

Normas A.P.A.

Pérez Barberá, G., (2012), El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/perez-gabriel-dolo-no-estado-mental.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 6, Pág. Xxx.

Normas Icontec

PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 6 (2012). [Acceso: Día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/perez-gabriel-dolo-no-estado-mental.pdf

EL CONCEPTO DE DOLO EN EL DERECHO PENAL.
HACIA UN ABANDONO DEFINITIVO DE LA IDEA DE DOLO
COMO ESTADO MENTAL*

PROF. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ**

RESUMEN: A la luz de las reflexiones propias del derecho comparado, en especial el alemán, este estudio hace una aproximación “sintáctica” al concepto de dolo que, luego, da cabida a un examen semántico del mismo, y al estudio de esa noción de cara a la teoría de la probabilidad; así mismo, propone diversas reglas de aplicación práctica de la concepción propuesta y, finalmente, señala una serie de correcciones sistemáticas. Con este punto de partida, se postula una idea de dolo completamente normativa de cara al derecho argentino y que desecha cualquier componente volitivo en el mismo, con lo cual se abandona la noción de dolo como un estado mental.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal, dogmática penal, dolo, imprudencia, conocimiento, teoría de la posibilidad, teoría de la representación, teoría de la probabilidad, estado mental.

I. INTRODUCCIÓN. LA CUESTIÓN DEL DERECHO POSITIVO

Dolo no es ni voluntad ni conocimiento. Imprudencia, por su parte, no es ni ausencia de voluntad ni ausencia de conocimiento. Ello, sin

* El presente trabajo es un resumen de mi tesis doctoral, actualmente en prensa en la Editorial Hammurabi. Por razones de espacio resulta imposible incluir en esta publicación una fundamentación exhaustiva del punto de vista defendido, para hallarla se recomienda acudir a la versión completa del trabajo.

** Profesor adjunto (por concurso) de derecho penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Ex becario DAAD en la Universidad de Múnich, bajo la tutoría del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin. Ex becario, en dos oportunidades, del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, sito en Friburgo de Brisgovia, Alemania, bajo la tutoría del Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Sieber.

embargo, no significa que voluntad y conocimiento, así como sus ausencias correspondientes, no jueguen papel alguno respecto de estas categorías. Tales estados mentales, en tanto datos empíricos que son, pueden, llegado el caso y junto con otros, ser relevantes para la conformación de los supuestos de hecho individuales que realicen el dolo o la imprudencia. Pero en lo que respecta a los *conceptos* de ambas categorías nada tienen que aportar.

Conceptualmente, dolo e imprudencia, desde un punto de vista sintáctico, son propiedades definitorias de los respectivos casos genéricos: el caso genérico doloso y el caso genérico imprudente¹. Dolo e imprudencia son, pues, las propiedades que tornan dolosos o imprudentes a los supuestos de hecho establecidos por la ley como tipos penales. Semánticamente, por su parte, dolo e imprudencia son propiedades normativas, porque lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave, a partir de un juicio objetivo respecto al posicionamiento epistémico del autor en relación con su hecho².

La afirmación de que la voluntad no juega ningún papel en el ámbito del concepto de dolo no constituye ninguna novedad. Tanto la teoría de la posibilidad, defendida entre otros por SCHRÖDER³, SCHMIDHÄUSER⁴ y JAKOBS⁵, como las modernas teorías de la representación (FRISCH)⁶ y las nuevas teorías de la probabilidad (HERZBERG⁷,

¹ Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción* (1993), págs. 34, 52 y ss. “Caso genérico”, en este contexto, es el supuesto de hecho previsto en abstracto en una norma general (en un tipo penal, por ejemplo). “Caso individual”, por su parte, es el suceso empírico, el que ocurre en el mundo real, y que puede encuadrarse en el caso genérico a través del correspondiente proceso de subsunción.

² Ciertamente, se formula ya un primer juicio de desvalor del hecho en función de los criterios de la llamada teoría de la imputación objetiva, a partir del cual se infiere su *relevancia* penal. Pero en función de las categorías del dolo y de la imprudencia se establece un segundo juicio de desvalor del hecho, a partir del cual se infiere su *gravedad* penal.

³ En *FS-Sauer* (1949), págs. 207 y ss. La llamada “teoría de la posibilidad” se remonta, de todas formas, ya al siglo XIX y a comienzos del XX. Durante ese período fue desarrollada –prácticamente en los mismos términos con los que fuera retomada a partir de la década de 1940– por varios autores, como, entre otros, BRUCK, *Fahrlässigkeit* (1885), págs. 15 y ss.; WOLFF, *Verhalten* (1923), págs. 214 y ss.

⁴ En, *GA* 1957, págs. 305 y ss.; el mismo, *GA* 1958, págs. 161 y ss.

⁵ En *AT*² (1991), 8/5a y 9/1.

⁶ En *Vorsatz* (1983), págs. 163 y ss.

⁷ En *JuS* 1986, págs. 249 y ss.

PUPPE⁸) han sostenido precisamente eso con toda claridad. Pero lo mismo debe decirse respecto del conocimiento, pues éste, al igual que la voluntad, es nada más que un estado mental, y por lo tanto un dato empírico⁹. Constituye básicamente un error categorial, en el sentido de RYLE¹⁰, afirmar que un constructo normativo por definición como el dolo *sea* un hecho psíquico (un estado mental), como lo es el conocimiento o la representación del autor. Ello, sin embargo, es precisamente lo que afirman todos los autores que se acaban de mencionar¹¹. Ninguna de las teorías desarrolladas hasta ahora por

⁸ En ZStW 103 (1991), págs. 1 y ss.; también en NK-PUPPE (1995), § 15, nm. 26-65.

⁹ En la dogmática penal y procesal penal tradicional no se pone en cuestión el carácter fáctico o empírico no sólo del conocimiento, sino de todos los estados mentales o datos psíquicos: ellos son considerados *hechos*, que pueden probarse empíricamente, sin mayor discusión. Así, entre muchos otros, SK (StPO)¹³-SCHLÜCHTER (1995), § 244, nm. 4 y s.; cfr. especialmente las referencias bibliográficas que cita FREUND en, del mismo, *Normative* (1987), pág. 8.; así también, aparentemente, ROXIN, *JuS* 1964, pág. 60. Este punto de vista, como es sabido, viene siendo defendido incluso desde el derecho romano (cfr. al respecto HRUSCHKA, *FS-Kleinknecht* [1985], págs. 195 y s., con más referencias; también VOLK, *FS-Arthur Kaufmann* [1993], págs. 611 y ss.). De acuerdo expresamente con la consideración de los datos psíquicos como hechos, entre muchos, ENGLISH, *Untersuchungen* (1930), págs. 198 y s.; los considera “datos empíricos” SCHÜNEMANN, *FS-Hirsch* (1999), pág. 367. Entre nosotros, claramente a favor de que los datos psíquicos son hechos, BAIGÚN, *Delitos* (1967), pág. 47; especialmente terminante al respecto es también NÚÑEZ, *DPA II* (1960), pág. 71. Seguramente, no es correcto que el tema no se discuta y se lo asuma como obvio, pero esta conclusión tradicional es, a nuestro juicio, acertada: si se acepta que por ‘hecho’ debe entenderse todo aquello que puede ser descrito por una proposición verdadera (así, en lo esencial, PATZIG, *Tatsachen* [1980], págs. 11 y ss., 15 y ss., 35 y s., 40 y s., siguiendo en esto a WITTGENSTEIN, *Tractatus* [1994], 2.04-2.06), entonces los datos psíquicos son hechos y pueden y deben ser sometidos a prueba en el proceso penal (de acuerdo con esto también TARUFFO, *Prueba* [2002], pág. 159). Esta conclusión, sin embargo, no es aceptada por un sector minoritario de la literatura jurídico-penal actual (cfr. por ejemplo FREUND, *Normative* [1987], págs. 3 y ss., 26 y ss.; RAGUÉS I VALLÉS, *Dolo* [1999], págs. 352, 357 y ss.). Una crítica detallada a la posición de estos últimos autores en mi tesis doctoral, § 21 (esta cita y las que siguen se corresponden con la numeración efectuada por la editorial Hammurabi en la primera impresión de prueba).

¹⁰ Cfr. RYLE, *Begriff* (1997), págs. 13 y ss.: un error categorial consiste en presentar algo como “pertenciente a un determinado tipo lógico o a una categoría (o a una serie de tipos o categorías) que, en realidad, pertenece a otros” tipos o categorías (ibid., págs. 13 y s.; paréntesis en el original). Se trata de dificultades que son el producto de una “incapacidad de aplicar correctamente ciertas palabras” (pág. 16). En la bibliografía jurídico-penal relacionada específicamente con la problemática del dolo se ocupa especialmente de este aporte de RYLE la reciente monografía de BUNG, *Wissen* (2009), págs. 87 y ss.

¹¹ En relación con ciertas ‘actitudes internas’ como ‘aceptación’, ‘rechazo’, ‘asentimiento’, etc., ya ha dicho FRISCH que se trata nada más que de “indicadores

la dogmática penal alemana escapa del error de identificar el concepto de dolo con alguno de los datos empíricos eventualmente relevantes para conformar el supuesto de hecho a subsumir en aquel (el estado mental al que unánimemente se acude es una cierta clase de representación, sin perjuicio de que algunos autores exijan, además, algún dato adicional de índole voluntativa)¹². Ello, empero, es metodológicamente inadecuado, porque ningún dato empírico puede ser *a priori* un candidato relevante para subsumirse en un concepto si éste aún no ha sido esclarecido¹³. De allí que ninguno de los intentos de conceptualizar el dolo a través de su identificación con datos empíricos, generalmente psíquicos, haya resultado satisfactorio: se confunde el concepto (normativo) de dolo con datos (empíricos) eventualmente relevantes para su aplicación. Hoy, de hecho, la identificación de dolo con conocimiento comienza a ser vista –al menos de *lege ferenda*– como axiológicamente incorrecta¹⁴.

Por lo tanto, el concepto de dolo no será considerado aquí como un derivado de datos empíricos tenidos *a priori* como relevantes, sino como un derivado del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso¹⁵. En todo caso, a partir de ese concepto se determinará, *a posteriori*, qué datos empíricos resultan relevantes en cada supuesto de hecho para la formulación del reproche doloso, según las características del caso concreto.

En Alemania, el contenido literal del § 16.I StGB es mencionado una y otra vez por la doctrina como barrera infranqueable para el desarrollo dogmático de un concepto de dolo que no se identifique con

de la presencia o ausencia del sustrato decisivo del dolo” (cfr. FRISCH, *Vorsatz* [1983], págs. 333 y s.). Pero lo que FRISCH pasa por alto es que también el conocimiento es nada más que un dato fáctico *eventualmente* relevante para el dolo, y no el dolo mismo. En este sentido, el conocimiento no es tampoco –como opina FRISCH, *ibid.*, págs. 54, 334 y *passim*– el “sustrato psíquico” *necesario* del dolo.

¹² De acuerdo con esto ROXIN, quien recientemente afirma, en tono crítico, que las características definitorias habituales del dolo, como ‘conocimiento’, ‘voluntad’, etc., son siempre “formuladas como estados psíquicos” (ROXIN, *FS-Rudolphi* [2004], pág. 243). Incluso el último JAKOBS cae en este error, pues identifica “dolo” con “indiferencia”, que es también un estado mental (cfr. JAKOBS, *ZStW* 114 [2002], págs. 584 y s.).

¹³ Similar, en lo sustancial, NK-PUPPE (1995), § 15, nm. 60.

¹⁴ Cfr. ROXIN, *AT*⁴ (2006), § 12, nm. 34; JAKOBS, *AT*² (1991), 8/5. Véanse también las referencias citadas en las notas 35 y 42.

¹⁵ Véase al respecto *infra*, apartado III.

el de conocimiento¹⁶, pero ello no resulta convincente. Pues, en todo caso, lo único que dice el § 16.I es que una persona actúa sin dolo si no conoce alguna circunstancia típica. Ello, sin embargo, no es ni un concepto ni una definición de dolo¹⁷. Significa, únicamente, que esa falta de conocimiento, por imperio legal, es un dato empírico que forzosamente cancela la posibilidad de una imputación a título de dolo. Pero esa limitación no impide que la doctrina imponga condiciones al estado mental ‘conocimiento’ (o mejor: ‘representación’) para que éste pueda tener el efecto enervante que impone la ley, sobre todo si tales condiciones se infieren de las características centrales del sistema jurídico-penal vigente.

En cuanto a Argentina, el derecho penal positivo vigente no constituye impedimento alguno para la explicación del dolo como un concepto estrictamente normativo como el que aquí se postula, no equiparable con el de conocimiento. Pues nuestro CP dice sólo que no es punible quien actúa con error de hecho no imputable (CP, 34 inc. 1º)¹⁸. Y qué sea un “error de hecho no imputable” es algo que, en todo caso, sabremos no por lo que diga la ley o la naturaleza, sino por lo que determine el pertinente desarrollo dogmático de ese

¹⁶ Cfr. por ejemplo JAKOBS, *AT*² (1991), 8/5a; PUPPE, *ZStW* 103 (1991), págs. 36 y s.; FRISCH, *Vorsatz* (1983), págs. 32, 90 y *passim*. El texto del § 16.I StGB es el siguiente: “Quien durante la comisión del hecho *no conoce* una circunstancia perteneciente al tipo legal, actúa sin dolo” (cursiva agregada). Ahora bien, se acuda o no al argumento de derecho positivo, lo cierto es que prácticamente toda la doctrina, incluida la más actual, exige la concurrencia de conocimiento efectivo para la imputación dolosa (así, entre muchos, KINDHÄUSER, *FS-Eser* [2005], págs. 354 y ss.).

¹⁷ Esto es reconocido hasta por la literatura de comentarios: cfr., por ejemplo, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *StGB*²⁵ (1997), § 15, nm. 2.

¹⁸ De acuerdo con esto, en tanto sostiene implícitamente que el CP argentino no obliga a un determinado concepto de dolo, SANCINETTI, *Dogmática* (2003), pág. 133. En contra la doctrina dominante en nuestro país, para la cual el dolo tiene su base de derecho positivo o bien en el art. 34 inc. 1º del CP (así, por primera vez, SOLER, en la primera edición de la parte general de su *Tratado* [1940]: cfr. SOLER, *DPA* II⁴ [1970], págs. 96 y ss.; lo siguen, entre otros, NÚÑEZ, *DPA* II [1960], pág. 47; el mismo, *Manual PG*⁴ [1999], págs. 187 y ss.; FONTÁN BALESTRA, *PG* II (1966), pág. 254; CREUS, *PG*⁵ (2003), pág. 239; sobre los antecedentes legislativos de esta disposición cfr. DE LA RÚA, *Código*² [1997], págs. 449 y ss.), o bien en el art. 42 del CP (así ZAFFARONI, *Tratado* III [1981], págs. 297, 309 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*² [2002], pág. 519), o bien en el art. 35 del CP (así BACIGALUPO, *PG* [1987], pág. 200; el mismo, *Tipo*² [1988], pág. 50). Se ha sostenido asimismo que, ante la falta de regulación legal expresa, ninguna de estas tesis constituye “una solución dogmáticamente incuestionable” (FRÍAS CABALLERO/CODINO/CODINO, *Teoría* [1993], pág. 384).

concepto legal¹⁹, que en nuestro país no es forzoso que se elabore a partir del par psicológico ‘conocimiento/desconocimiento’. Entre nosotros, por ejemplo, bien podría sostenerse que un error de hecho no imputable al autor sólo puede estar conformado por un desconocimiento no irracional del riesgo creado. Tampoco el art. 42 del CP argentino impone un determinado concepto de dolo. Sólo establece que, para que alguien pueda ser penado por tentativa, tiene que actuar con el fin de cometer un delito determinado (esto es, con dolo directo de primer grado). Es decir: al dolo básico le establece una condición adicional, que se justifica en tanto el castigo por tentativa importa una extensión del ámbito de lo punible²⁰. En nuestro país, la exigencia de dolo como condición necesaria para la imposición de pena por la comisión de todo delito no señalado de forma expresa por la ley como imprudente deviene de requisitos constitucionales, en tanto la norma fundamental acoge tanto el principio de culpabilidad –en el sentido de *nullum crime sine culpa*, i.e., nadie puede ser penado si no ha obrado *al menos* con imprudencia– como el principio de legalidad: *nullum crime sine lege* (CN, 18, 75 inc. 22)²¹.

¹⁹ En el mismo sentido, con respecto al concepto de dolo, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *StGB*²⁵ (1997), § 15, nm. 2.

²⁰ El punto de vista aquí expuesto coincide, en este aspecto, con el de la doctrina más tradicional en Argentina, conforme a la cual nuestro derecho positivo vigente exige dolo directo de primer grado para la tentativa, no siendo suficiente por tanto el dolo eventual: cfr. en este sentido, y entre otros, NÚÑEZ, *DPA II* (1960), págs. 315 y ss.; el mismo, *Disposiciones* (1988), pág. 166; CREUS, *PG*³ (2003), págs. 424 y s.; FONTÁN BALESTRA, *PG II* (1966), págs. 377 y s.; DE LA RÚA, *Código*² (1997), págs. 744 y ss., quien con razón sostiene: “...la expresión ‘fin’ que el legislador ha impuesto como condición en la tentativa, es regularmente interpretada como un componente de tipo intencional que especializa al dolo, resultando incompatible con modalidades eventuales...La razón apunta a una estructuración restrictiva de la tentativa, desde el punto de vista de la política criminal”. En contra BACIGALUPO, *PG* (1987), págs. 291 y s., quien argumenta en función del adjetivo ‘determinado’, pero lo cierto es que la opinión contraria, como se vio, no fundamenta su posición a partir de ese adjetivo, sino del sustantivo ‘fin’, presente en el art. 42 del CP argentino; en contra también ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*² (2002), pág. 823; SANCINETTI, *Teoría* (1991), pág. 146; RIGHI, *PG* (2007), págs. 416 y s. En Alemania, la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, sin perjuicio de una minoría que opina lo contrario, y a la cual ROXIN considera “digna de atención” (cfr. las pertinentes referencias bibliográficas en ROXIN, *AT II* [2003], § 29, nm. 71); entre los autores que niegan la punibilidad de la tentativa con dolo eventual cita ROXIN a SCHMIDHÄUSER (aunque sólo con relación a la tentativa inidónea: SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*² [1984], 11/19); PUPPE, *NSfZ* 1984, pág. 491; STRENG, *JZ* 1990, pág. 219 (este último de *lege ferenda*). También, en España la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual: así, entre muchos, ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa* (2000), págs. 228 y s., esp. nota a pie n° 789, con ulteriores referencias bibliográficas (como contraria, en España, a la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, señala este autor sólo a TAMARIT SUMALLA, *ADPCP* 1992, págs. 515 y ss.).

²¹ Cfr. al respecto PÉREZ BARBERÁ, *CDDPC* 3 (2000), págs. 213 y ss.

Ni en Alemania ni –menos aún– en nuestro país, por tanto, existen impedimentos legales para la elaboración dogmático-penal de un concepto de dolo no identificado con datos empíricos, sean éstos psíquicos o físicos.

II. APROXIMACIÓN SINTÁCTICA AL CONCEPTO DE DOLO

Ya ha sido establecido que el ‘dolo’, sintácticamente, es una propiedad definitoria de un caso genérico, es decir: es la propiedad que define a la condición empírica establecida en abstracto en un tipo penal para la aplicación de la sanción correspondiente. El discurso sintáctico, al igual que el lógico o el matemático, por ser estrictamente formal carece de significación. Sólo cuando las palabras sintácticas sean aplicadas a un ámbito en particular “adquirirán, a través de una determinada interpretación, la capacidad de referencia a los objetos o entidades que constituyen nuestro tópico especial”²². De todos modos, y tal como lo señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN, “el tratamiento de las normas en un nivel puramente sintáctico tiene considerables ventajas desde el punto de vista metodológico”²³. Ello, en este contexto específico, se traduce en que deja en claro algo sumamente importante, a saber: que el dolo, por ser una propiedad definitoria de un caso *genérico*, no es algo a ser subsumido (algo empírico), sino lo que contribuye a caracterizar aquello en lo que ha de subsumirse un caso individual. No integra, por tanto, la premisa menor, sino la premisa mayor del silogismo práctico.

El dolo, entonces, *no puede ser un hecho* (ni psíquico, ni físico, ni institucional²⁴), tal como lo describe la doctrina dominante, ni tampoco puede ser un ‘juicio adscriptivo’, en el sentido de HRUSCHKA²⁵. Pues ‘dolo’ no es una propiedad empírica (psíquica) que se atribuye a una persona. Lo que se atribuye a una persona, en todo caso, es la posesión de determinados estados mentales al momento de la acción, como, *v.gr.*, conocimiento, intención, etc. Pero ninguno de esos estados mentales *es* el dolo. Ellos, simplemente, contribuirán a conformar el caso individual (ocurrido en el mundo) a subsumir en un caso genérico doloso (previsto en una norma), siempre y cuando el concepto que dé contenido semántico al dolo como propiedad definitoria de ese caso genérico permita considerar

²² KLIMOVSKY, *Desventuras* (1997), pág. 290.

²³ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción* (1993), pág. 24.

²⁴ “Institucional” en el sentido de SEARLE, *Actos* (1994), págs. 58 y ss.

²⁵ Cfr. HRUSCHKA, *FS-Kleinknecht* (1985), pág. 201.

a tales datos como relevantes: *per se*, la presencia o ausencia de conocimiento y/o de otros datos empíricos no dice nada acerca de la presencia o ausencia de dolo.

Por otra parte, que el autor individual ostente ciertos atributos psíquicos no significa que ‘tenga’ dolo, sino que es posible atribuirle algunas disposiciones consideradas empíricamente relevantes por el dolo en tanto propiedad que define el caso genérico para habilitar la subsunción. Tales atributos psíquicos son, por otra parte, sólo *algunos* de los datos empíricos considerados relevantes por el concepto de dolo: el autor y sus estados mentales son sólo una parte del caso individual, el cual se integra también con un contexto empírico exógeno a aquel (ciertas características del peligro creado, fundamentalmente). La subsunción será posible, por lo tanto, sólo si el *caso* individual (no sólo el autor individual) posee empíricamente *todos* los atributos prácticos que resultan relevantes conforme a la propiedad normativa que define al caso genérico, esto es: conforme al concepto de dolo. ‘Actuar con dolo’, ‘tener dolo’, etc. son, pues, expresiones erróneas, modos impropios de hablar. Ellas dan a entender que el dolo es una disposición interna –de carácter empírico como toda disposición–²⁶ que incumbe sólo a un autor, a un individuo. Pero si dolo, sintácticamente, es una propiedad definitoria de un caso genérico, entonces es claro que su correlato individual será también un caso. Debe hablarse, por tanto, de ‘caso doloso’, o, si se quiere, de ‘hecho doloso’. El dolo es una propiedad que caracteriza a casos –particularmente a eventos genéricos–, no a personas. Y es una propiedad normativa, no empírica, porque logra esa caracterización a partir de una valoración de la gravedad del hecho. Todo esto es válido, por cierto, también para la imprudencia.

Esta aproximación sintáctica al concepto de dolo muestra hasta qué punto resulta acertada la intuición fundamental de la que parte este trabajo, según la cual no debe confundirse al concepto de dolo con datos empíricos eventualmente relevantes de un caso individual. La noción sintáctica de dolo no explicita todavía qué cabe entender por ‘dolo’, y no brinda por tanto ninguna información acerca de qué es aquello que debe ser probado empíricamente para que un caso pueda ser considerado doloso. Eso es tarea de la aproximación

²⁶ Sobre el concepto de ‘disposición’ y de ‘conceptos disposicionales’ cfr., entre otros, HASSEMER, *ADPCP* 1990, págs. 924 y ss.; el mismo, *Einführung*² (1990), págs. 183 y ss.; MYLONOPOULOS, *Dispositionsbegriffe* (1998), págs. 77 y ss.; KLEB-BRAUN, *JA* 1986, págs. 312 y ss.

semántica al concepto de dolo, que enseguida se abordará. Pero lo que sí deja al descubierto la aproximación sintáctica es, precisamente, que una cosa es el conjunto de datos empíricos que conforman un caso individual, y otra muy distinta la propiedad o conjunto de propiedades que definen el caso genérico, y que sólo estas últimas pueden reconstruirse conceptualmente a partir de un marco teórico *jurídico-penal*.

III. APROXIMACIÓN SEMÁNTICA AL CONCEPTO DE DOLO

Gracias a la aproximación sintáctica sabemos ya cómo funciona el dolo, cómo se organiza y relaciona con los diversos componentes de la norma general y con los sucesos del mundo real. Ya sabemos que no es un dato empírico (un hecho) sino la propiedad que define a un caso genérico, *i.e.*, que lo define como *doloso*. Pero ¿qué es ser ‘doloso’? ¿Cómo debe ser interpretada esa propiedad? Con estas preguntas ingresamos a la dimensión semántica del concepto de dolo. A partir de ella corresponde desentrañar ya *qué se entiende* por dolo, más allá de cómo funcione éste en el marco de una norma jurídico-penal. Y para ello, para obtener un concepto de dolo, en este trabajo se adhiere expresamente al método teleológico, conforme al cual no corresponde inferir nada a partir de premisas ónticas. Nuestro punto de partida está conformado por premisas prácticas, fundamentalmente finalidades y razones (normativas): fin del derecho penal, *ratio legis* del mayor castigo del hecho doloso²⁷.

²⁷ Fundamental al respecto SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff* (1968), págs. 15 y ss.: “también el concepto de dolo debe determinarse teleológicamente” (cursivas en el original). Quizá sea pertinente aclarar aquí que a fines de la década del sesenta, cuando este autor elaboró este texto, la utilización de un método “teleológico” para el tratamiento de los problemas de la Parte General del Derecho Penal no era en absoluto una idea extendida entre los autores alemanes, como sí lo es hoy. ROXIN, por ejemplo, sostiene que, aproximadamente, sólo “desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema ‘racional-final (o teleológico)’ o ‘funcional’ del Derecho penal” (PG [1997], § 7, nm. 23; paréntesis en el original). De hecho, uno de los trabajos que más contribuyera a divulgar esa metodología fue la conocida monografía de ROXIN titulada *Política criminal y sistema del derecho penal*, que diera a luz justamente en el año 1970 (la traducción al castellano es de 1972). Es justo, por lo tanto, considerar a este temprano trabajo de SCHMIDHÄUSER como pionero y precursor de esa nueva dirección metodológica. ROXIN mismo destaca el valor de la obra de aquél en este aspecto (cfr. ROXIN, PG [1997], § 7, nm. 28). Otro conocido impulsor de esta metodología es FRISCH, *Vorsatz* (1983), págs. 34 y ss.; también JAKOBS, *AT*² (1991), ya desde el prólogo a esta edición y *passim*; en Argentina, y entre muchos otros, LASCANO (H.), *PG*² (2002), págs. 88 y s; expresamente, respecto del concepto de

Sólo una vez que ese punto de partida quede clarificado podrá brindarse el pertinente concepto de dolo, que será producto de esta aproximación semántica.

En este sentido, dos son los axiomas de los que parte nuestra concepción. El primero establece cuál es el fin del derecho penal, y reza lo siguiente: *Fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas*²⁸.

Y, el segundo, establece cuál es la *ratio legis* del mayor castigo de cierta clase de hechos en relación con otra clase de hechos, y reza de la siguiente manera: *La orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. Representaciones epistémicamente irracionales determinan orientaciones cognitivas defectuosas, al igual que representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente desacertadas. Por su parte, la falta de conocimiento o de representación, si es racional, determinará también orientaciones defectuosas, y si es irracional, orientaciones arbitrarias. Si se trata del apartamiento de una regla, el que se funda en una orientación óptima tiene la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que el que se funda en una orientación arbitraria, intensidad que es siempre mayor a la del apartamiento que se funda en una orientación defectuosa.*

dolo, BACIGALUPO: "En efecto, la elaboración del concepto de dolo... no parte de una determinada realidad (supuestamente) psicológica... que se identifica con el dolo, sino que establece previamente las exigencias de la forma más grave de la realización del delito, la *ratio* de la punibilidad del dolo, y a partir de ella determina qué elementos, además del conocimiento, deben constituir el dolo" (BACIGALUPO, *Derecho* [2006], pág. 328; paréntesis y cursiva en el original); sobre el método en general cfr., entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (1992), págs. 67 y ss.

²⁸ El axioma en cuestión se apoya en los desarrollos teórico-sociales más actuales e interesantes, como lo son los de LUHMANN y HABERMAS. En mi tesis doctoral se demuestra la estrecha afinidad de estas dos concepciones al menos en este ámbito (véase especialmente § 5.c y § 6). Sobre LUHMANN cfr., del mismo, *Rechtssoziologie* (1972), págs. 40 y ss.; *Recht* (1993), págs. 138 y s.; *Sistema* (1983), pág. 109: "la normatividad en cuanto tal [es] la exclusión de la disposición de revisar, en caso de desengaño, las expectativas defraudadas". Sobre HABERMAS cfr., del mismo, *Teoría II*⁴ (1999), págs. 30 y s.: "las reglas rigen contrafácticamente".

Por tratarse de axiomas, no corresponde que sean sometidos a prueba en este lugar²⁹. Y cabe a su vez dejar sentado que, por el momento, en cuanto al significado que se le da aquí a los términos ‘racional’, ‘irracional’, etc., nos contentaremos con una aproximación intuitiva, que identifica a lo racional con aquello que se corresponde con determinadas bases epistémicas, o con modos de actuar normales o cotidianos de la generalidad o de quienes se desempeñan en una actividad concreta dentro de una sociedad determinada³⁰. Y es necesario también, para evitar posibles malentendidos, establecer –de forma estipulativa– que, en el marco de este trabajo, por ‘representación’ se entiende la activación psíquica de un conocimiento o de una creencia, operada en el presente exacto de una situación y que, por tanto, no puede tener duración³¹. ‘Conocimiento’, por su parte, es saber verificado racionalmente, *i.e.*, a partir de marcos epistémicos compartidos por todos en el universo de casos de que se trate y propios de ese universo, o compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles³². Y ‘creencia’, finalmente, es la convicción no verificada –racional o irracional, según el caso– acerca de la existencia de estados de cosas. Por lo tanto, hay ausencia de conocimiento cuando algo no se sabe, y ausencia de representación cuando la activación de lo que se sabe o de lo que se cree no se produce.

²⁹ De todas formas, una fundamentación extensa de por qué se llega a estos axiomas se ofrece en mi tesis doctoral (véanse especialmente los §§ 5 y 6).

³⁰ Una explicación detallada de lo que cabe entender por racionalidad en este contexto se ofrece en mi tesis doctoral, en la que, luego de exponerse cómo ha sido utilizado el concepto de racionalidad en la literatura jurídico-penal y en otras disciplinas científicas, se aborda y desarrolla la idea de “racionalidad comunicativa”, que no es otra cosa que un concepto epistémico de racionalidad (fundamental al respecto HABERMAS, *Facticidad* [1998], págs. 65 y ss.: “el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa”). La relación entre racionalidad epistémica y relevancia comunicativa se aprecia con toda claridad en JAKOBS, *AT²* (1991), 25/23; cfr. también BACIGALUPO, *Derecho* (2006), págs. 32 y ss., 67, donde ofrece una adecuada explicación acerca de la conexión entre el paradigma comunicativo y la racionalidad epistémica. Conforme a este punto de vista, el concepto de racionalidad es un concepto normativo con ayuda del cual se establece si una determinada opinión está epistémicamente justificada (así, entre otros, BECKER, *Rationalität* [1995], págs. 189 y ss.).

³¹ Sobre esto último cfr. LUHMANN, *Systeme* (1984), pág. 356.

³² Se trata, como dice PUTNAM siguiendo a WITTGENSTEIN, de “normas públicas” acerca de lo que cabe entender por ‘racional’: “...sin esas normas públicas, normas que son compartidas por un grupo y que constituyen una ‘forma de vida’, no sería posible el lenguaje, ni tampoco el pensamiento” (PUTNAM, *Razón* [1988], pág. 112).

Pues bien, de aquellos dos axiomas, asumidos acumulativamente –y en conjunción con las estipulaciones efectuadas–, se obtienen las siguientes proposiciones:

1. Las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación óptima para orientarse en el mundo (esto es, las que tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas), si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que implican la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Ello es así porque esa clase de correlación epistémico-ontológica hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor conlleve comunicar otra regla, opuesta a la violada³³, e importe asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y además porque, en tales casos, el autor no tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible³⁴ que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor.

Ejemplos: *a)* *A* quiere matar a *B*. Sabe –y se representa ello– que puede lograrlo disparándole con un arma de fuego en la cabeza, y lo hace. Se trata de una representación epistémicamente racional (está basada en regularidades empíricas obvias)³⁵ y ontológicamente acertada, por lo que grava intensamente al autor. Le corresponde, en consecuencia, la forma de castigo más grave (la dolosa: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como dolo directo de primer grado).

b) *A* roba y es descubierto por *B*, que comienza a perseguirlo. Para cubrir su huida, *A* dispara con su revólver hacia atrás. No quiere matar a *B*, pero sabe que eso puede ocurrir, y ocurre. Aquí también se trata de una representación epistémicamente racional –pues está fundada en regularidades empíricas obvias– y ontológicamente

³³ En esta línea, que como es sabido remite a JAKOBS –y a su vez a LUHMANN y a HABERMAS–, también BACIGALUPO, *Derecho* (2006), pág. 35.

³⁴ Acerca del concepto de “atendibilidad objetiva” en este contexto véase *infra*.

³⁵ Con esto se hace referencia a aquello que, en epistemología, se designa como “regularidades nómicas”: si no ocurren, queda falseada automáticamente alguna ley natural (cfr. al respecto DIEZ-MOULINES, *Fundamentos* [1999], págs. 128 y ss.).

acertada, que grava intensamente al autor dado que él *sabe* que esa muerte *puede ocurrir* (su orientación cognitiva es óptima). Le corresponde, por tanto, la forma de castigo más grave (la dolosa: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como dolo eventual).

2. En cuanto a las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación no óptima para orientarse en el mundo, cuando se trata del apartamiento de una regla es necesario distinguir en tres subgrupos: A) Apartamientos que tienen por base o bien una ausencia de representación epistémicamente racional, o bien una representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa. B) Apartamientos que tienen por base una representación epistémicamente irracional (aun cuando por azar sea, *ex post*, ontológicamente acertada). C) Apartamientos que tienen por base una ausencia de representación epistémicamente irracional.

Tanto en A) como en B) se comunica una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como *no* intensamente contraria a la de la regla, pues se funda en orientaciones cognitivamente defectuosas. Se analizarán estos dos supuestos a continuación.

En A) [ausencias de representación epistémicamente racionales, representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente defectuosas] ello es así porque la racionalidad epistémica de la ausencia de representación o de la representación ontológicamente defectuosa hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor importe ciertamente comunicar otra regla, opuesta a la violada, pero sin que ello implique, a la vez, comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; en tales casos, por tanto, el autor sí tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas, a lo sumo, un castigo menor.

Ejemplos: c) A es una empleada doméstica que plancha la ropa en la casa de B, su empleadora. A se distrae porque por teléfono se le da una mala noticia y, como consecuencia de ello, olvida que había dejado la plancha encendida sobre una camisa, lo cual provoca un incendio que daña una parte de la casa de B. Se trata de una falta de representación del riesgo de daño que importaba su conducta que es epistémicamente racional, pues resulta explicable en función

del interés comprensible que *A* tenía en esa llamada telefónica. Una falta de representación no irracional sólo grava atenuadamente al autor, el cual a lo sumo merece –y siempre que corresponda– la forma de castigo más leve (la imprudente: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como imprudencia inconsciente).

d) *A* pasea por un bosque serrano y arroja en él la colilla encendida de un cigarrillo, representándose en ese preciso instante que ello podría provocar que el bosque se incendie, pero estando a la vez seguro de que eso no sucederá dada la casi insignificante entidad de la colilla del cigarrillo como agente generador de un incendio a gran escala. El bosque, sin embargo, se incendia, y se producen importantes daños materiales. Se trata de una representación ontológicamente defectuosa pero epistémicamente racional, pues es plausible creer que una pequeña colilla de cigarrillo encendida no tiene entidad suficiente para provocar un incendio de semejante magnitud. Y ello grava sólo atenuadamente al autor, que racionalmente *cree* que el incendio *no ocurrirá* (su orientación cognitiva no es óptima) y por lo tanto merece, a lo sumo –y siempre que corresponda– la forma de castigo más leve (la imprudente: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como imprudencia consciente).

En *B)* [creencias epistémicamente irracionales, aun cuando sean ontológicamente acertadas desde una perspectiva *ex post*] la intensidad comunicativa contraria a la regla es igualmente menor, porque ni siquiera el acierto ontológico compensa el desacierto epistémico, *i.e.*: conductas fundadas en creencias obtenidas irracionalmente tienen una repercusión comunicativa devaluada, tanto cuando con ellas no se acierta ontológicamente (que será lo habitual) como cuando sí se acierta. En tales casos es cierto que el autor, subjetivamente, comunicará *ex ante* una regla contraria a la violada e incluso una pretensión de validez respecto de su propia regla, y es cierto también que no tendrá margen subjetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Pero, objetivamente, dicha comunicación no puede ser tomada en serio como un apartamiento intenso de la regla, atendida la falta de correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo. Por este motivo, también estas conductas merecen, a lo sumo, un castigo menor.

Ejemplos: *e)* *Creencia epistémicamente irracional con acierto ontológico*: *A* quiere matar a *B*, que es hindú. *A* escuchó alguna vez que para los hindúes el agua tiene un significado sagrado, y de ello infiere

que ningún hindú sabe nadar. *A* invita entonces a *B* a pasear por los bordes de una piscina llena, en otoño, sabiendo que el agua está muy fría y sucia por la temperatura ambiente y la falta de uso, y lo empuja sorpresivamente a la parte más profunda de ésta. *B*, efectivamente, no sabía nadar, simplemente porque nunca aprendió, y muere ahogado. Se trata de una creencia acertada de la situación real a la que *A* llega de un modo irracional, azaroso (obviamente, el promedio de los hindúes que sabe nadar no difiere del de cualquier otro país occidental). Una creencia epistémicamente irracional, aunque resulte ontológicamente acertada, sólo puede gravar de forma atenuada al autor. Por lo tanto le corresponde (en tanto en el caso concreto el empujón a la piscina pueda considerarse la creación de un riesgo no permitido, lo cual cabe corroborar positivamente en este caso por las circunstancias en que ocurre) la forma de castigo más leve (la imprudente: se trata de los casos que aquí hemos denominado de consumación objetivamente inesperada).

f) Creencia epistémicamente irracional sin acierto ontológico: *A* cree que moviendo unas extrañas fichas en un tablero puede lograr que cualquier persona haga lo que él quiera, y decide estafar a *B*. Lo engaña, pero, de acuerdo con el plan de *A*, para que la estafa se consume es necesario que *B* entregue una suma de dinero a *C*, un amigo de *A* que nada sabe del asunto. *A* mueve entonces las fichas del tablero para que *C* vaya a casa de *B* a retirar ese dinero, lo cual, obviamente, nunca ocurre. Una creencia epistémicamente irracional y ontológicamente desacertada (aunque esto último no es esencial) sólo puede gravar de forma atenuada al autor, por las razones ya indicadas. Por tanto, le corresponde la forma de castigo más leve (la imprudente), que en este caso, por no haber consumación, conlleva su impunidad (se trata de un caso de tentativa irreal).

Finalmente, en *C*) [desconocimientos o ausencias de representación epistémicamente irracionales], se dan las mismas circunstancias objetivas que en los casos de apartamiento mediando representación epistémicamente racional y ontológicamente acertada. En estos casos, la conducta tiene lugar a partir de una orientación *arbitraria*, y comunica por tanto una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Ello es así porque “arbitrariedad”, en este contexto, significa desafío objetivo a regularidades empíricas obvias de acuerdo tanto con la base epistemológica objetivamente disponible cuanto con la que ostenta el sujeto (*ceguera ante los hechos*). De allí que, también aquí,

desde un punto de vista *ex ante* el apartamiento del autor importa comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importa asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y tampoco en este supuesto el autor tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor³⁶.

Ejemplo: g) A sale de una discoteca muy alcoholizado, pero no en estado de inimputabilidad. Junto a otros jóvenes que lo conocen sabe a su automóvil, negándose a que otro que no sea él conduzca el vehículo, pese a saber que había ingerido demasiado alcohol y que no era un buen conductor, pues de hecho no lo era (sus amigos se burlaban de él por ello) y, además, no había aprobado el examen pertinente y había obtenido su licencia de conducir de manera ilegal. Una vez ingresado a una autopista con velocidad máxima permitida de 130 km/h, acelera el automóvil a más de 160 km/h y en zig-zag, para esquivar a los otros vehículos que circulaban en su mismo sentido, hasta que, en una de esas maniobras, sin representarse en ningún momento el peligro que su conducción generaba, pierde el control y embiste a esa velocidad y por detrás a otro automóvil. Como consecuencia del impacto mueren dos de sus acompañantes y las dos personas que iban dentro del vehículo embestido³⁷. Un desconocimiento o una falta de representación irracional por desafiar regularidades empíricas obvias (sea que ello esté motivado en un manifiesto desinterés por el resguardo de los bienes ajenos o en cualquier otro motivo)³⁸, grava intensamente a su autor y le

³⁶ Un número creciente de autores alemanes coincide en que, en casos como estos, el autor no puede ser “honrado” con un castigo menor. Así LK¹¹-SCHROEDER (1994), § 16, nm. 89; PUPPE, *ZStW* 103 (1991), pág. 12; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, pág. 788. Véanse también las referencias citadas en nota a pie n° (es la que en este archivo figura como n° 12 *).

³⁷ Un caso muy similar fue resuelto recientemente por la Cámara de Acusación de Córdoba (tribunal del que soy miembro), que con su fallo confirmó la elevación de una causa a juicio oral en la que al imputado se le atribuía el delito de homicidio simple con dolo eventual (se trata de la causa “Castro”, auto n° 661 del 09/11/2009).

³⁸ No es correcto, a nuestro juicio, el punto de vista según el cual todo caso de ceguera ante los hechos es consecuencia invariable de una falta de interés del autor por los bienes de los otros (así por ejemplo JAKOBS, *Estudios* [1997], texto 3 [1989], pág. 138). Dicha conclusión resulta dudosa en tanto pretende presentar como una regularidad nómica (*i.e.*, empíricamente necesaria) algo que, en rigor, no importa nada más que una consecuencia contingente. En efecto, la falta de representación de un determinado estado de cosas no tiene por qué

corresponde, por lo tanto, la forma de castigo más grave (la dolosa), aun mediando amenaza o posibilidad de *poena naturalis*³⁹.

Fácilmente puede advertirse que la solución de los casos *a)*, *b)*, *c)* y *d)* coincide con la que propondría la doctrina tradicional: el ejemplo *a)* describe un supuesto claro de dolo directo de primer grado; el ejemplo *b)*, un supuesto claro de dolo eventual; y los ejemplos *c)* y *d)* describen supuestos claros de imprudencia (inconsciente y consciente, respectivamente). Son, en cambio, las soluciones de los casos *e)*, *f)* y *g)* las que difieren de aquellas a las que arribarían casi todas las teorías ensayadas hasta ahora respecto del concepto de dolo.

Al ejemplo *e)*, o “caso del hindú”, lo hemos elaborado para ejemplificar los supuestos que aquí denominamos “casos de consumación objetivamente inesperada”. Ellos, ciertamente, se asemejan a los casos de *dolus generalis* en tanto en ambos se realiza el riesgo que el autor se representó, aunque de modo distinto a como éste se lo representara. Pero se diferencian de tales casos porque, en los supuestos de *dolus generalis*, el autor se representa racionalmente el riesgo que finalmente se realiza, mientras que, en los de consumación objetivamente inesperada, el autor se representa *irracionalmente* ese riesgo. La diferencia es importante. Para una concepción dogmática que caracterice al dolo y a la imprudencia según cuál sea el estado mental presente en cada caso, y que no le interese si –cualquiera sea el estado mental de que se trate– el autor

derivarse *necesariamente* de una falta de interés o indiferencia en los bienes de los otros. Ello es posible, pero también lo son *otros* motivos, como, por ejemplo, la convicción (objetivamente equivocada) de tener razón respecto a la corrección normativa de una acción propia (esta actitud, de hecho, es muy común en el tránsito vial en Argentina). Y tampoco debe confundirse un genuino caso de ceguera ante los hechos con un supuesto en el que, simplemente, las pruebas de la causa demuestran que el autor miente cuando afirma que no se representó una determinada circunstancia: allí se concluirá, en definitiva, que el autor sí se representó lo que él niega (ejemplos: el autor niega haberse representado la edad de la víctima, cuando esa edad era obvia conforme a su estructura física; el autor niega haber sabido que lo que transportaba era droga, cuando del contexto de la causa surge que tal conocimiento era obvio, etc.).

³⁹ La amenaza de *poena naturalis* no puede ser tenida –como cree JAKOBS: *AT*² (1991), 8/5– como la explicación del menor merecimiento de pena del delito imprudente, porque lo cierto es que esa amenaza no tiene que actuar *per se* de manera disuasoria para el autor que incluso conscientemente está dispuesto a dañarse a sí mismo con tal de dañar a otros, como lo ponen de manifiesto los casos de atentados terroristas llevados a cabo por suicidas: si el autor sobreviviera, sin dudas le sería imputable su acción a título de dolo.

comunica algo que importe un apartamiento de la regla de que se trate ni la intensidad de ese efecto comunicativo, obviamente que la cuestión relativa a la racionalidad del modo en que el autor obtuvo su representación le resultará indiferente y considerará sin dudar que este es un caso de dolo. Pero para la concepción que aquí se defiende, el dato de que se comunique algo relevante y la intensidad de esa relevancia comunicativa contraria a la regla es fundamental, y por lo tanto la pregunta acerca de la racionalidad epistémica del estado mental pertinente deviene indispensable. Si, como sucede en este caso, se está ante una creencia irracional, entonces la imputación a título de dolo queda excluida, pues ésta, por imponer una pena mayor, requiere una intensidad también mayor en el apartamiento de la regla, intensidad que no se alcanza con una génesis irracional de esa clase de estado mental.

El caso *f*), o “caso del estafador místico”, describe una situación que la doctrina tradicional consideraría un supuesto de tentativa (inidónea) irreal *dolosa*⁴⁰, y respecto del cual postularía su impunidad con base en argumentos poco coherentes con cualquier fundamentación de la punibilidad de la tentativa⁴¹. En este trabajo, en cambio, todos los casos de tentativas (inidóneas) irreales (y también los de tentativas supersticiosas) se consideran supuestos de imprudencia, y se arriba a la conclusión de su impunidad de un modo mucho más sencillo y convincente: a través de la aplicación de la regla de derecho positivo conforme a la cual toda tentativa imprudente es impune.

El caso *g*), por su parte, describe un supuesto de “ceguera ante los hechos”⁴², problema del cual la literatura se ocupa desde hace tiempo⁴³.

⁴⁰ Sobre la distinción entre tentativa irreal y tentativa supersticiosa cfr., por todos, SANCINETTI, *Teoría* (1991), págs. 487 y ss. Básicamente, la diferencia reside en que, en la tentativa irreal, el autor cree que el medio elegido por él es idóneo desde un punto de vista físico para influir ontológicamente en el mundo; en la tentativa supersticiosa, en cambio, el autor reconoce al medio elegido como sobrenatural, en el cual no obstante cree. De allí que el caso del ejemplo sea un supuesto de tentativa irreal. Quien, en cambio, *v.gr.* reza para lograr un resultado que no ocurre, cometería una tentativa supersticiosa.

⁴¹ Sobre las dificultades teóricas que ofrece tanto a las teorías objetivistas como a las subjetivistas la cuestión de la impunidad de la tentativa irreal resulta sumamente ilustrativo SANCINETTI, *Teoría* (1991), *ibid.* nota anterior.

⁴² Véanse al respecto las distinciones indicadas con anterioridad.

⁴³ Cfr. ya MEZGER, *FS-Kohlrausch* (1944), págs. 180 y ss.; el mismo, *Studienbuch*² (1948), págs. 139 y ss.; JAKOBS, *AT*² (1991), 8/5; PUPPE, *AT* (2002), § 26, nm. 16; NK-PUPPE (1995), § 15, nm. 99 y 118; NK²-PUPPE (2005), § 15, nm. 76; en Argentina especialmente SANCINETTI, *Fundamentación* (1995), págs. 223 y ss.

También aquí, para una concepción que agote la problemática conceptual del dolo y de la imprudencia en la contraposición de estados mentales (en este caso: conocimiento/desconocimiento), resultan indiferentes cuestiones relativas a la intensidad comunicativa de la conducta que se aparta de la regla. En consecuencia, desde tal punto de vista no se dudaría en afirmar que tales supuestos pueden ser imputados a lo sumo como imprudentes⁴⁴. Pero para la concepción que aquí se defiende, ese dato de la intensidad comunicativa es fundamental, y por lo tanto también aquí deviene imprescindible la pregunta relativa a la racionalidad de la falta de representación del autor. Si, como sucede en este caso, esa falta de representación es epistémicamente irracional, y manifiesta por lo tanto una orientación arbitraria en el mundo (*i.e.*, objetivamente desafiante hacia la regla), atento su elevada intensidad comunicativa cabe considerar que tal conducta es reprochable a título de dolo⁴⁵, independientemente de que pueda predicarse la posibilidad de una *poena naturalis*⁴⁶. Pues, se acepte o no la tesis de que dicha posibilidad ha de

⁴⁴ Así, en la literatura más reciente, NK²-PUPPE (2005), § 15, nm. 76; la misma, AT (2002), § 26, nm. 16. Junto con ella la doctrina dominante (cfr., por todos, JESCHECK/WEIGEND, PG⁵ [2002], págs. 314 y ss.).

⁴⁵ Similar, en los resultados, LK¹¹-SCHROEDER (1994), § 16, nm. 89; SCHÜNEMANN, JA 1975, pág. 788: “si las apariencias no engañan, el desarrollo futuro consistirá en una ampliación del dolo eventual a costa de la imprudencia consciente, lo cual, por razones materiales, sólo puede ser digno de aprobación”; el mismo, JR 1989, pág. 93; SACHER, *Sonderwissen* (2006), págs. 181 y ss.; sólo de *lege ferenda* también JAKOBS, AT² (1991), 8/5 y ss.; aparentemente ahora también de *lege lata* en, del mismo, ZStW 114 (2002), págs. 584 y ss. En contra la opinión dominante: cfr., entre otros STRATENWERTH, ZStW 71 (1959), pág. 56; SCHROTH, JuS 1992, pág. 7; SK(StGB)⁷-RUDOLPHI (2002), § 16, nm. 43; ROXIN, AT⁴ I (2006), § 12, nm. 34, aunque reconociendo que es seria la objeción de SCHROEDER y SCHÜNEMANN (planteada en los lugares citados en esta nota), entre otros, en el sentido de que, no imputándose al dolo casos de “cómoda predisposición a reprimir la conciencia” (lo cual incluye también supuestos de ceguera ante los hechos), se privilegia u “honra” injustamente a esa clase de conductas con el “premio” de la imprudencia; aun así, ROXIN entiende que, para que dicha opinión sea aceptable de *lege lata*, sería necesario un cambio legislativo en virtud del cual se introduzca una norma específica que disponga que, en esos casos excepcionales, aunque falte el conocimiento la conducta debe ser penada igualmente como dolosa (ROXIN, *ibid.*). ROXIN se acerca, de este modo, a la posición de quienes –como por ejemplo JAKOBS en el Tratado– al menos de *lege ferenda* consideran correcta la concepción que aquí se postula. PUPPE, por su parte, pese a acordar expresamente con la objeción de SCHROEDER y SCHÜNEMANN (la misma, ZStW 103 [1991], pág. 12), de ninguna manera acepta que un desconocimiento tal pueda tener como consecuencia un castigo doloso (NK²-PUPPE [2005], § 15, nm. 76).

⁴⁶ Sobre esto véase *supra*.

conducir necesariamente a la conclusión (empírica) de que en el caso no hubo representación⁴⁷, lo que aquí se pone en cuestión es la racionalidad (por arbitrariedad) de esa falta de representación. Como se ve, los casos genuinos de ceguera ante los hechos ponen de manifiesto que, en lo que atañe a la problemática de la delimitación entre dolo e imprudencia, las hipótesis difíciles no son sólo aquellas en las que debe determinarse si –para decirlo con la terminología tradicional– hay dolo eventual o imprudencia consciente, sino también aquellas en las que debe determinarse si hay dolo eventual o imprudencia *inconsciente*, porque “ceguera ante los hechos” supone precisamente, *ausencia* de representación. De allí que sea lisa y llanamente incorrecto describir al problema general que aquí se analiza como el de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, tal como lo hace la doctrina tradicional; se trata, en rigor, de la delimitación *entre dolo e imprudencia*, sin más especificaciones (ellas, en su caso, se agregarán en función de las contingencias empíricas de cada supuesto particular).

Así, nuestra concepción alcanza en la práctica resultados diferentes a los de la doctrina mayoritaria para determinados casos límite: en los casos de consumación objetivamente inesperada y de tentativas irreales o supersticiosas, la postura aquí sostenida *restringe el ámbito del dolo*⁴⁸, y en los casos de ceguera ante los hechos *lo amplía*⁴⁹. Y a nuestro modo de ver ello es axiológicamente correcto⁴⁹. Se logra, por su parte, una fundamentación más adecuada que las hasta ahora disponibles respecto de la solución que postula la impunidad de las tentativas irreales y supersticiosas.

Para resumir: la representación racional y ontológicamente acertada (representación óptima) comunica desacuerdo objetivo con la regla, por opción expresa en ese sentido [casos *a*) y *b*)]. La falta de represen-

⁴⁷ Así JAKOBS, AT² (1991), 1/7a.

⁴⁸ Como dice HAFT: frente al delito doloso “no se trata sólo de la protección de bienes jurídicos. Allí, antes bien, al derecho penal se le encarga también la tarea de retribuir ‘el apartamiento activo de los valores básicos del correcto accionar’” (HAFT, AT⁹ [2004], pág. 159). Pero esto debe ser leído así: *sólo* si tiene lugar un apartamiento tan frontal (por racionalmente conocido o por arbitrario) de esos valores corresponde la forma de castigo más grave (*ultima ratio* ‘dentro’ de la *ultima ratio*).

⁴⁹ Esta ampliación del ámbito del dolo para los casos de ceguera ante los hechos no es funcional a la tradicional selectividad empírica del sistema penal, pues los sujetos que se orientan a partir de configuraciones arbitrarias del mundo no son los “clientes habituales” de ese sistema, sino más bien quienes fundan su prepotencia contra las normas penales en su conciencia de su baja vulnerabilidad frente a ellas.

tación científica racional y la representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa comunican acuerdo objetivo con la regla, pero descuido o exceso de confianza (siempre desde un punto de vista objetivo) respecto de su observación [casos *c*) y *d*]). La representación epistémicamente irracional (independientemente del acierto o yerro ontológico) comunica desacuerdo subjetivo con la regla; pero, objetivamente, dicha comunicación no puede ser tomada en serio como un apartamiento intenso de la regla, atento la falta de correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo [casos *e*) y *f*]). Finalmente, la falta de representación arbitraria comunica, al igual que la representación óptima, desacuerdo objetivo con la regla, sólo que en este caso por provocación o desafío objetivo contra la regla. En este contexto, “provocación o desafío objetivo” significa que, desde el punto de vista de un observador objetivo, el autor se comporta de un modo provocador o desafiante contra la regla [caso *g*]).

De estas proposiciones resulta, en primer lugar, que el efecto comunicativo de un apartamiento de la regla jurídico-penal es más intenso cuando más previsible (en términos objetivos) resulta la posibilidad de ese apartamiento, pues el grado de dicha previsibilidad se determina en función de cuán óptima es la orientación del autor en el mundo, siempre desde un punto de vista objetivo que toma en cuenta la racionalidad epistémica del estado mental de que se trate. En tal sentido, debe tenerse especialmente en cuenta que el mayor efecto comunicativo de una conducta no depende directamente de la racionalidad o irracionalidad epistémica del estado mental, sino de *qué estado mental haya sido obtenido racional o irracionalmente*⁵⁰. Y, en segundo lugar, lo que resulta de aquellas proposiciones es que no son meros estados mentales –esto es: meros datos empíricos de índole psíquica (conocimiento, desconocimiento, etc.)– los que deciden sobre la intensidad del apartamiento de una regla y, con ello, sobre la *ratio legis* de la cuantía del merecimiento de pena. Antes bien es la relación entre el estado mental de que se trate con su racionalidad epistémica lo que define la cuestión. La racionalidad del modo en que ha sido o no adquirido un determinado estado mental (esto es: su racionalidad epistémica) constituye, pues, la *ratio legis* en la que se funda el mayor castigo de ciertas conductas frente a otras.

⁵⁰ Como se ha visto, es diferente la intensidad en el apartamiento de la regla según que lo irracional sea una representación (corresponde imputación imprudente) o una falta de representación (corresponde imputación dolosa).

De acuerdo con lo que se acaba de concluir respecto a la *ratio legis* del mayor castigo de ciertas acciones, queda claro entonces que la intensidad comunicativa de la conducta que se aparta de una regla jurídico-penal es tanto más alta cuanto, desde un punto de vista objetivo, mejor puede preverse dicho apartamiento⁵¹. Pues bien, de esta simple constatación resultan las definiciones (semánticas) de dolo e imprudencia que aquí se defienden: *dolo es la especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento*; por su parte, *imprudencia es la especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento*. Este es, por lo demás, el concepto de dolo con el que, a nuestro juicio, implícitamente trabajan tanto la doctrina como la jurisprudencia⁵², y que en este trabajo se busca reconstruir y definir. Con ello es suficiente como definición. Se trata nada más que de una simple abreviatura notacional, para que en esta breve contribución se comprenda cuál es la esencia de nuestro punto de vista respecto al concepto de dolo (y también respecto a la idea de imprudencia)⁵³. Las necesarias precisiones conceptuales de carácter sustantivo han sido desarrolladas exhaustivamente en mi tesis doctoral⁵⁴ a la que debe remitirse el lector⁵⁵.

⁵¹ El 'apartamiento de una regla' equivaldría –sólo en un sentido muy grueso– a la expresión tradicional 'realización del tipo'.

⁵² Una fundamentación detallada de esta afirmación en mi tesis doctoral, especialmente en §§ 16 y ss.

⁵³ Queda claro, pues, que según mi punto de vista la relación conceptual entre dolo e imprudencia es *plus-minus*, no *aliud*, es decir: es de grado y no de índole. A favor de esta posición se pronuncian SCHMIDHÄUSER, *JuS* 1980, pág. 251; JAKOBS, *AT*² (1991), 9/4; NK-PUPPE (1995), § 15, nm. 6; HERZBERG, *FG-BGH IV* (2000), pág. 60; SK(STGB)⁷-HOYER (2004), apéndice al § 16, nm. 2 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas, argumentando a partir del giro "como mínimo imprudencia" presente en el § 18 StGB (ibid., nm. 3): según HOYER, la redacción de ese parágrafo deja en claro que *para la propia ley* la imprudencia es un 'menos' respecto del 'más' que es el dolo. En contra la doctrina dominante: cfr., entre otros, JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵ (1996), pág. 563; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *StGB*²⁵ (1997), § 15, nm. 3, con ulteriores referencias bibliográficas; con matices también ROXIN, *AT I*⁴ (2006), § 24, nm. 77 y ss. Para una fundamentación detallada de mi posición respecto a este problema específico véase mi tesis doctoral, § 17.2.III.1.a.

⁵⁴ Véanse especialmente los §§ 16 y ss.

⁵⁵ En este ámbito no sería fructífero concentrar los esfuerzos de la crítica en la inevitable imprecisión de una determinada formulación verbal. Pues las alternativas posibles a dicha fórmula serían, asimismo, necesariamente imprecisas. En este –por así decirlo– nivel de la formulación de la definición del

IV. CONCEPTO DE DOLO Y TEORÍA DE LA PROBABILIDAD

La concepción aquí desarrollada constituye una teoría de la probabilidad. En ese sentido, se acopla a una tradición que, en cuanto a la dogmática alemana, se remonta a autores de fines del siglo XIX y comienzos del XX, como LUCAS⁵⁶ y MÜLLER⁵⁷; a ENGISCH⁵⁸, WELZEL⁵⁹, HERZBERG⁶⁰ y PUPPE⁶¹ en la discusión más reciente (entre muchos otros); a NÚÑEZ⁶² y SANCINETTI⁶³ en la doctrina argentina; y a GIMBERNAT ORDEIG⁶⁴, entre otros, en la literatura española. Todos ellos, como es sabido, conceden al llamado ‘pensamiento de la probabilidad’ un lugar preeminente en sus desarrollos teóricos, lo cual –atento la persistencia en el tiempo de ese pensamiento y el prestigio de los autores citados– muestra de alguna manera la relevancia innegable que tiene para la dogmática del dolo la cuestión de la probabilidad de ocurrencia de un suceso o de concurrencia de alguna circunstancia típica, a punto tal que trasciende los absolutamente disímiles enfoques dogmáticos a los que adscriben sus partidarios: el ‘pensamiento de la probabilidad’, en efecto, ha sido defendido tanto por causalistas como por finalistas y teleológico-normativistas. Y cumple, además, un papel más que relevante en la jurisprudencia⁶⁵.

concepto de dolo, la imprecisión en cuestión tiene que ver, únicamente, con un problema de lenguaje sin consecuencias materiales y, por lo tanto, de segundo rango (así también FRISCH, *GS-Meyer* [1990]), pág. 541). La vehemente lucha verbal que en Alemania ha conducido a un concepto “filológico” de dolo, como gráficamente lo expresara SCHÜNEMANN (*Hirsch-FS* [1999], págs. 363 y ss.), podría tal vez haberse evitado si se hubiera prestado mayor atención a esta advertencia. Cabe coincidir pues con ROXIN en que, respecto de la cuestión material, tanto en la conceptualización del dolo como en todos los conceptos jurídicos “es inevitable que quede una ‘inseguridad residual’” (ROXIN, *PG* [1997], § 12, nm. 62). No obstante, entendemos que el desarrollo conceptual logrado en nuestra tesis doctoral es suficientemente idóneo como para garantizar al acusado de un delito doloso las precisiones materiales que exige un Estado de derecho.

⁵⁶ Cfr., del mismo, *Verschuldung* (1883), pág. 16.

⁵⁷ Cfr., del mismo, *Bedeutung* (1912), págs. 45 y ss.

⁵⁸ Al menos para los casos de muy alta o muy baja probabilidad subjetiva (cfr. ENGISCH, *Untersuchungen* [1930], pág. 209).

⁵⁹ Cfr., del mismo, *PG*⁴ (1993), pág. 82.

⁶⁰ En op. y loc. cit. (nota 7).

⁶¹ En op. y loc. cit. (nota 8).

⁶² Cfr., del mismo, *DPA II* (1960), págs. 58 y s.

⁶³ Cfr., del mismo, *Subjetivismo* (1997), págs. 117 y ss.; *Observaciones* (1998), págs. 58 y ss.; *Casos*³ (2006), págs. 293 y ss.

⁶⁴ Cfr., del mismo, *Estudios*³ (1990), pág. 259.

⁶⁵ Al respecto sostiene SCHÜNEMANN que, en los hechos, “en la jurisprudencia se ha impuesto desde hace ya mucho tiempo una combinación de las teorías

Nuestra concepción, sin embargo, no debe ser entendida como una teoría *del dolo eventual*, tal como ha sido expuesta, por lo general, en sus distintas manifestaciones, sino como una teoría del concepto *de dolo*⁶⁶. En efecto: en lo que respecta al concepto de dolo en general, sostener una teoría de la probabilidad no es sólo conveniente, sino teóricamente forzoso. Pues, en estricto sentido, toda la problemática del dolo (y también la de la imprudencia) remite a una relación inductiva –o sea: probabilística– entre dos enunciados, como enseña se verá. No resulta correcta, en consecuencia, la afirmación de FRISCH de que cualquier esfuerzo por precisar la teoría

de la probabilidad y de la indiferencia” (el mismo, *JR* 1989, pág. 93). PUPPE es incluso más enfática: para ella, la teoría de la probabilidad se ha impuesto “de facto” en la mayor parte de los casos decisivos, tanto en la teoría como en la práctica (cfr. *NK-PUPPE* [1995], § 15, nm. 82. SCHROEDER, por su parte, indica que “la jurisprudencia se halla mucho más cerca de la teoría de la probabilidad que lo que admite” (*LK*¹¹-SCHROEDER [1994], § 16, nm. 92). Algo similar ocurre con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Para comprobarlo basta leer la reseña jurisprudencial que aporta BACIGALUPO: en los casos que describe de receptación, transporte de estupefacientes, homicidio durante una violación por asfixia de la víctima al ser presionado su rostro con una almohada por parte del autor para evitar que grite, homicidio por detonación no querida del artefacto explosivo adherido al cuerpo de un secuestrado por un grupo terrorista, homicidio y lesiones por ingesta de aceite de colza, etc., fue receptada claramente una teoría de la probabilidad, y ello con independencia de que el propio BACIGALUPO no admita que esa teoría es la receptada en tales fallos (cfr. sobre todo esto BACIGALUPO, *Derecho* [2006], págs. 323 y ss., 326). Esta negativa sólo sería acertada si se partiera –como BACIGALUPO en ese lugar– de una noción claramente superada de la teoría de la probabilidad, la que, en verdad, no es sostenida en esos términos por nadie. Una teoría de la probabilidad tal como nosotros la concebimos niega, precisamente, el presupuesto que este autor acepta: que en la práctica sea necesaria “una distinción *cuantitativa* de imposible realización” (BACIGALUPO, *ibid.*, pág. 326; cursiva agregada). El mismo expositor es ahora un claro partidario de (al menos una versión de) la teoría de la probabilidad, lo cual queda claro –como ya se ha visto– al constatarse su reciente toma de postura respecto a la delimitación entre dolo e imprudencia: “la delimitación del dolo y la culpa se establece según el grado de peligro atribuido por el autor a su acción” (el mismo, *Derecho* [2006], pág. 328). Esta realidad de la praxis de distintos países sirve, pues, para demostrar el aserto de nuestra afirmación en el sentido de que la concepción aquí defendida constituye, *también*, una reconstrucción teórica de aquello que los jueces realmente consideran ‘dolo’ en los hechos, más allá de lo que declamen.

⁶⁶ Nuestra concepción adhiere, por tanto, a la idea de que el llamado dolo eventual constituye el dolo básico, tal como lo sostuviera ya desde antiguo LUCAS, *Verschuldung* (1883), pág. 17; más recientemente sostiene lo mismo, entre otros, FRISCH, *Vorsatz* (1983), págs. 496 y s.

de la probabilidad carece de sentido⁶⁷. Una incipiente prueba de tal desacierto es el hecho de que, después de emitida esa opinión, se hayan desarrollado dos de las más interesantes concepciones acerca del dolo, a saber: la de HERZBERG y la de PUPPE; y ellas constituyen versiones *actualizadas* de la teoría de la probabilidad⁶⁸. Y hasta el mismo ROXIN ha admitido que su punto de vista es más cercano al de las teorías de la probabilidad que al de las teorías del consentimiento o de la aprobación⁶⁹.

Debe tenerse en cuenta, además, que el concepto de probabilidad aquí aplicado es el denominado como noción *lógica* de probabilidad, no la idea objetiva ni la subjetiva⁷⁰. En tal sentido, cabe sostener que todo reproche doloso o imprudente está fundado en un enunciado de probabilidad (porque contiene una hipótesis de ella), el cual es condicional y cuenta, por lo tanto, con un antecedente y un consecuente. Al antecedente se lo denominará *d* (*d*' = datos)⁷¹. Él está integrado por datos empíricos y reza, por ejemplo, 'si ocurren los datos x, x_1, x_n, \dots '. Y al consecuente se lo denominará *h*, porque es una hipótesis⁷²: '...entonces la posibilidad objetiva de previsión de realización del tipo es... (alta, baja, etc.)'⁷³. La relación lógica entre

⁶⁷ Cfr. FRISCH, *Vorsatz* (1983), pág. 21; el mismo, *GS-Meyer* (1990), págs. 536 y s.

⁶⁸ PUPPE lo reconoce expresamente en *ZStW* 103 (1991), págs. 1 y ss.

⁶⁹ Cfr. ROXIN, *JuS* 1964, pág. 58.

⁷⁰ Acerca de las diferencias entre el concepto lógico, el objetivo y el subjetivo de probabilidad cfr., entre muchos, CARNAP, *Logik* (1959), págs. 20 y ss.; ESSLER, *Logik* (1970), págs. 65 y ss.; NELL, *Wahrscheinlichkeitsurteile* (1983), págs. 21 y ss.

⁷¹ Al respecto y para lo que sigue cfr. CARNAP, *Logik* (1959) págs. 12 y ss., esp. págs. 23 y ss. El enunciado '*d*' está compuesto, pues, por distintas observaciones empíricas. CARNAP aclara: "'*d*' puede ser concebido como un único enunciado, aunque, bajo ciertas circunstancias, muy extenso, a saber: la unión de varios enunciados observacionales singulares mediante conjunción" (ibid., pág. 23).

⁷² Cfr. CARNAP (nota 41), pág. 23.

⁷³ Se ha elegido el vocablo 'previsión' en lugar de 'predicción' porque aquel es más usual entre los juristas, pero el significado de ambos es el mismo (la filosofía de la ciencia emplea, por lo general, el término 'predicción'). Aquí debe rechazarse aquella extendida crítica según la cual, "en verdad, casi todo es previsible" (así FRISCH, *Vorsatz* [1983], pág. 141). Pues dicha observación se basa en una falacia no formal de ambigüedad. El adjetivo 'previsible' es ciertamente ambiguo: depende desde qué posición es realizado el juicio correspondiente. Por supuesto que *todo* –y no sólo "casi todo"– es previsible desde una posición omnisciente, y esa omnisciencia es la que se presume cuando se efectúa una crítica como la señalada. Pero el juicio que aquí interesa es el del juez, el cual no parte de una posición de omnisciencia, sino de los conocimientos ontológicos y nomológicos disponibles. Y desde ese limitado, desde ese *humano* punto de vista es obvio que no todo –ni tampoco casi todo– es previsible, sino más bien lo contrario.

d y *h* es inductiva, pues *h* (como conclusión) no está contenida en *d* (como premisa). Una conclusión tal sólo puede ser, por tanto, una hipótesis probabilística⁷⁴.

Toda hipótesis de probabilidad en sentido lógico es relativa a un determinado complejo de datos⁷⁵. Es decir, una conjetura absoluta y aislada que rece por ejemplo 'es probable que llueva', mirada bien de cerca no tiene sentido. Sólo puede tener sentido si se la vincula a un determinado complejo de datos, i.e., si se la relativiza: 'si tenemos una presión atmosférica *x*, una humedad *y*, una temperatura *z*, etc., entonces es probable que llueva'. Lo mismo vale para el enunciado de probabilidad en que se funda el reproche doloso (o el imprudente): 'si se da un conocimiento *x* del autor, una voluntad *y*, una entidad del peligro *z*, etc., entonces existe (objetivamente) una probabilidad *p* de previsión de la realización del tipo'. Es claro, pues, que el consecuente de un enunciado probabilístico (esto es: la hipótesis de probabilidad en sí) está directamente relacionado a los datos incluidos en el antecedente. Si un solo dato cambia o se excluye, o si se incluye algún otro dato, ello tendrá repercusión inmediata en el consecuente, que variará en el grado de probabilidad que señale o directamente variará de signo. En el ejemplo dado, si se elimina o cambia el dato del conocimiento, o el de la voluntad o el de la entidad del peligro, variará forzosamente la conclusión respecto al grado de probabilidad de la previsión objetiva de la realización del tipo.

Estas hipótesis de probabilidad son objetivas, en el sentido de que es irrelevante qué se representa una persona particular acerca de esa probabilidad⁷⁶. Pues el enunciado de probabilidad en cuestión surge directamente del análisis objetivo del complejo de datos con el cual él se relaciona⁷⁷. Pero debe tenerse presente que, en este contexto, lo 'objetivo' es la hipótesis de probabilidad, no el concepto de probabilidad empleado en ella. Todo ello vale, desde luego, cuando tal clase de hipótesis de probabilidad tiene lugar en el ámbito del derecho penal. Claro que, en virtud de la naturaleza punitiva del derecho penal, dicha conclusión empírica requiere de una legitimación normativa,

⁷⁴ De allí que, como se dijo, sea forzoso en este ámbito sostener una teoría de la probabilidad. Cfr. sobre ello, entre otros, STEGMÜLLER, *Probleme I* (1969), págs. 624 y ss.

⁷⁵ Cfr. CARNAP, *Logik* (1959), pág. 26; ESSLER, *Logik* (1970), págs. 76 y ss.

⁷⁶ Cfr. CARNAP, *ibid.*, pág. 33.

⁷⁷ *Ibid.*

que, a nuestro modo de ver, ha sido correctamente señalada por PUPPE: “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”⁷⁸. Queda claro, pues, que la teoría de la probabilidad que aquí se defiende, más allá de que se apoye en una larga tradición dogmática, se distancia considerablemente, en los fundamentos, de esas versiones tradicionales. Pues éstas, por lo general, postulan un concepto subjetivo de probabilidad, en tanto para ellas lo decisivo es qué probabilidad se ha representado el autor⁷⁹. Una concepción tal es rechazada aquí expresamente.

Lo que debe quedar claro es que, según el punto de vista que aquí se defiende, *toda* imputación dolosa está fundada, implícitamente, en una hipótesis de probabilidad como la aquí descrita, sea que se trate de un tipo de lesión o de un tipo de peligro (concreto o abstracto), y se requiera por tanto dolo de lesión o dolo de peligro, respectivamente⁸⁰. La ‘posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo’ puede estar referida, por lo tanto, a la realización tanto de un tipo de lesión como a uno de peligro, y en este último caso sea ese peligro concreto o abstracto.

V. REGLAS PARA LA APLICACIÓN PRÁCTICA

Ahora bien: ¿cómo han de resolverse los casos en la práctica de conformidad con el concepto de dolo (y de imprudencia) aquí desarrollado? Lo fundamental es ofrecer una herramienta segura al operador jurídico para que éste pueda construir de modo controlable el enunciado probabilístico en el que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente. Así, dado que el antecedente de ese enunciado está conformado por un conjunto de datos, es necesario un criterio de relevancia a partir del cual seleccionar los datos que se incluirán en él. En efecto: ‘detrás’ de toda hipótesis teórica hay, por así decirlo, una hipótesis de segundo orden, implícita, que no

⁷⁸ NK-PUPPE (1995), § 15, nm. 61. Contra PUPPE cabe no obstante señalar que también es asunto del derecho, y no del autor, determinar incluso la relevancia de su representación –o de su falta de representación– concreta.

⁷⁹ Cfr., por todos, H. MAYER, *AT* (1953), pág. 250.

⁸⁰ Como es sabido, el problema de la delimitación conceptual entre dolo de peligro, dolo eventual e imprudencia conciente es muy discutido; cfr., entre muchos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos* (1994), capítulo segundo; GARIBALDI/PITLEVNIK, *Delimitación* (2002), págs. 135 y ss. Pero el concepto de dolo que aquí se propone es apto para toda clase de dolo.

es teórica sino axiológica⁸¹, cuya función es determinar qué datos empíricos *deben* ser considerados relevantes –o irrelevantes– para la formulación de la hipótesis teórica correspondiente. Dicha hipótesis axiológica es denominada “hipótesis de relevancia” por la literatura filosófica⁸², y se funda en un marco teórico previo que, a su vez, se corresponde con el interés que lleva a formular la hipótesis teórica de que se trate⁸³. La hipótesis de relevancia que aquí interesa se funda, por lo tanto, en el marco teórico conformado a partir del análisis de la *ratio legis* del mayor castigo de ciertas acciones, desarrollado ya en el apartado III.

La hipótesis de relevancia brinda, pues, el marco valorativo a partir del cual se formularán reglas específicas de relevancia conforme a las cuales han de seleccionarse los datos empíricos que darán base a la hipótesis teórica. Son ‘reglas’ en el sentido ordinario de la palabra, esto es, pautas binariamente regulativas. En este contexto específico ello quiere decir: pautas que establecen cuáles datos deben ser tomados en cuenta y cuáles no; o, dicho aún más específicamente, pautas que establecen qué condiciones tiene que cumplir un dato empírico para poder ser considerado relevante en orden a formar parte de la hipótesis (teórica) de probabilidad que funda el reproche doloso. Sólo estos datos empíricos tenidos por relevantes pueden integrar, pues, el enunciado antecedente ‘d’ de la hipótesis de probabilidad conforme a la cual se determina la posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal.

La hipótesis de relevancia en cuestión reza lo siguiente: son en principio relevantes todos los datos empíricos (físicos o psíquicos) que contribuyeron a conformar el caso; pero, respecto de los datos psíquicos o estados mentales, sólo son relevantes aquellos cuya génesis pueda ser reputada objetivamente racional, es decir, que sean epistémicamente racionales. De esta hipótesis de relevancia

⁸¹ Una hipótesis teórica es la que tiene por fin explicar algo; una hipótesis axiológica es la que tiene por fin, previa valoración, seleccionar de un contexto general los datos útiles para intentar la explicación. Por eso decimos que una hipótesis de relevancia es siempre de segundo orden: se refiere a una hipótesis de primer orden, que es la teórica.

⁸² Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción* (1993), págs. 33, 145 y s., 156 y s.

⁸³ Ya hemos empleado este aparato conceptual en PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad* (2006), págs. 54, 98 y s. Lo “axiológico”, en este contexto, no remite a valoraciones de tipo éticas, sino a valoraciones preteóricas (cuyo marco de referencia es el interés científico de quien formula la hipótesis) que permiten seleccionar lo empíricamente relevante para la teoría que se pretende desarrollar.

se infieren dos reglas específicas de relevancia. La primera está directamente relacionada con la noción de “relevancia estadística”⁸⁴, y reza lo siguiente: *para que un dato empírico –psíquico o físico– pueda ser relevante, es necesario que sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos, en el grado de posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal.* La función de esta primera regla es ‘filtrar’ datos empíricos que en nada pueden contribuir a la decisión respecto a un caso de imputación dolosa, según el contexto. Mucho más importante es la segunda regla de relevancia, que se funda en criterios objetivos de racionalidad epistémica y rige sólo para determinar la relevancia de los estados mentales. Ella dice: *para que un estado mental pueda ser considerado relevante es necesario que sea epistémicamente racional, o –lo cual es lo mismo– que el estado mental en cuestión tenga un origen o fuente racional.*

La consecuencia central de la aplicación de esta segunda regla de relevancia es que ella puede determinar que un estado mental, como por ejemplo un determinado conocimiento o representación, o un desconocimiento o falta de representación, o una determinada intención, una determinada confianza, etc., no deban ser considerados relevantes –por ser epistémicamente irracionales–, y que, en consecuencia, no deban ser tenidos en cuenta para la formulación de la hipótesis de probabilidad en la que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente. Así, dadas ciertas circunstancias, una acción puede ser considerada dolosa aunque el autor no se haya representado ni siquiera los datos constitutivos del riesgo o peligro creado por su acción u omisión (y por eso es que, según esta concepción, es posible considerar doloso a un caso de ceguera ante los hechos). Y también es posible que una acción pueda ser considerada imprudente aunque el autor haya tenido la intención de realizar un riesgo no permitido y éste se haya realizado tal como el autor se lo representara al menos en su resultado final (y por eso es que, según esta concepción, es posible considerar imprudente a un caso de consumación objetivamente inesperada). Ello es producto de que esta segunda regla de relevancia tiene su fundamento directamente en las consideraciones relativas a la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso y al fin del derecho penal, cuyo análisis, conforme se vio, adelantara ya estos resultados. Es

⁸⁴ Acerca de la noción de relevancia estadística cfr., entre otros, SALMON, *Statistical* (1971); KINDHÄUSER, *Handlung* (1980), pág. 482; PUPPE, *ZStW* 95 (1983), pág. 308; SUPPES, *Causality* (1970), págs. 12 y ss.; Díez/MOULINES, *Fundamentos* (1999), págs. 243 y ss.

precisamente esta regla de relevancia la que permite que aquellas conclusiones axiológicas de carácter más bien abstracto puedan materializarse, ahora, como consecuencias prácticas concretas de la aplicación del concepto de dolo aquí desarrollado.

El funcionamiento concreto de las reglas de relevancia puede mostrarse acudiéndose a los ejemplos ya utilizados en el apartado III. En el caso *b)* [ladrón que para huir dispara un arma de fuego contra quien lo persigue], en el antecedente del enunciado probabilístico en el que se fundará la caracterización del caso como doloso o imprudente –y de acuerdo con la primera regla de relevancia– debe incluirse (por ser relevante conforme a esa regla) el dato de la elevada entidad del peligro generado por la acción del autor respecto a la vida de la víctima. Y –de acuerdo con la segunda regla de relevancia– debe incluirse también el dato de la representación del autor de la posibilidad de que uno de sus disparos mate al perseguidor (por ser relevante conforme a esa regla), dado que dicha representación es epistémicamente racional en virtud de que está basada en el conocimiento –por definición racional– que tiene aquel respecto de las regularidades empíricas obvias que rigen en ese contexto. Así, el dato de la elevada entidad del peligro sumado al dato de la representación del autor de la posibilidad de que ese peligro se concrete (antecedente del enunciado) da como resultado que, en términos objetivos, la realización del tipo aparezca como altamente probable (consecuente del enunciado), frente a lo cual no cabe sino concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar a su hecho como doloso⁸⁵.

⁸⁵ Similar es, en este punto, la concepción de SCHÜNEMANN, conforme a la cual de lo que se trata es de determinar cómo se relacionan entre sí ciertos elementos o datos (si uno cancela al otro, o lo potencia, o lo relativiza o compensa, etc., según cuál sea la “fuerza de expresión” con que se presente), frente a lo cual el dolo podrá predicarse o no según cuál sea el resultado de esa relación (cfr. SCHÜNEMANN, *FS-Hirsch* [1999], págs. 372 y ss.). Nosotros coincidimos, en efecto, en que es realmente un proceso de esta clase –a saber, un proceso de selección de datos y de su relación entre ellos conforme a parámetros determinados– lo que está detrás de toda calificación de una acción como dolosa o imprudente. Pero es obvio que una conclusión tan relevante no puede apoyarse en una fundamentación tan vaga como la “fuerza de expresión” de cada elemento. ¿Qué cabe entender por esto? Para dar respuesta a preguntas como: ¿qué datos deben ser tomados en cuenta para decidir si se imputa o no dolo? ¿Cuál es el parámetro en función del cual se establece que un dato, en su relación con otro, lo potencia o lo relativiza?, etc., resulta necesario disponer de una mínima estructura teórica, que SCHÜNEMANN no brinda.

El mismo procedimiento debe aplicarse a todos los casos. Veamos, para sólo dar un ejemplo más, qué es lo que sucede en el caso g) [automovilista irreflexivo], para mostrar qué es lo que se tiene en cuenta para concluir que un caso de ceguera ante los hechos debe ser imputado a título de dolo. En este caso, de acuerdo con la primera regla de relevancia, corresponde incluir en el antecedente del enunciado probabilístico el dato de la elevada entidad del peligro creado por el autor. Y, de acuerdo con la segunda regla de relevancia, *no corresponde* incluir el dato de la falta de representación de ese peligro por parte del autor, pues dicha ausencia de representación es epistémicamente irracional (en tanto desafía regularidades empíricas obvias). La hipótesis de probabilidad se funda, por lo tanto, únicamente en el dato de la elevada entidad del peligro creado, y ello da como resultado que, en términos objetivos, la realización del tipo aparezca también aquí como altamente probable. Frente a ello –y al igual que en el caso anterior– cabe concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar también a este hecho como doloso.

VI. CORRECCIONES SISTEMÁTICAS

Para finalizar, cabe agregar que este cambio de dirección en el enfoque acerca del concepto de dolo abandona definitivamente distinciones sistemáticas en el nivel estructural de la teoría del delito basadas en la distinción objetivo/subjetivo, entendido ‘subjetivo’ como ‘psíquico’ (o mental) y ‘objetivo’ como ‘externo’, a la manera tradicional. Para una estructuración adecuada de la teoría del delito, mucho más relevante que lo que diferencia a los datos objetivos de los subjetivos es aquello que ambos tienen en común, a saber: el hecho de ser *empíricos*. Por eso no existe ninguna categoría normativa de la teoría del delito que, en cuanto a sus referencias empíricas, trabaje sólo con datos objetivos o sólo con datos subjetivos para establecer diferentes niveles de imputación: todas las constelaciones de casos que al derecho penal le interesan están conformadas por datos tanto objetivos como subjetivos. El ‘conocimiento’ (o un determinado conocimiento), de hecho, en tanto dato psíquico, puede ser relevante no sólo para el dolo, sino también para lo que se denomina ‘imputación objetiva’ y para la culpabilidad⁸⁶.

⁸⁶ Sobre esto último cfr., entre otros, DONNA, *Teoría I* (1992), págs. 81 y ss.

Debería por lo tanto ser fácilmente apreciable que no sólo no tiene ningún sentido hablar de 'imputación objetiva' e 'imputación subjetiva'; tampoco tiene sentido ya la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo. De hecho, no pocos autores son conscientes de que esa distinción entre objetivo y subjetivo, por lo menos en el ámbito de la llamada imputación objetiva, ha traído más inconvenientes que soluciones⁸⁷. El dolo dejar de ser, pues, un 'concepto referencial' (en el sentido de que su extensión viene determinada por la extensión de su objeto: el 'tipo objetivo' al que el dolo 'se refiere')⁸⁸, para, en todo caso, pasar a ser un concepto *de referencia*: él determina qué datos empíricos resultan relevantes para su realización.

En lugar del par 'tipo objetivo/tipo subjetivo' se propone aquí, entonces, la distinción entre 'tipo de explicación' y 'tipo de imputación', aplicable ciertamente para la tipicidad, pero también para la antijuridicidad y la culpabilidad. Los datos empíricos, tanto objetivos (en el sentido de externos: físicos e institucionales) como subjetivos (psíquicos), deben ser seleccionados y relacionados entre sí conforme a un marco teórico que explicita el interés de que se parte y proporcione los criterios ontológicos y nomológicos de selección y relación. Con ello se obtiene una *explicación* empírica del suceso, que es el cometido central del tipo de explicación. Explicado un suceso empíricamente, resta determinar si él, normativamente, puede serle *imputado* a un autor, y en su caso con qué modalidad. Ese es el cometido central del tipo de imputación.

Extenderse más sobre esta problemática importaría, sin embargo, excederse por completo de los límites del presente trabajo. De allí que su tratamiento, en todo caso, deberá ser objeto de investigaciones ulteriores específicas. En este lugar sólo cabe agregar que este abandono de la decisión de establecer diferencias categoriales a partir de las características empíricas de los datos disponibles podría quizás considerarse como la última etapa (hasta ahora) de una evolución que comienza ya a comienzos del siglo XX, con la superación del dogma 'todo lo objetivo al tipo, todo lo subjetivo a la culpabilidad'.

⁸⁷ Cfr. por ejemplo BÜRCKHARDT, *Straftat* (1996), págs. 99 y ss.; STRUENSEE, *LH-Baigún* (1995), págs. 251 y ss. Para un resumen de esas críticas cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta* (1998), págs. 68 y ss. Sobre la historia del tipo subjetivo cfr. SACHER, *Evolución* (1998).

⁸⁸ Así toda la doctrina (cfr., por todos, ALCÁ CER GUIRAO, *Tentativa* [2000], pág. 386).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, RAFAEL: *La tentativa inidónea*, Granada, Comares, 2000.
- ALCHOURRÓN, CARLOS/ BULYGIN, EUGENIO: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- BACIGALUPO, ENRIQUE: *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- BAIGÚN, DAVID: *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Buenos Aires, Depalma, 1967.
- BECKER, WOLFGANG: *Epistemische Rationalität und die Kohärenztheorie des Wissens*, en Wüsthube, Axel (comp.), *Pragmatische Rationalitätstheorien*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 1995, págs. 189 y ss.
- BUNG, JOCHEN: *Wissen und Wollen im Strafrecht. Zur Theorie und Dogmatik der subjektiven Tatbestandes*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2009.
- BÜRCKHARDT, BJÖRN, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven*, en Wolter, Jürgen – Freund, Georg (comps.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, Müller, 1996, págs. 99 y ss.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1998.
- CARNAP, RUDOLF: *Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit* (elaborado por Carnap; revisado y editado por Stegmüller), Wien, Springer, 1959.
- CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edic., Buenos Aires, Astrea, 2003.
- DENNETT, DANIEL: *La actitud intencional*, 2ª edic., trad. Zadunaisky, Barcelona, Gedisa, 1998 (original en inglés: *The Intencional Stance*, Massachussets Institute of Technology, 1987).
- DÍEZ, JOSÉ A. /MOULINES, C., ULISES: *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, 2ª edic., Barcelona, Ariel, 1999.
- DONNA, EDGARDO A., *Teoría del delito y de la pena*, vol. I: *Teoría de la pena y de la culpabilidad*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- ENGISCH, KARL: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, Liebmann, 1930 (1ª y 2ª reimpresión a cargo de Scientia, Aalen, 1964 y 1995, respectivamente).
- ESSLER, WILHELM: *Induktive Logik*, Freiburg y München, Karl Alber, 1970.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Tratado de derecho penal*, vol. II: *Parte general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.

FREUND, GEORG: *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, Heidelberg, Müller, 1987.

FRÍAS CABALLERO, JORGE/CODINO, DIEGO/CODINO, RODRIGO: *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

FRISCH, WOLFGANG: *Vorsatz und Risiko*, Köln y otras, Heymann, 1983.

GARIBALDI, GUSTAVO/PITILEVNIK, LEONARDO: *Delimitación del dolo y la culpa en el ilícito penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Acerca del dolo eventual*, en, del mismo, *Estudios de derecho penal*, 3ª edic., Madrid, Tecnos, 1990, págs. 240 y ss.

HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa*, vol. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*, vol. II: *Crítica de la razón funcionalista*, s.d. sobre el traductor, 4ª edic., Madrid, Taurus, 1999 (original en alemán: *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. I: *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, vol. II: *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 4ª edic., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1987 [1ª edic. 1981]).

—. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998 (original en alemán: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992).

HAFT, FRITJOF: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª edic., München, C. H. Beck, 2004.

HASSEMER, WINFRIED: *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª edic., München, C. H. Beck, 1990 (versión castellana: *Fundamentos del derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1984).

—. *Los elementos característicos del dolo*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales” (ADPCP), Madrid, 1990, págs. 909 y ss. (original en alemán: *Kennzeichen des Vorsatzes*, en AA.VV., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln y otras, Heymann, 1989, págs. 289 y ss.).

HERZBERG, ROLF DIETRICH: *Der Vorsatz als „Schuldform“, als „aliud“ zur Fahrlässigkeit und als „Wissen und Wollen“?*, en AA.VV., *50 Jahren Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, vol IV: *Strafrecht, Strafprozessrecht*, München, C. H. Beck, 2000, págs. 51 y ss.

—. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, en *Juristische Schulung (JuS)*, München-Frankfurt, 1986, págs. 249 y ss.

HOYER, ANDREAS: *Anhang zu § 16 (Das Fahrlässigkeitsdelikt)*, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª edic., 39ª entrega, Berlin y otras, Luchterhand, 2004.

HRUSCHKA, JOACHIM: *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*, en AA.VV., *Festschrift für Theodor Kleinknecht*, München, C. H. Beck, 1985, págs. 191 y ss.

JAKOBS, GÜNTHER: *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Berlin, 2002, n° 114, págs. 584 y ss.

—. *Estudios de derecho penal*, trad. Cancio Meliá y otros, Madrid, Civitas, 1997.

—. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edic., Berlin-New York, De Gruyter, 1991 (1ª edic. 1983).

JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edic., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

KINDHÄUSER, URS: *Gleichgültigkeit als Vorsatz?*, en AA.VV., *Festschrift für Albin Eser*, München, C. H. Beck, 2005, págs. 345 y ss.

—. *Intentionale Handlung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.

KLEB-BRAUN, GABRIELE: *Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus „Volljuristischer“ Sicht*, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Frankfurt a.M., 1986, págs. 249 y ss. (parte 1) y 310 y ss. (parte 2).

KLIMOVSKY, GREGORIO: *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, Buenos Aires, AZ, 1997.

LASCANO (H.), CARLOS: *Evolución histórica de las ideas penales*, en el mismo (comp.), *Derecho penal. Parte general (libro de estudio)*, 2ª edic., Córdoba, 2002, Advocatus, págs. 63 y ss.

LUCAS, HERMANN: *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Decker's, Berlin, 1883.

LUHMANN, NIKLAS: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993.

—. *Soziale Systeme*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1984.

—. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983 (original en alemán: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart y otras, Kohlhammer, 1974).

—. *Rechtssoziologie*, vol. I, Hamburg, Rowohlt, 1972.

MAYER, HELLMUTH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart y otras, Kohlhammer, 1953.

MEZGER, EDMUND: *Strafrecht. Ein Studienbuch*, vol. I: *Allgemeiner Teil*, 5ª edic., München-Berlin, C. H. Beck, 1954.

—. *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en AA.VV., *Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin, De Gruyter, 1944, págs. 180 y ss.

MÜLLER, MAX LUDWIG: *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Tübingen, Mohr, 1912.

MYLONOPOULOS: *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Frankfurt a. M. y otras, Lang, 1998.

NELL, ERNST L.: *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983.

NÚÑEZ, RICARDO: *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª edic. actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Córdoba, Lerner, 1999.

—. *Derecho penal argentino. Parte general*, vol. II, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960.

PATZIG, GÜNTHER: *Tatsachen, Normen, Sätze*, Stuttgart, Reclam, 1980.

PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL: *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

—. “Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos calificados por el resultado”, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología (CDDPC)*, Córdoba, nueva serie, n° 3, 2000, págs. 213 y ss.

PUPPE, INGEBORG, §§ 15 y 16, en *Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª edic., vol. I, Baden-Baden, Nomos, 2005 (1ª edic. 1995).

—. *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, Decker & Müller, 1992; la misma, “Der Vorstellungsinhalt des dolus eventuales”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Berlin-New York, 1991, n° 103, págs. 1 y ss.

PUTNAM, HILARY: *Razón, verdad e historia*, trad. Esteban Cloquell, Madrid, Tecnos, 1988 (original en inglés: *Reason, Truth and History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981).

RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.

RIGHI, ESTEBAN: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1994.

ROXIN, CLAUDIUS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª edic., Beck, München, 2006 (3ª edic. 1997; versión castellana de la 2ª edic. a cargo de Luzón Peña y otros, Madrid, Civitas, 1997).

—. “Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr”, en AA.VV., *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied, Luchterhand, 2004, págs. 243 y ss.

—. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II: *Besonderen Erscheinungsformen der Straftat*, München, C. H. Beck, 2003.

—. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª edic., Berlin-New York, De Gruyter, 1973.

—. “Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit”, en *Juristische Schulung (JuS)*, München y otras, 1964, págs. 53 y ss.

RUDOLPHI, HANS JOACHIM: § 16, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª edic., 37ª entrega, Berlin y otras, Luchterhand, 2002 (6ª edic. 1995).

RYLE, GILBERT: *Der Begriff des Geistes*, Stuttgart, Reclam, 1997 (original en inglés: *The Concept of Mind*, Londres, Hutchinson & Co., 1949).

SACHER, MARIANA: *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

—. *La evolución del tipo subjetivo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998. Salmon, Wesley, *Statistical Explanation and Statistical Relevance*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1971.

SANCINETTI, MARCELO: *Casos de derecho penal. Parte general*, 3ª edic., Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

—. *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

—. *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, en Cancio Meliá, Manuel, Ferrante, Marcelo,

—. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

—. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

—. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.

—. *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

SCHLÜCHTER, ELLEN, § 244, en *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 13ª entrega, München y otras, Luchterhand, 1995.

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª edic., Tübingen, Mohr, 1984.

—. *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, Mohr, 1968.

—. “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewußte Fahrlässigkeit““, en *Juristische Schulung (JuS)*, München-Frankfurt, 1980, págs. 241 y ss.

SCHRÖDER, HORST: „Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes“, en AA.VV., *Festschrift für Wilhelm Sauer*, Berlin, De Gruyter, 1949, págs. 207 y ss.

SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN: §§ 15 y 16, en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11ª edic., Berlin, De Gruyter Recht, 1994.

SCHÜNEMANN, BERND: “Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff“, en AA.VV., *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, Berlin y otras, De Gruyter, 1999, págs. 363 y ss.

—. “Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?“, en *Juristische Rundschau (JR)*, Berlin-New York, 1989, págs. 89 y ss.

—. “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte“, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Berlin, 1975, págs. 435 y ss., 511 y ss., 647 y ss., 715 y ss. y 787 y ss.

SEARLE, JOHN: *Actos de habla*, trad. Valdés Villanueva, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994 (original en inglés: *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969).

SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho penal argentino*, vols. I y II: *Parte general*, 4ª edic., Buenos Aires, TEA, 1970 (3ª edic. 1963).

STEGMÜLLER, WOLFGANG: *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, vol. I: *Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, Berlin y otras, Springer, 1969.

STRATENWERTH, GÜNTER: “Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit“, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Berlin, 1959, n° 71, págs. 51 y ss.

STRUENSEE, EBERHARD: “Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo“, en *El derecho penal hoy. Libro homenaje a David Baigún*, trad. Guariglia de original alemán inédito, Buenos Aires, Del Puerto, 1995, págs. 251 y ss.

TARUFFO, MICHELE: *La prueba de los hechos*, trad. Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002.

VOLK, KLAUS: *Dolus ex re*, en AA.VV., *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, Müller, 1993, págs. 611 y ss.

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, 4ª edic., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993 (original en alemán: *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edic., Berlin, De Gruyter, 1969).

WITTGENSTEIN, LUDWIG: *Tractatus logico-philosophicus*, edic. bilingüe, trad. Muñoz/Reguera, Barcelona, Altaya, 1994 (original en alemán/inglés: *Tractatus logico-philosophicus*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1921).

WÜSTHUBE, AXEL: *Pragmatische Rationalitätstheorien. Zur Einführung*, en, del mismo (comp.), *Pragmatische Rationalitätstheorien*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 1995, págs. 9 y ss.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. III, Buenos Aires, Ediar, (1981).

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., Buenos Aires, Ediar, 2002.