (bastardilla en el original).
[128] Así GRECO, *supra* nota 70, pp. 74 ss.

sobreinclusivo imputar tentativa si se obrase con ceguera fáctica pero "sin que objetivamente 'pasara nada'".[129]

A primera vista, ambas objeciones parecen convincentes: ¿tentativa *de qué* si el autor no supo ni quiso? (objeción conceptual). Y además: ¿cómo imputar tan siquiera *algo* frente a casos en los que el autor "no sabe", "no quiere" y ni siquiera "pasa nada"? (objeción axiológica). A mi juicio, sin embargo, es sencillo refutarlas. Creo, en efecto, que es tan concebible como merecido que un supuesto de ceguera fáctica sea imputado como tentativa dolosa si no se produce el resultado y que estas objeciones, por tanto, no representan un desafío serio contra dicha conclusión. Y ello es así —me parece— porque los casos que se eligen para sustentarlas están presentados de manera inadecuada.

Comenzaré con la objeción axiológica. Para fundamentarla se ha acudido al siguiente ejemplo de JAKOBS: un guardia de un campo de concentración, ante la caída de una fuente sobre los prisioneros que la construían, nada hace para salvarlos porque ni lo piensa (y por eso algunos mueren) y solo vocifera amenazas por un supuesto sabotaje. Frente a esto, se ha sostenido que, si correspondiese imputar homicidio doloso consumado por omisión al guardia "ciego ante los hechos", entonces "habría que considerar por dada la tentativa de homicidio por omisión, *aunque ningún prisionero hubiese caído bajo la fuente*".[130]

La misma objeción puede ser ilustrada a partir de casos más corrientes, como los de conductores extremadamente temerarios.[131] Para tales supuestos, la objeción rezaría así: de acuerdo con mi concepción, si una persona conduce un automóvil a 150 km/h en una avenida de ciudad y mata a alguien sin haberse representado ese resultado como posible, correspondería imputarle homicidio doloso; pero si no pasa nada ¿correspondería castigarlo por tentativa de homicidio? Parecería absurdo, en efecto, siquiera imputar algo a quien, para decirlo de un modo gráfico, nada quiso, nada se representó y nada causó.

El problema, como dije, es que tanto la presentación de este caso como la del ejemplo de la fuente son deficientes, porque no aclaran qué significa "no pasa nada". Puede significar, p. ej.: "en la avenida no había nadie, así que el vehículo pasó a toda velocidad sin generar ningún peligro concreto contra la vida de ninguna persona"; o puede significar: "no se produjo el resultado, pero

[129] SANCINETTI, *supra* nota 19, p. 242.
[130] SANCINETTI, *supra* nota 19, p. 242, cursiva en el original.
[131] Véase *supra* nota 5.

de milagro, porque un peatón, a punto de ser arrollado, saltó a tiempo hacia atrás y logró esquivar por centímetros al automóvil". En el primer supuesto (ausencia de peligro concreto), es obvio que no corresponde una imputación por tentativa de homicidio. Pero, a mi juicio, en el segundo supuesto (presencia de peligro concreto) es claro que sí y que se trataría, a su vez, de una imputación merecida.

También está mal planteado, aunque por otra razón, el ejemplo de la fuente. Porque como erróneamente se centra en lo que hace el guardia con los prisioneros ya aplastados por los escombros, no especifica lo que en verdad interesaría para que el caso sí represente un desafío a la concepción que defiendo, que es lo relacionado con las condiciones de seguridad en las que los prisioneros fueron obligados a trabajar. Si tales condiciones no hubieran sido subóptimas y la fuente, al caer, no hubiese rozado a ningún prisionero, no habría nada obvio para "ver" (es decir, ni siquiera habría ceguera fáctica). Supóngase, en cambio, que el guardia manda a construir la fuente de un modo tan peligroso para los prisioneros que debería representarse que alguno se caerá y que, como mínimo, se lesionará, o incluso morirá; pero el guardia no se representa nada de esto, porque es un nazi repugnante. Sin embargo, los prisioneros terminan de construir la fuente y a ninguno le pasa nada: ¿tentativa dolosa?

Antes de responder es necesario agregar más precisiones respecto de las condiciones de seguridad en las que los prisioneros fueron obligados a trabajar. Porque en situaciones como estas es muy probable que se esté frente a lo que HERZBERG consideraría casos de "peligro cubierto o asegurado".[132] Allí, entonces, la cuestión del dolo ni siquiera se plantearía, porque esa clase de peligro, en terminología de PUPPE, no sería un "peligro de dolo". Pues bien, en tales supuestos, no representarse la posibilidad de un resultado lesivo no implicaría, por tanto, ceguera ante los hechos, porque dicha posibilidad no sería completamente obvia (es decir, habría a lo sumo una tentativa imprudente).

Distintas serían las cosas, en cambio, si la orden fuese lo suficientemente descabellada como para que el peligro, siempre según la muy útil distinción de HERZBERG, pudiera ser tenido como "descubierto o no asegurado" incluso respecto de la vida de estas personas. En tal caso, entonces, por tratarse de un genuino "peligro de dolo", sí habría que afirmar tentativa de homicidio si, sin que

[132] Véase HERZBERG, *supra* nota 109, pp. 249 ss. (pp. 254 ss.). Una explicación detallada de la tesis de HERZBERG y de los casos de "peligro cubierto o asegurado" y de peligro "descubierto o no asegurado" ofrezco en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 446 ss.

el guardia se represente la posibilidad de que algún prisionero muera, milagrosamente a ninguno le pasara nada. Pero esto no merecería ninguna objeción axiológica.

Al contrario, si se genera un auténtico peligro de dolo, el agente *merecerá* ser hecho responsable como autor de una tentativa si el resultado no se produce. ¿Por qué no imputarles a los *rugbiers* tentativa de homicidio doloso, en lugar de solo la consumación de lesiones corporales dolosas, si en un caso así, de milagro, no causan la muerte de la víctima? ¿O por qué no imputar tentativa de homicidio al hijo que quiere salvar a su madre del usurero si —todo lo demás igual— contra todo lo esperable su plan tiene éxito y la muerte, por azar, no se produce?[133] Ellos han hecho todo lo necesario para que ese resultado se produzca, como en cualquier tentativa.

Es verdad que en casos como este último la afirmación de una tentativa de homicidio, aunque sea merecida, puede resultar un tanto excesiva desde un punto de vista "político-criminal". ¿Para qué castigar penalmente con esa severidad a ese pobre hombre si incluso acabó salvando a su madre del usurero, aun a costa de ponerla en semejante peligro? Pero para lidiar con estas situaciones puntuales hay disponibles otras soluciones, incluso procesales, como la que autoriza al acusador público a dejar de perseguir penalmente a un imputado por aplicación de un criterio de oportunidad si, en el caso, este ha sufrido una grave *poena naturalis*.[134]

En rigor, frente a casos como el de la fuente, modificado del modo en que lo hice aquí, el verdadero problema es el ya anunciado más arriba: ¿tentativa *de qué* cabría afirmar allí? ¿De lesiones o de homicidio? Pero este interrogante ya no forma parte de la objeción axiológica, sino que es el núcleo de la objeción conceptual, de la que paso a ocuparme ahora.

Por supuesto que, si hubiera resultados disvaliosos en este caso de la fuente, se le imputaría al guardia o bien homicidio consumado doloso o bien lesiones corporales consumadas dolosas, según cuál hubiese sido el resultado causado. Pero que no haya un resultado no impide una solución sencilla del problema, incluso si, como en este caso, fuesen similarmente probables más de una clase

[133] Agradezco a Leandro Dias su razonable insistencia en que adopte esta solución sin incluir ciertos matices que en algún momento consideré oportuno tener en cuenta para no alejarme tanto de mi anterior posicionamiento al respecto, un tanto contrario a aceptar la denominada "tentativa con dolo eventual" (así en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, p. 690 s.).

[134] Véase, p. ej., el nuevo Código Procesal Penal Federal argentino, art. 31, letra c): "Los representantes del ministerio público fiscal podrán prescindir tal o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública… en los casos siguientes…: Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena".

de resultados. Ante una situación así, simplemente habría que imputar tentativa de lesiones corporales *y* de homicidio, con *dolus alternativus*.[135]

Esta solución, con todo, es contingente, es decir, no significa que en *todo* caso no consumado de ceguera ante los hechos o de ignorancia deliberada corresponda imputar tentativa con *dolus alternativus*.[136] Esa será la solución si, por las características del peligro concreto creado, no fuese especialmente probable *una* clase determinada de resultado, sino más de una. Pero si el peligro concreto es tal que permite tenérselo como *ex ante* idóneo para producir una clase determinada de resultado (como ocurriría en el ejemplo de los jugadores de *rugby*: que alguien así patee una cabeza de ese modo genera *ex ante* un peligro concreto de homicidio), entonces recurrir al *dolus alternativus* no es necesario y la tentativa puede ser imputada en función del dolo básico.

Por lo demás, la vinculación entre los resultados posibles puede ser fatalmente alternativa hasta el final (es decir, incluida la consumación) si entre los resultados posibles no hay una relación *plus-minus*. Piénsese, si no, en los casos de transportes internacionales sin dudas delictivos en los que el autor no quiere saber qué lleva dentro de la valija. Si, por el contexto, hay más de una posibilidad (drogas, armas, divisas en efectivo), entonces habrá que imputar por *dolus alternativus* tanto en caso de tentativa como de consumación. Porque, aunque después de consumado el contrabando la valija fuese abierta y su contenido descubierto, lo cierto es que durante la ejecución y consumación del hecho el autor no habrá sabido qué era exactamente lo que transportaba. Y como en este caso la relación entre los distintos resultados posibles no es puramente cuantitativa o *plus-minus*, el dolo respecto de uno no implica el dolo respecto de los otros, como sí ocurre, en cambio, entre el homicidio y las lesiones.

En suma, un grado importante de indeterminación en el objeto del dolo no es un problema que se presente necesariamente en todo caso de ceguera fáctica o de ignorancia deliberada. Ello ocurrirá solo en los casos de esa clase que tengan ese nivel de indeterminación, lo cual es completamente contingente. Lo mismo sucede, después de todo, en casos dolosos en los que no hay ceguera fáctica pero sí indeterminación del objeto: solo en esos supuestos, debido a tal incertidumbre (pero también a la seguridad de que se actuó con dolo), se aplicará la figura del *dolus alternativus*.

[135] Debo a Luís Greco el haber advertido la necesidad de abordar también este problema específico y la sugerencia de esta solución. Sobre *dolus alternativus* véase, por todos, ROXIN, *supra* nota 85, § 12, n.º m. 92 ss., pp. 479 ss.

[136] De hecho, no puedo abordar aquí las muchas particularidades que presenta la relación entre los casos de ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada con lo que cabe entender por *dolus alternativus*, pues eso excedería los límites de este trabajo.

2. ¿"Normativización" de la indiferencia?

Es muy importante reconstruir adecuadamente el sentido que da PAWLIK a términos como "indiferencia" y "desconsideración", pues una parte de mi crítica, como se vio, se ha centrado en esto. Ante todo, a mi juicio es muy claro que PAWLIK considera que indiferencia, desconsideración, etc. son *motivos moralmente reprochables* que explican por qué el agente desconoció lo que cualquiera conocería. Lo dice el propio PAWLIK: lo "decisivo es (…) *por qué* el autor acabó en esa apreciación incorrecta".[137] Y sabemos ya que define como enemistado con el derecho a quien "por *motivos* que gravan masivamente, como indiferencia o desconsideración, no reconoce lo que es evidente para cualquier persona racional".[138]

Por otra parte, PAWLIK tiene que considerar que es por razones en primera línea *morales*, y no jurídicas, que esos motivos son reprochables o gravosos (en el sentido de que no dispensan al autor, sino que lo gravan: *belastende Gründe*). Porque lo que *determina* que "esté mal" ser indiferente o desconsiderado frente al derecho o a los derechos de otros es la moral, no el derecho y mucho menos el derecho penal. Por supuesto que luego el derecho penal puede hacer propia esa valoración moral (o "ético-social") y confirmar dicha reprochabilidad a través de la amenaza de pena. De ese modo avala a la moral positiva y protege, más enfáticamente, los valores consagrados allí. Pero el derecho penal, como es sabido, no es constitutivo respecto de valores (ni de bienes).[139]

Todo esto, de hecho, es entendido así en el texto de PAWLIK, quien, para justificar por qué no basta el mero desconocimiento craso para que haya dolo, afirma que "la estupidez y la ignorancia, tanto ética como jurídicamente, carecen de color".[140] Y por eso acude a la indiferencia o a la desconsideración: precisamente porque estos sí son motivos socialmente disvaliosos y lo son porque así lo establece la moral (aquí aludida como "ética").

No obstante, PAWLIK podría alegar que, en este contexto, se refiere a la indiferencia no como disposición interna o psicológica —es decir: no como un dato o indicador fáctico—, sino como un

[137] PAWLIK, *supra* nota 6, p. 396, bastardilla en el original.
[138] PAWLIK, *supra* nota 6, p. 406, bastardilla agregada.
[139] Por lo demás, si un valor jurídico-penalmente relevante ha sido constituido por la moral o por otros sectores del derecho *sí* constitutivos es una cuestión de hecho a considerar en cada caso. En *este caso*, es evidente que indiferencia, deferencia, egoísmo, altruismo, etc. no son, inicialmente, valores o disvalores jurídicos: no los consagra ni una Constitución ni un Código Civil; son virtudes o defectos morales cuyo seguimiento o inhibición, en todo caso, son reforzados por el derecho. Esta es la conclusión más obvia e intuitiva, y PAWLIK, de hecho, la ha aceptado (siquiera implícitamente) en la discusión en Barcelona (véase PAWLIK, *supra* nota 82, p. 149 s.).
[140] PAWLIK, *supra* nota 6, p. 396.

término que alude a un supuesto "sentido normativo", es decir, a una suerte de "indiferencia en sentido jurídico". Indiferencia, de tal modo, sería una especie de reproche que cabría imputarle al autor por haber sido desleal al derecho, o algo similar.[141] JAKOBS, seguramente, adheriría a una réplica de ese estilo. Tal eventual afirmación, sin embargo, a mi juicio sería analíticamente deficiente, por dos razones.

En primer lugar, porque algo así solo sería explicable a partir de una estrategia —categorialmente inviable— que desviaría el sentido intersubjetivamente aceptado de lo que cabe entender por "indiferencia". Lo que es fáctico no puede dejar de serlo y pasar a ser normativo *porque lo diga el derecho*. El problema central de cierto discurso jurídico-penal originado en Alemania reside, a mi modo de ver, en que se continúa creyendo que es posible "normativizar" conceptos no normativos. Esto conduce, en mi opinión, a una forma no solo incorrecta, sino también poco esforzada de describir y explicar qué ocurre, en rigor, cuando los juristas ofrecen un argumento normativo.[142]

A mi modo de ver, cuando se dice que se "normativiza" un concepto no normativo lo que ocurre, en verdad, es que a un dato fáctico, como tal, en virtud de una cierta premisa normativa (que a veces se explicita —como p. ej. cuando se alude a los fines que *debe* tener la pena— y a veces no) se lo considera relevante o irrelevante para que genere, a su vez, ciertas consecuencias normativas. Así, p. ej., ni PAWLIK ni yo "normativizamos" el concepto de conocimiento (¡mucho menos normativizamos el dolo!;[143] el dolo, ya se dijo, *es* un concepto normativo). Lo que hacemos, simplemente, es negar que el dolo exija, necesariamente, conocimiento de todas las circunstancias típicas. Y afirmamos eso en función de una determinada premisa normativa —que en mi caso, además, explicito—.

La segunda razón por la que no sería correcto aludir a un supuesto sentido normativo del término "indiferencia" puede ser descripta como sigue. Si a "indiferencia" se le diera ese sentido "jurídico" (o "normativo") para hacer referencia a lo que cabe imputar a quien no respeta el orden jurídico, ciertamente se podría explicar por qué, en un caso como el del homicidio por piedad, aunque la motivación del autor fuese altruista habría, no obstante, indiferencia: simplemente porque ese obrar sería contrario a la norma penal que prohíbe el homicidio y, en consecuencia, podría

[141] En esa línea respondió PAWLIK a una pregunta en la discusión en Buenos Aires mencionada en el estudio preliminar de un libro que he editado sobre su obra, próximo a publicarse.
[142] Sobre todo esto véase ya PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, p. 72 s., 495.
[143] Véase no obstante PAWLIK, *supra* nota, pp. 142 ss., en donde acepta esa inadecuada expresión.

decirse que al autor le es indiferente *el derecho* (o más en concreto: la prohibición de matar). Cambiaría, así, el objeto y el sentido de la indiferencia: su objeto no sería el bien de terceros, sino el cumplimiento del derecho; y en cuanto a su sentido, no sería un motivo del agente, sino un reproche a lo que hizo.

El problema, sin embargo, es que en tal caso "indiferencia" pasaría a ser un término superfluo, porque equivaldría a "posicionamiento contrario al derecho", una expresión menos ambigua para expresar *eso*. Además, "indiferencia", con ese significado, perdería por completo su poder explicativo para distinguir, materialmente, entre dolo e imprudencia. Porque un posicionamiento contrario al derecho puede ser la razón por la que se actúe tanto con dolo ("como el derecho no me interesa, lo vulnero a consciencia") como con imprudencia ("como el derecho no me interesa, me descuido y lo vulnero").

Este significado idiosincrático de indiferencia como posicionamiento contrario al derecho es incompatible, además, con el uso que, de hecho y como vimos, hace PAWLIK de ese término, al tratarlo claramente como un *motivo* que grava seriamente al autor y que *por eso* justifica una imputación más grave como la dolosa. Entendido así —como, por lo demás, lo entendería cualquier persona— el término "indiferencia" sí tiene poder explicativo para desentrañar la diferencia material entre dolo e imprudencia, aunque, por todo lo ya argumentado más arriba, se trate a mi juicio de una explicación *incorrecta*. Es, en cambio, ya hasta internamente inconsistente entender "indiferencia", en una misma fundamentación, como motivo reprochable y, a la vez, como posicionamiento contrario al derecho.

VI. Conclusión

Comparto plenamente la idea de PAWLIK de que es posible imputar como dolosos los casos de ceguera ante los hechos. Es lo que vengo sosteniendo desde mi tesis doctoral. Y lo mismo vale para los casos de ignorancia deliberada. Este resultado, a mi juicio, es distributivamente justo: quien, con ignorancia crasa, realiza no obstante un tipo penal con dominio suficiente de su conducta y, en su caso, de sus consecuencias, merece una atribución de responsabilidad más grave, que en nuestro derecho penal es la que identificamos como "dolosa" y que se correspondería con una comprensión más amplia (que la tradicional) del dolo eventual. Podría hablarse de "dolo eventual con representación deficiente" o elegirse cualquier otra etiqueta mejor.

La solución aquí defendida permite, además, soluciones retributivamente justas. Por eso casa muy bien con una justificación de la pena que, como la que defendemos PAWLIK y yo, incluye a la

retribución y a su elemento normativo (el merecimiento) como un argumento central. Porque al ser flexibilizadas las reglas del error de tipo del mismo modo que, en Alemania, están flexibilizadas para el error de prohibición, se facilita la tarea de imponer una pena realmente adecuada a la culpabilidad. En este *resultado* esencial mi coincidencia con PAWLIK (y con JAKOBS) es total.[144] Por eso nuestros acuerdos son, tal vez, más importantes que nuestros desacuerdos.

Por lo demás, que esta idea sea sostenida en *Das Unrecht des Bürgers*, una de las monografías más importantes que ha brindado la doctrina jurídico-penal alemana en este siglo, contribuirá sin dudas a prestigiarla. Ahora bien, sin perjuicio de que de a poco va generando más adeptos, la conclusión que PAWLIK y yo apoyamos en materia de dolo sigue siendo muy objetable para la doctrina dominante; la carga de la prueba, por tanto, todavía está de nuestro lado y en ese sentido creo que no es tarea menor intentar dar con una fundamentación que resulte idónea para convencer a un espectro más amplio de colegas.

En esa línea, entiendo que a lo largo del trabajo ha quedado claro que, para adoptar un concepto de dolo como el que PAWLIK, JAKOBS y yo defendemos, no es necesario ni abandonar la teoría del delito tradicional ni aceptar los presupuestos teóricos de los que parten ambos autores alemanes. Algunos de estos, como acabo de señalar, son muy plausibles y por eso los adopto; pero otros me parecen seriamente objetables. Creo haber dado buenas razones, en ese sentido, para sostener que es posible delinear un concepto de dolo que, de modo consistente, capture todas sus formas —incluido un dolo (eventual) con representación deficiente— sin dejar de lado ni la sistemática usual de la teoría del delito[145] ni los postulados centrales del derecho penal liberal.

Finalmente, estoy convencido de que el concepto de dolo que PAWLIK adopta, concediéndole una importancia crucial a la motivación reprochable, no es de ninguna manera necesario en el marco de su sistema, con cuyos postulados centrales, de hecho, me siento muy identificado en lo esencial: el ciudadano comprometido con un deber de cooperación, el ilícito como comunicación contraria a ese deber, la pena como comunicación retributiva contra esa falta de cooperación.

VII. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

[144] Véase nuevamente JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 584 ss.; PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 406 ss.

[145] "En el marco de la teoría del delito hoy dominante también hay sitio para la racionalidad teórico-penal" (PAWLIK, *supra* nota 96, p. 36).

BRANDOM, Robert, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2000.

—, *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1994.

CÓRDOBA, Fernando, "Dolo y evitabilidad individual", en *Pensar en Derecho*, n.º 1, 2012.

DÍEZ, José / MOULINES, Ulises, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1999.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1977.

ENGELMANN, Woldemar, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwickelung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895.

FELIP I SABORIT, David, *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del código penal*, Barcelona, Atelier, 2000.

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 61.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2014.

FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko*, Colonia y otras, Heymanns, 1983.

GARDNER, John, "En defensa de las defensas" (trad. María Laura MANRIQUE), en GARDNER, John, *Ofensas y defensas*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2012.

GRECO, "Comentario al artículo de Ramón Ragués", en *Discusiones*, n.º 13, 2013.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez* (trad. Manuel JIMÉNEZ REDONDO), Madrid, Trotta, 1998.

—, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. 1, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1981.

HASSEMER, Winfried, "Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsdogmatik", en LÜDERSSEN, Klaus / SACK, Fritz (eds.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, t. I, Fráncfort del Meno, Suhrkamp,1980.

—, "Kennzeichen des Vorsatzes", en DORNSEIFER, Gerhard y otros (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia y otras, Heymanns, 1989.

HERZBERG, Rolf Dietrich, "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – Ein Problem des objektiven Tatbestandes", en *Juristische Schulung*, 1986.

—, "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektivens Tatbestandes", en *JuS*, 1986.

HÖRNLE, Tatjana, "Pladoyer fur die Aufgabe der Kategorie 'bedingter Vorsatz'", en *Juristenzeitung*, 2019.

HRUSCHKA, Joachim, "Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes", en GÖSSEL, Karl / KAUFMANN, Hans, *Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag*, Múnich, C. H. Beck, 1985.

HUSAK, Douglas / CALLENDER, Craig, "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpabilitiy' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", en *Wisconsin Law Review*, vol. 29, 1994.

JAKOBS, Günther, "Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung", en FRISCH, Wolfgang / SCHMID, Werner (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Colonia y otras, Heymanns, 1978.

—, "Dolus malus", en *InDret*, 4/2009.

—, "Gleichgültigkeit als dolus indirectus", en *ZStW*, vol. 114, 2002.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 1991.

—, *Studien zum Fahrlässigen Erfolfgsdelikt*, Berlín, De Gruyter, 1972.

—, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2012.

—, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.

KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Fráncfort del Meno, 1989.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.

KMENT, Boris, "Varieties of Modality", en ZALTA, Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, disponible en: https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/modality-varieties/, apartado 1 [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

LAMONT, Julian / FAVOR, Christi, "Distributive Justice", en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/ [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

LEUSCHNER, Kurt, *Der Dolus indirectus. Sein Wesen, seine Geschichte und seine praktischen Folgerungen*, Wurzburgo, Triltsch, 1935.

LÖFFLER, Alexander, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, t. I, Leipzig, Hirschfeld, 1895.

LUBAN, David, "Contrived Ignorance", en *The Georgtown Law Journal*, vol. 87, 1999.

MANRIQUE, María Laura, "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", en *Isonomía*, n.º 40, 2014.

—, "Reproche al 'dolo como reproche'", en *Pensar en derecho*, n.º 2, 2013.

MAÑALICH R., Juan Pablo, "Norma e imputación como categorías del hecho punible", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12, 2010.

—, "Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo", en *Política criminal*, vol. 14, n.º 27, 2019.

MEZGER, Edmund, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín y otra, Duncker & Humblot, 1950.

MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general, 4.ª ed., Barcelona, PPU, 1996.

MORGENSTERN, Federico, "'Frampton'. Un caso de ignorancia deliberada", en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de casación penal*, vol. 9, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

MÜLLER, Max Ludwig, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Tubinga, Mohr, 1912.

MYLONOPOULOS, Christos, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1998.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, "¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Pensar en derecho*, n.º 2, 2013.

PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y derecho penal* (trad. Ricardo ROBLES PLANAS y otros), Barcelona, Atelier, 2016.

—, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad* (trad. Ricardo Robles Planas y otros), Barcelona, Atelier, 2019.

—, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2012.

PERALTA, José Milton, "Tratamiento del error inexcusable: la discusión filosófica y la regulación positiva", 2020, en prensa.

—, *Motivos reprochables*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2012.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel "El ilícito material del delito tributario", en ROBIGLIO, Carolina (ed.), *Institutos de derecho penal tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

—, "Ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada. Hacia una reconstrucción inferencial del concepto de dolo", en AMBOS, Kai y otros (eds.), *Prevención e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

—, "Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución", en *InDret*, 4/2014.

—, "Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: La dependencia epistémica de la prueba", en *Isonomía*, n.º 52, 2020.

—, "Sorpresas y vacíos en la jurisprudencia actual de la Corte sobre derecho al honor y a la información", en AA.VV. (sin eds.), *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje a Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

—, "Vorsatz als Vorwurf", *GA*, 2013.

—, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

PETTIT, Philip, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

PUPPE, Ingeborg, "Comentario a los §§ 15 y 16 StGB", en KINDHÄUSER, Urs y otros, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010.

—, "Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis", en *ZStW*, vol. 103, 1991.

—, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, Decker & Müller, 1992.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, "Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal", en *Discusiones*, n.º 13, 2013.

—, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.

—, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2007.

RIZZI, Francisco, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Montevideo y otra, BdeF, 2020.

ROXIN, Claus, "Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr" en ROGALL, Klaus y otros (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, Luchterhand, 2004.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2006 [1991].

SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995.

SARCH, Alexander, "Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law", en *St. John's Law Review*, vol. 88, n.º 4, 2014, pp. 1023-1101.

SEARLE, John, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (trad. Luis M. VALDÉS VILLANUEVA), Barcelona, Planeta-De Agostini, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / VARELA, Lorena, "Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Montevideo y otra, BdeF, 2013.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, 5.ª ed., Buenos Aires, TEA, 1987.

STRAWSON, Peter, "Freedom and Resentment", en ÍDEM, *Freedom and Resentment and other Essays*, Nueva York y otras, Routledge, 1974.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlín, De Gruyter, 2007.

WALTER, Tonio, "Irrtu¨mer auf Tatbestandsebene", en HILGENDORF, Eric / KUDLICH, Hans / VALERIUS, Brian (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2020.

WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.F. Müller, Heidelberg.