

EL CONCEPTO TRADICIONAL DE DOLO EN TERAPIA INTENSIVA: ¿PERSONAS O ENGRANAJES?¹

Alejandro Sebastián Ale²

1. INTRODUCCIÓN

En el lenguaje del derecho penal tradicional se construyó una definición de dolo que gozó de cierta estabilidad en el tiempo, en la cual se sostenía –palabras más, palabras menos–, que dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos de la faz objetiva que son necesarios para su configuración.

Se trata de un concepto que desde la esfera subjetiva se integra por dos elementos bien diferenciados como el aspecto cognitivo y volitivo, con capacidad de establecer un diálogo permanente entre lo pensado, lo querido y lo hecho. Pero, además, para algunos autores cuenta con una finalidad bien marcada, que es la de cumplir una función reductora de especial relevancia, en tanto se erige como una de las dos únicas pautas alternativas de imputación subjetiva que impiden la responsabilidad meramente objetiva o por el resultado.

Dicha definición, que gozaba hasta hace no tanto tiempo de buena salud, se encuentra actualmente en terapia intensiva, con serias propuestas por parte de algunos autores de firmar su certificado de defunción. El motivo esgrimido por estos autores tiene que ver con supuestas dificultades al momento de probar lo subjetivo, los estados mentales, lo que pasa en la psiquis del autor dentro de un proceso penal. Como sostiene Rusconi (2023), es conveniente advertir lo que está sucediendo, en tanto por una vía o por otra, se trata de ofrecerle soluciones al proceso penal, ya argumentales, ya conceptuales, que tengan claramente el efecto de tranquilidad probatoria.

He escogido para problematizar en este trabajo la postura de diferentes autores que buscan sellar de manera definitiva la completa desconfiguración de esta categoría: en el plano nacional, Gabriel Pérez Barberá (2011) ha planteado normativizar el dolo. Por su parte, el autor catalán Ramón Ragués I. Vallès (1999) se ha metido de lleno con la problemática de la prueba del dolo, intentando postular modificaciones al derecho penal desde las lides del proceso penal. Paralelamente, Michael Pawlik (2016) propone un completo

¹ Cítese como: Ale, A.S. 2024. El concepto tradicional de dolo en terapia intensiva: ¿personas o engranajes? Estudios sobre jurisprudencia, 53- 68.

² Abogado (UBA). Prosecretario Letrado de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia Nro. 1 de la Plata.

divorcio entre el juicio sobre la enemistad al Derecho de una conducta con respecto al estado psíquico real en el que se encuentra el autor.

Si bien entiendo, al igual que Rusconi, que la excusa perfecta invocada por estos autores proviene de supuestas demandas sociales y falencias procesales sobre la prueba concreta del dolo en el proceso penal, lo cierto es que dicho subterfugio ha servido para eliminar completamente al pensamiento de la persona acusada del medio procesal, para violentar garantías constitucionales y convencionales y hasta para establecer que la misión principal del derecho penal no tiene que ver con una función reductora sino con garantizar la identidad de la sociedad, proteger a la norma o evitar la enemistad con el Derecho.

En el presente trabajo intento derrumbar esas premisas y demostrar a la vez que resulta inadmisibles sostener una concepción de dolo alejada completamente del plano subjetivo³. Para ello, acudo a la propia definición de persona que se da en el ámbito internacional de los derechos humanos y a diversos principios y garantías de ese mismo origen, tales como la “perspectiva pro persona”, el principio de culpabilidad e inocencia, el derecho a ser oído y el derecho de defensa en juicio.

2. DOLO COMO REPROCHE

Sin perjuicio de las influencias que recibió Gabriel Pérez Barberá (2011) de autores extranjeros para elaborar su teoría, es a mi juicio el autor que en el plano nacional ha trabajado con mayor profundidad la posibilidad de sepultar el concepto tradicional de dolo de manera definitiva⁴.

En el texto “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, Pérez Barberá (2012) propone como tesis principal abandonar la idea tradicional que define al concepto de dolo como un hecho psíquico, estado mental o dato fáctico; para reemplazarlo por una propiedad normativa (dolo objetivado) al que se arriba luego de una reconstrucción conceptual basada en dos premisas o axiomas que considera fundacionales: primero propone como punto de partida una definición particular sobre la finalidad del derecho penal; y segundo, analiza la *ratio legis* del mayor castigo de cierta clase de hechos con relación a otros.

En cuanto al primero de ellos, sostiene que el fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos pena-

³ Indudablemente, estas teorías al socavar el plano subjetivo terminan por generar mayor punibilidad y permiten el desembarco sin ningún tipo de objeciones a nivel probatorio de supuestos de “ceguera ante los hechos” e “ignorancia deliberada”, además de extender esa relajación probatoria en casos en donde antes se discutía la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación.

⁴ Fundamentalmente la influencia del autor alemán Günther Jakobs (1998).

les, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contra-fácticamente las expectativas defraudadas (Pérez Barberá 2012, 186).

En relación con el segundo punto, expresa que la orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistemológicamente racionales y ontológicamente acertadas y, en ese sentido, cuanto mayor es la intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, mayor debe ser también su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma (Pérez Barberá 2012, 187). De esos dos axiomas deduce que cualquier conducta que se aparte de una regla jurídico-penal lo hace con elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que debe ser interpretada desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la regla.

De esta forma, un caso penal o es doloso o es imprudente y hay relevancia jurídico-penal a partir de una determinada gravedad en el apartamiento de una regla, y la atribución de responsabilidad será más o menos intensa en función de la intensidad de ese apartamiento. En palabras de Pérez Barberá: dolo e imprudencia son propiedades normativas, y ello es así porque lo que torna doloso o imprudente a un caso es una determinada valoración objetiva de él como más o menos grave. Dolo equivale, entonces, a reproche grave (e imprudencia a reproche atenuado) al hecho. Y es claro que la gravedad de un hecho es una propiedad normativa (o valorativa o evaluativa) de ese hecho, no una propiedad fáctica (Pérez Barberá 2012, 181).

En ese sentido, sostiene el autor que el dolo no forma parte del mundo, sino del derecho, no es un dato fáctico (un hecho o una propiedad empírica) sino una propiedad normativa y si un caso es doloso es porque el mundo jurídico lo ha valorado de determinada forma y no porque aparezcan determinadas informaciones psíquicas o físicas. Entonces, es el dolo como categoría jurídica lo que desde el derecho establece cómo corresponde que sea valorada jurídicamente una determinada circunstancia fáctica porque el concepto de dolo está conformado por lenguaje en el lenguaje.

Luego, debe acudir a un concepto lógico de probabilidad, el cual es condicional y cuenta, por lo tanto, con un antecedente y un consecuente. En este contexto, una conclusión es entonces una hipótesis probabilística y esa hipótesis de probabilidad es objetiva, en el sentido de que es irrelevante qué se representa una persona particular acerca de esa probabilidad. No es al autor a quien compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la que es consciente, sino al derecho mismo.

Así, según Pérez Barberá, se evita la manipulación del concepto de dolo por parte de la jurisprudencia; se cuenta con la ventaja de mostrar qué es exactamente lo que los jueces hacen cuando señalan a un caso como doloso; se permite hacer explícitas las premisas implícitas que están presentes en toda manipulación argumentativa y se tornan más controlables los argumentos judiciales. En este sentido, entierra el concepto tradicional de dolo como aspecto subjetivo integrado por conocimiento y voluntad de todos y cada uno de los elementos que integran el tipo objetivo. Para él, el dolo no es ni conocimiento ni voluntad, ni es lo que debe ser probado en el proceso penal. Además, deja de lado cualquier clase de explicación que pueda brindar el acusado en el marco de un proceso penal, toda vez que las hipótesis de probabilidad son herramientas para el intérprete que una vez verificadas, tornar irrelevantes cualquier defensa o justificación sobre el asunto.

Sin embargo, desde su perspectiva, todavía falta rellenar de contenido los datos anteriores, que prestos a ingresar al sistema procesal, demandan una respuesta desde el punto de vista de la dogmática. Así sobre una conducta determinada debe juzgarse su intensidad, lo que evidenciaría si esa conducta ingresa al sistema como una conducta dolosa o imprudente. Ese contenido es completado por hechos psíquicos, físicos e institucionales que deben ser probados para decirse que el caso es doloso o imprudente. En otro trabajo, Pérez Barberá (2011) aborda ese tema, y sostiene en cuanto a los hechos psíquicos que no puede abordarse lo relativo a la relevancia –para la imputación dolosa– de un determinado estado mental sin antes estar seguros de que esa clase de datos (i.e., los estados mentales) serán comprobables empíricamente en el proceso penal, en tanto de nada valdría reconocer la relevancia potencial de datos como el conocimiento, la voluntad, etc., si de antemano sabemos que no es viable su prueba en el proceso penal por tratarse de estados mentales.

Está más que claro la necesidad de Pérez Barberá de complementar ambas ideas, en tanto la lectura aislada del primero de los textos generaría o bien que el dolo como concepto normativo quede vacío de contenido, sin nada que probar; o bien, que mediante aquél se le otorgue al intérprete una especie de salvoconducto para cargar dicha categoría con lo primero que se le venga a la mente, valga la paradoja (con el peligro, además, que eso acarrea). Por eso, sostiene que los estados mentales son hechos y como tales pueden ser probados. A ese fin, acude a una teoría de observación y predicción de los comportamientos en diversos sistemas (ya sea en personas, animales o máquinas) que se integra por las lecturas que se pueden realizar sobre actitudes intencionales, actitudes físicas y actitudes de diseño.

La actitud intencional pretende predecir los deseos y creencias que tendría que tener normalmente esa porción observada, sin necesidad de preguntarse por las razones individuales. Por ejemplo, se atribuye a esas personas racionalidad y desde esa perspectiva se estima que actuarán de acuerdo a ese conjunto de creencias o deseos. Por su parte, la

actitud física hace que tengamos que conocer los detalles del funcionamiento de las cosas o de las personas para poder predecir lo que sucederá con esas cosas o con los comportamientos humanos. Finalmente, la actitud de diseño tiene que ver justamente con conocer el diseño de ciertos artefactos o el cuerpo humano para predecir sucesos a partir de observar la forma en que funcionan.

Pérez Barberá (2011, 6-8). acude al concepto de actitud intencional y dice que no sólo es posible atribuir estados mentales a las personas, y a partir de ello asumir que la gente los tiene, sino también que ello es necesario para predecir eficazmente sus acciones y de esa manera permitir una orientación cognitiva adecuada. Sin embargo, considera que dicho concepto por sí solo es insuficiente para arribar a una absolucón o condena en el marco de un proceso penal; toda vez que el proceso penal es un ámbito epistémico especial, en donde no se busca (solamente) comprender para desenvolverse, sino comprender para distribuir castigos (al menos eventualmente). Aquello que en el mundo puede hacerse sin más, en el proceso penal se complejiza: allí se tiene que brindar una explicación justificativa muy precisa de lo que se hace. Pues –para decirlo otra vez con el lenguaje de la teoría social de sistemas– en un proceso penal están en juego expectativas normativas.

Entonces, ve con buenos ojos también a la par de probar actitud intencional, corroborar en el proceso penal un poco de actitud física para justificar la imposición de una pena. Así, indica que más allá de que en los procesos discusionales muchas convicciones de los jueces se sustenten, al principio, en la denominada actitud intencional, lo cierto es que todo juez sabe también que eso no es suficiente para blindar su convicción de posibles contraargumentos y debe acudir también a la actitud física. Concluye al respecto que cuando se habla de términos como “conocimiento”, “voluntad”, “intención”, “confianza”, “indiferencia”, “creencia”, etc. (es decir, estados mentales que son actitudes proposicionales), el discurso en cuestión no es propio del plano normativo, sino del empírico, independientemente de la relevancia normativa que tales datos fácticos eventualmente posean (Pérez Barberá 2011).

Sentadas las bases sobre la posibilidad concreta de probar estados mentales como hechos que luego llenarán de contenido la categoría normativa de dolo, la cual se define por la mayor o menor intensidad con que se defraudan las expectativas normativas; queda pendiente, entonces, delimitar de qué hablamos cuando hablamos de esos estados mentales como hechos comprobables en el proceso penal.

Así, según Pérez Barberá (2011), lo que debemos probar para poder imputar una conducta como dolosa o imprudente son ciertos hechos, tanto físicos como psíquicos; entre estos últimos cuentan intenciones, conocimientos, creencias, etc. Éstos sí son estados mentales y, por lo tanto, tienen que ser probados en el proceso con la precisión propia de lo que más arriba he descripto como “actitud física”. Pero ni “conocimiento”, ni “voluntad”, etc. son equiparables a “dolo”: son, como dije, estados mentales eventualmente

relevantes para una imputación dolosa. Para probarlos acude a la metodología operacional, que son ni más ni menos que “disposiciones” o “conceptos disposicionales” que se caracterizan por no ser observables, pero que se pueden apreciar porque tienen como propiedad que se manifiestan a través de síntomas o reacciones a partir de una determinada operación, generalmente un *test* o estímulo, provocados voluntariamente o no por el agente.

Esas operaciones (*test* o estímulos) suelen ser denominados indicadores, puesto que indican la existencia de una disposición y es lo que los hace observables. Entonces, se debe estar atentos como observadores a esos indicadores (indicios) para conocer si existe o no una disposición. En efecto, dice Pérez Barberá (2011, 21), que “conocer”, “querer”, “creer”, “tener la intención”, “ser indiferente”, “confiar”, “consentir”, “aprobar”, “tomar en serio”, entre otros estados mentales con contenido proposicional y muy relevantes para la imputación dolosa, son todos conceptos disposicionales. Porque tienen las dos características que han sido señaladas como definitorias de esta clase de conceptos: i) no ser observables; ii) (pero) [pueden] manifestarse mediante síntomas o reacciones observables. Concluye que, de esta forma, los estados mentales pueden tenerse por existentes en el marco de un proceso penal más allá de toda duda razonable.

Más adelante, si bien con ciertos retoques, Pérez Barberá (2021) terminó por consolidar su pensamiento sosteniendo que la pena es retribución y el elemento normativo (merecimiento) es el argumento central de su construcción teórica.

3. TEORÍAS DEL CONOCIMIENTO Y LA PRUEBA DEL DOLO

Algo parecido intenta hacer Ramón Ragués I Vallès en “consideraciones sobre la prueba del dolo” (2014) y en “El dolo y su prueba en el proceso penal” (1999), aunque parte de un presupuesto que, paradójicamente, intenta dejar subordinado lo principal (derecho penal) a los dictados de lo accesorio (proceso penal). También acude a la necesidad de redefinir el dolo y para ello sostiene que es imprescindible contar con dos herramientas teóricas: una teoría del dolo y una teoría de la prueba. En cuanto al dolo, dice que merece un debate más profundo pero fija como idea principal que *el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento* (2014, 13).

El principal argumento parece ser la respuesta a las supuestas demandas sociales que en definitiva facilitarían al juzgador la posibilidad de aplicar mayores penas si se elimina la voluntad del concepto de dolo. Para ello, sostiene que la supresión del aspecto volitivo del concepto de dolo impide que se castiguen como negligentes supuestos que, ante los ojos de cualquier espectador, merecerían penas más graves.

Desde ese punto de partida, indica que para construir una teoría completa del dolo no basta con definir este elemento del delito, sino que es necesario saber cómo debe constataarse en el proceso el dato fáctico que depende su aplicación: los conocimientos del acusado en el momento de delinquir. Así, la demostración en el proceso penal del conocimiento o las representaciones de un acusado en el momento de realizar la conducta delictiva entra dentro de los que los jueces y tribunales suelen denominar la prueba de hechos subjetivos o psicológicos. Según se afirma, la constatación de estos hechos resulta compleja, pues, a diferencia de lo que sucede con la prueba de otros elementos facticos, el conocimiento ajeno es un dato que se sitúa más allá de la percepción sensorial y, por tanto, para su descubrimiento bien poca cosa pueden aportar los medios probatorios más habituales, como la prueba testifical (Ragués I. Vallès 2014, 17).

La cuestión que debe resolver la ciencia penal es la de cuáles son los criterios para decidir en qué casos es correcta una convicción judicial. En primer lugar, sostiene el autor que de manera genérica la prueba del conocimiento exige analizar las denominadas “reglas de la experiencia” y, de forma más precisa, de aquellas que pueden denominarse “reglas de la experiencia sobre el conocimiento ajeno”, que sirven para determinar, a partir de la concurrencia de ciertos datos externos, qué es lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta (Ragués I. Vallès 2014, 17). Sólo cuando el juez encuentre en dicha interacción una regla de experiencia de vigencia indiscutible según la cual, presupuestos ciertos datos objetivos, una persona por fuerza ha sido conocedora de determinados hechos, podrá atribuir correctamente dichos conocimientos al concreto acusado. Cualquier convicción judicial que se aparte de este criterio deberá ser considerada arbitraria (Ragués I. Vallès 2014, 20).

Luego, en los delitos de resultado, indica que de las reglas de la “experiencia sobre el conocimiento ajeno” permiten afirmar que la experiencia social distingue, en lo que respecta a los riesgos que conllevan determinados comportamientos, entre conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados y conductas que, si bien son objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, en la valoración social no están vinculadas indefectiblemente a su acaecimiento. La distinción entre conductas especialmente aptas y este segundo grupo de conductas –que en adelante serán denominadas “conductas neutras”– debe ser el criterio rector en la práctica para decidir cuándo una alegación de desconocimiento del riesgo concreto deberá ser creída.

En el caso en que el acusado haya realizado una conducta especialmente apta no deberá prosperar ninguna alegación por su parte en el sentido de haber desconocido en concreto el riesgo que estaba generando y, consecuentemente, se le deberá atribuir a título de dolo la causación del resultado correspondiente. En cambio, dicha alegación sí será creíble en el caso de las conductas neutras, debiendo imputarse el resultado típico sólo a título de imprudencia.

Como se puede apreciar, Ragués I. Vallès pretende recetar a los jueces no sólo la forma en que deben resolver determinadas cuestiones ante circunstancias puntuales, sino que redefine el concepto de dolo e imprudencia en base al diseño particular del proceso penal que postula y todo ello, divorciado completamente de la palabra de la persona acusada.

4. CIUDADANÍA Y DERECHO PENAL

Como adelanté, otro autor que entra en escena es Michael Pawlik (Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania) quien en “Ciudadanía y derecho penal” (2016) advierte que el ciudadano debe cumplir con su deber de cooperar en el mantenimiento del estado de libertades existente y eso es lo que el derecho penal exige a cada residente. Pawlik construye su teoría de la pena a partir de la idea de que cada persona es acreedora de un derecho a ser tratada en un plano de igualdad, como un sujeto que construye su propia vida en libertad (2010, 97). A partir de allí, el ciudadano cuenta con derechos y obligaciones: tiene el derecho de gozar de esa libertad, pero también la obligación de cooperar con la comunidad a la que pertenece para mantener ese estado de libertad. Quien quiere hacer uso de las libertades características de un Estado de Derecho, le es exigible que contribuya a la preservación y mantenimiento de esas libertades (2016, 43).

Ese deber de cooperación es violado cuando el ciudadano comete un delito, en tanto ha violado su obligación primaria de cooperación con el resto de la ciudadanía y el contenido de la obligación se convierte de esa manera en una obligación secundaria que es, ni más ni menos, que tolerar un castigo (pena) que ahora sí debe imponer el Estado. La pena surge como una retribución por parte del Estado frente al individuo que mediante su accionar ha lesionado su deber de cooperar con la conservación del estado de libertad. De este modo, la imposición de la pena resulta necesaria para reafirmar la indisolubilidad de la relación entre el disfrute de la libertad y el deber de cooperación⁵.

Con semejante introducción, dedica su análisis a la cuestión del dolo indicando que se debe realizar una nueva lectura de la teoría de la representación. Según él, sus postulados intentan hacer la vida más fácil a la *praxis* y a la dogmática que la trabaja, no dificultársela (Pawlik 2016, 147). Por ende, pretende eliminar cualquier concepto psicologista de la teoría del delito. De esta forma, la conducta solo puede evidenciar una lesión de mayor o menor gravedad de la incumbencia de adquirir y mantener el conocimiento necesario

⁵ Ver un gran trabajo elaborado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (edición especial) sobre una introducción al pensamiento de Michael Pawlik, elaborado por Gabriel Pérez Barberá, Marcelo D. Lerman y Leandro A. Días y una aproximación al sistema de intervención delictiva de Michael Pawlik, elaborado por Andrés Falcón, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-penal/documentos/depto-penal-gacetilla-004.pdf>

para cumplir con las prohibiciones y mandatos que el Derecho impone. Consecuentemente, la infracción a la norma de valoración define al injusto, sin necesidad de atender al contenido subjetivo y lo que el autor pueda decir al respecto.

5. ESTADO DE LA SITUACIÓN

Como dije, encuentro que los trabajos de Pérez Barberá, Ragués I. Vallès y Pawlik son los más representativos y elaborados. Aunque desarrollan diferentes argumentos, todos se plantean finalidades similares: pretenden desconfigurar la categoría tradicional de dolo, integrada por un aspecto cognitivo y otro volitivo. En nuestro ámbito, no contamos con una barrera infranqueable que impida estos embates contra el concepto tradicional de dolo, toda vez que nuestra legislación penal no establece una definición concreta del concepto de dolo⁶. Además, de un tiempo a esta parte las discusiones que se dan en el plano de la misión final del derecho penal son cada vez más intensas, aunque pretenden ser reducidas bajo los ropajes de la falsa antinomia “eficacia versus garantías”.

Como se dejó entrever en el punto anterior, las últimas opiniones en materia de derecho penal –tanto en el plano de la dogmática extranjera como local, además del indudable impacto que causan en la jurisprudencia doméstica– se estructuran principalmente en la búsqueda de la normativización absoluta de las reglas tradicionales de atribución de responsabilidad, despojándola de cualquier clase de arista subjetiva que habilite al individuo a explicar qué pasó en su cabeza o por qué se decidió a actuar de esa forma⁷.

Para despojar a uno de los conceptos más subjetivos del derecho penal justamente de su contenido interno o mental –singular paradoja que lo deja sin sentido–, sus representantes más destacados (a los que agrego también a Jakobs, Sánchez-Vera Gómez Trélles, Greco, entre otros) parten de dos premisas fundamentales:

1) La primera es que exigen una redefinición del sentido teleológico del derecho penal, desechando cualquier clase de misión reductora o de finalidad de contención del poder punitivo (si es que esa es la tarea del derecho penal), para reemplazarla por otra que, básicamente, se traduce en la necesidad de garantizar la identidad de la sociedad. Eso ocurre tomando el hecho punible desde su significado, como aporte comunicativo o como expresión de sentido, y respondiendo ante él. Entonces, se debe generar la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas en los

⁶ Arts. 42 del CP (el que “con el fin de” cometer un delito) y art. 34 inc. 1 del CP (no es punible la conducta que se comete con “error o ignorancia de hecho no imputables”) que equivaldría a sostener que el legislador exige en los delitos dolosos tanto la voluntad como el conocimiento.

⁷ Cabe destacar en nuestra jurisprudencia los casos cada vez más citados sobre “ceguera ante los hechos” e “ignorancia deliberada” cuya principal característica es situarse en una posición que imposibilita tomar conocimiento de los elementos materiales de un delito. Sin embargo, un relevamiento de la jurisprudencia también deja entrever situaciones de dolo sin voluntad, dolo construido a partir de hechos avisadores o dolo como sólo lo determinable en el proceso.

tipos penales, de las cuales el Estado debe responder, casi como acto reflejo, frente a conductas que manifiestan un apartamiento de esas reglas y que en definitiva terminan defraudando esas expectativas. Esto se ve más claro en Pérez Barberá y en similar sentido, aunque pretendiendo garantizar la libertad de acción de los ciudadanos, en Pawlik. De esa manera, sostienen, la verificación de la mayor o menor intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, tornaría innecesaria cualquier clase de verificación subjetiva.

2) Paralelamente, afirman que la necesidad de construir un modelo despojado completamente de connotaciones subjetivas, sería útil para solucionar ciertos conflictos que se generarían a partir de las dificultades que a nivel probatorio acarrea demostrar un estado mental o psiquis de una persona.

Claro que tales postulados que plantean modificaciones sobre el concepto de dolo no son para nada gratuitos: no sólo que se pagan en moneda de pérdida de garantías, sino que también terminan por despojar al individuo de una de sus características principales: el aspecto subjetivo.

Los tres reconocen la necesidad de reconfigurar la categoría de dolo y todos ellos, con diversas expresiones, parecen atribuirles esas demandas a los reclamos actuales de la sociedad o la necesidad de brindarle atajos al intérprete. Es evidente que, en todos los supuestos, suprimir o erosionar de tal forma el concepto de dolo termina por generar mayor punibilidad en casos en donde, de otra forma, o bien podrían ser considerados como delitos imprudentes o no ser objeto de reproche jurídico-penal.

En la práctica, esto resulta cada vez más frecuente en casos en donde antes por lo menos se discutía si un supuesto debía ser juzgado con las características de un delito doloso – con dolo eventual– o imprudente –culpa con representación–. También, facilitó el tránsito en nuestro país de la aplicación de supuestos de “ceguera ante los hechos” e “ignorancia deliberada” en investigaciones sobre delitos de transporte de estupefacientes y delitos tributarios, con la tranquilidad probatoria que ello generó y la inequidad que se generó en el proceso penal entre los binomios juez-fiscal y acusado-defensa (cada vez menos le interesa al sistema de administración de justicia pretender interpretar qué quería o qué sabía la persona acusada sobre lo que transportaba ni qué quería o qué sabía en casos de evasión, si, desde estas teorías, el plano subjetivo ya no importa).

Como señala, Juan Oberto Sotomayor Acosta en el texto “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano” (2016) este cambio de postura propuesto por Pérez Barberá (y otros autores más como Jakobs, Sánchez-Vera Gómez-Trélles, Greco, Ragués I. Vallès, entre otros) opera bajo la perspectiva de una deriva neopunitivista que se escuda bajo

supuestas demandas sociales actuales, y se encamina no sólo a la obtención de más penas sino a que se impongan más fácilmente. Consecuentemente, las garantías penales se transforman en obstáculos que deben ser removidos con el objetivo de alcanzar los nuevos fines del derecho penal. En ese sentido, indica, se produce una revisión casi generalizada de los criterios de atribución de responsabilidad, cuya característica principal es la sustitución de los elementos probatoriamente exigentes por criterios puramente normativos, pues, en últimas, se trata ahora no sólo de condenar sino de hacerlo de la manera más eficiente posible, para lo cual suele recurrirse al cómodo recurso de la supresión de requisitos (Sotomayor Acosta 2016, 677).

La tesis de este autor parte de suponer que la justicia penal, en los últimos años, ha pasado de ser un mecanismo de protección de bienes jurídicos para convertirse en el primer e imprescindible medio de promoción de la seguridad. De esa manera, las garantías penales, entendidas tradicionalmente como límites y presupuestos de legitimidad de la intervención penal, se debilitan o se convierten en estorbos.

Cabe a esta altura preguntarse por el propio acusado, olvidado en los postulados de Pérez Barberá, de Ragués I. Vallès y de Pawlik. Los autores lo sugieren, el acusado es un convidado de piedra en estos sistemas, donde no tiene derecho a ser oído ni defenderse materialmente. ¿Deberíamos en consecuencia redefinir las reglas procesales de manera de suprimir las instancias de escucha del acusado en el marco de un proceso penal?, ¿si nada tiene para decir desde lo subjetivo, sobre qué conoció o qué quiso hacer, vale la pena escucharlo?

Esto también afecta la defensa técnica, en cuanto al asesoramiento sobre el plano subjetivo que un abogado defensor pueda realizar. De estar a los postulados de Pérez Barberá, Ragués I. Vallès o Pawlik, el defensor debe esperar a que el juez, observador de la situación, efectúe su propia lectura de los indicadores para determinar si hubo o no una conducta dolosa y eso no puede ser anticipado antes por la defensa técnica porque la construcción se da con posterioridad, quiere decir, al momento de resolver la situación y mediante indicadores tabulados que impiden expedirse en otro sentido.

Por supuesto que, desde nuestro plexo constitucional y convencional, Pérez Barberá no se encuentra habilitado a sostener semejante postulado, pero las sugerencias están en su propio texto. Entonces, la excusa perfecta es cargar con la culpa de las garantías: “es muy difícil probar esto o aquello”.

Sotomayor Acosta (2016) denuncia que, para cumplir con estas nuevas exigencias dogmáticas, los autores normativistas utilizan como excusa supuestas dificultades que se plantearían en el terrero de la prueba, en tanto es evidente que resulta mucho más fácil afirmar una realización dolosa si de lo que se trata no es de verificar o probar que algo

haya o no ocurrido sino de valorar o atribuir. Luego, continúa afirmando que “prácticamente desaparecen las exigencias probatorias, las cuales son sustituidas por las valoraciones del juez y ello es “a todas luces incompatible con garantías constitucionales como la presunción de inocencia y el principio de responsabilidad subjetiva” (2016, 698).

Maximiliano Rusconi en el texto “Sobre la evolución de la dogmática penal al compás del sistema procesal ¿un sistema de imputación construido en base a la necesidad de flexibilizar el estándar probatorio?” (2013) va un poco más allá y directamente se pregunta si no nos encontramos frente al colmo del normativismo, que intentando eludir supuestas dificultades en el terreno probatorio sobre el contenido subjetivo del dolo termina generando una singular paradoja: la subordinación de un aspecto principal (la categoría de dolo en el derecho penal) a una cuestión subsidiaria (las dificultades probatorias en el ámbito del derecho procesal penal, que obligan a modificar dicho concepto principal).

Su tesis parte de considerar que todo hecho social, incluso los más complejos, como los institucionales, requieren de alguna base física (no hay nada puramente normativo). Luego, que todos los hechos institucionales tienen algo de normativo, puesto que presuponen reglas constitutivas que son las que le atribuyen su sentido específico.

Además, que las normas jurídicas son hechos institucionales creados por los legisladores que a su vez operan como reglas constitutivas de otros hechos institucionales, como la asignación de estatus de delito a determinadas conductas, pero que pueden (y generalmente creemos que deben) operar también como reglas regulativas que tratan de influir empíricamente (y no sólo simbólicamente) en los comportamientos físicos y sociales de los ciudadanos. Así, los seres humanos son el soporte físico y mental de los hechos sociales, incluidos los institucionales, cuya propia existencia se debe al acuerdo de seres humanos.

Consecuentemente menciona que, si el derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad –como la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio, etcétera–, ya sean mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales –como la Administración de Justicia u otras instituciones estatales– (Rusconi 2013, 79).

De esta manera, vuelve a colocar a la persona por encima de criterios normativistas despojados de subjetividad que intentan sortear dificultades probatorias dejando en el camino un tendal de garantías propias del individuo por el solo hecho de ser persona.

Por su parte, María Laura Manrique en “Reproche al Dolo como reproche” (2013) realiza una crítica sostenida a las ideas de Pérez Barberá, partiendo de la base de que con frecuencia la dogmática penal redefine los conceptos centrales del derecho penal, sin percatarse de la conexión que debe existir entre esas redefiniciones dogmáticas, los textos

legales y la justificación de las decisiones judiciales. En ese sentido, la inexistencia o existencia de una definición explícita de dolo en el derecho positivo argentino, no es un dato suficiente para permitirle a la dogmática –entre ellos, a Pérez Barberá– la tarea de precisar el concepto libremente. Por el contrario, en la medida en que esas definiciones tienen impacto en la atribución de la responsabilidad, tienen que estar expresamente consagradas por el legislador.

Así, la autora parte de una idea interesante de responsabilidad que define desde dos aristas: una responsabilidad básica (o responsabilidad propiamente dicha) cuyo sentido es explicar o dar las razones o justificar los motivos por los cuales se actuó de tal o cual manera; y una responsabilidad consecuencial, que consiste en definir si ante determinada circunstancia es apto o no apto sufrir consecuencias desagradables (pena) debido a esa conducta.

Esta tesis confronta con la de Pérez Barberá, en tanto un diseño institucional como el que propone aquel autor podría, en palabras de Manrique, dejar al margen al individuo como eje central de la atribución de responsabilidad, es decir, como persona capaz de ofrecer razones (explicar y defender) su comportamiento. Señala Manrique al respecto que un enfoque como el de Pérez Barberá, que posee aspiraciones objetivistas, que no tienen en cuenta aquello que el agente creyó y quiso al momento de hacer lo que hizo, que imputa dolo ante puestas en peligro crasas porque lo habitual es que el sujeto haya visto el peligro (2013, 198), es un diseño que apunta a eliminar la posibilidad de que el agente ofrezca razones (e.g., excusas o justificaciones) por su comportamiento (2013, 408).

6. CONCLUSIÓN

La tesis que postulo pretende volver a ubicar a la persona por encima de las instituciones y las normas, pero también por sobre cualquier clase de especulaciones dogmáticas, retomando la concepción tradicional de la idea de dolo, integrada por conocimiento y voluntad. Hay buenas razones para sostener, además, que esto debe ser así, si tenemos en cuenta que el respeto y la garantía de los derechos humanos constituyen el fin primordial de los estados democráticos contemporáneos.

Como sostiene Fabián Salvioli en “La ‘perspectiva pro persona’: el criterio contemporáneo para la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos” (2018), el respeto y la garantía de los derechos humanos constituye un fin primordial de los Estados democráticos contemporáneos, quienes en consecuencia deben orientar el diseño y la ejecución de toda política pública al servicio exclusivo de dicho objetivo, en beneficio de todas las personas –sin discriminación alguna– que se encuentren bajo la jurisdicción de aquellos.

Rescata, como tesis principal, la utilidad de la perspectiva “pro persona” como herramienta de interpretación hermenéutica para los Estados, lo cual permite a quienes analizan y aplican los instrumentos internacionales, orientar las normas y resolver los asuntos en concordancia con los fines que poseen las disposiciones de tutela de los derechos fundamentales de mujeres y hombres.

El dinamismo y la expansión de la perspectiva “pro persona” se integra por ciertos postulados y principios que son el principio teleológico; el principio de interpretación; el de buena fe; desarrollo progresivo; el de efecto útil; de fertilización cruzada; indivisibilidad e interdependencia; y una serie de postulados particulares; que evidencian la necesidad de reparar en la existencia de un criterio hermenéutico dinámico y apropiado que lleva a la persona como eje central y fundamental.

De esta manera, cualquier interpretación del calibre de las aquí criticadas que se pretenda hacer valer en el terreno de la dogmática para ser aplicado luego en el ámbito de la jurisprudencia o en próximas modificaciones legislativas, encuentra la barrera infranqueable del derecho internacional de los derechos humanos que impide esa clase de reconfiguraciones interpretativas despojadas de cualquier clase de consideración sobre la persona humana. En particular, la “perspectiva pro persona”, como criterio hermenéutico insoslayable, exige interpretaciones que encuentren como punto central al individuo.

A ello se le suman otros principios que también son baluartes en el plano del derecho internacional de los derechos humanos como el principio de culpabilidad y el principio de inocencia, que repelen el desembarco de estos novedosos postulados dogmáticos contrarios a la propia definición de persona. Sin ir más lejos, el propio art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, cuestión que evidencia la importancia de tener siempre en cuenta el aspecto subjetivo (razón y conciencia) de las personas en criterios constitutivos e interpretativos.

Pero también, entran en juego garantías procesales, como el derecho a ser oído y el derecho de defensa en juicio –defensa técnica y material–; en tanto la profundización del criterio normativista podría inclusive llegar al extremo de desligarse de cualquiera de estas garantías; toda vez que, como se comentó, no resulta de su agrado verificar las explicaciones, excusas o justificaciones que la persona pueda oponer en un proceso constituido únicamente para la contemplación objetiva y el desarrollo de conclusiones unilaterales por parte del estado (sin ningún tipo de diálogo con la persona).

Cabe remarcar que tampoco las excusas esgrimidas sobre las presuntas dificultades emergentes de la prueba del dolo (como estado mental) pueden pagarse suprimiendo estos postulados básicos sobre derechos humanos. Esto último, sin perjuicio de advertir

que tampoco invocan estos autores trabajos empíricos que evidencien la necesidad de intentar despojarnos de un concepto tan arraigado como el que hasta aquí venimos viendo. Por el contrario, debe considerarse como una razón de peso que la violación a los principios que venimos denunciado por vía de aplicar una regla de atribución de responsabilidad despojada de toda esfera subjetiva, podría hacer incurrir en responsabilidad internacional al estado argentino.

En definitiva, entiendo que normativizar el dolo significa, ni más ni menos, que sumar un engranaje más a una gigantesca maquinaria que permanentemente busca cosificar a la persona. Los derechos humanos son la única forma de detenerla.

6. BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo, E. 1999. Derecho Penal. Parte general. Hammurabi.

Córdoba, F. 2012. Dolo y evitabilidad individual. Universidad de buenos aires. Facultad de derecho. Revista Pensar en Derecho, disponible en www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-y-evitabilidad-individual.pdf

Greco, I. 2019. Dolo sin voluntad. En reflexiones sobre el derecho penal. Marcial Pons.

Hilgendorf, E. y Valerius B. 2017. Derecho Penal. Parte general. Ad-hoc.

Jakobs, G. y Struensee, E. 1998. Problemas capitales del derecho penal moderno. Hammurabi.

Manrique, M. L. 2013. Dolo como reproche. Revista Pensar en Derecho.

Pawlik, M. 2010. La pena retributiva y el concepto de delito. En La libertad institucionalizada. Marcial Pons.

Pawlik, M. 2016. La lesión del deber ciudadano de cooperación. En Ciudadanía y Derecho Penal. Atelier.

Pérez Barberá, G. 2011. La prueba de estados mentales eventualmente relevantes para la imputación del dolo, en “el dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Capítulo 21. Hammurabi.

Pérez Barberá, G. 2012. Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Revista Pensar en Derecho.

Pérez Barberá, G. 2021. ¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada. Revista en Letra: Derecho Penal, Año VI, número 11.

Ragués i. Vallès, R. 1999. El dolo y su prueba en el proceso penal. José María Bosch Editor.

Ragués i. Vallès, R. 2004. Consideraciones sobre la prueba del dolo. Revista de Estudios de Justicia, n° 4, año 2004.

Rusconi, M. A. 2013. Sobre la evolución de la dogmática al compás del sistema procesal. ¿un sistema de imputación construido en base a la necesidad de flexibilizar el estándar probatorio?”. Hammurabi

Rusconi, M. 2016. Derecho penal. Parte general. Ad- Hoc.

Rusconi, M. 2022. El estado de derecho en peligro. Colihue.

Rusconi, M. 2023. Dilemas de la dogmática jurídica penal. Escritos selectos. Ediciones Olejnik.

Salvioli, Fabián. 2018. La “perspectiva pro persona”: el criterio contemporáneo para la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Jurisprudencia argentina.

Sotomayor Acosta, J. O. 2016. Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano. Revista Polit. Crim.

Stratenwerth, G. 2005. Derecho penal. Parte general i. El hecho punible. Hammurabi.