

ACCIÓN, CONOCIMIENTO Y DOLO EVENTUAL*

*Laura Manrique***

Resumen

En este trabajo señalo algunos desafíos que genera el dolo eventual a una explicación humeana de la acción. Estos desafíos son de dos clases: problemas internos y problemas externos. En cuanto a los problemas internos de la teoría del dolo eventual muestro que una teoría reduccionista o epistémica del dolo se compromete con dar una respuesta negativa a la pregunta sobre la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente. Si por el contrario, se acepta un enfoque no reduccionista, no se puede dar cuenta de que el dolo eventual es genuinamente dolo sin alterar los términos de su propia teoría. Este esfuerzo presiona para modificar la teoría en una versión normativizada del dolo. La consecuencia de ello es la separación del dolo con los estados mentales que efectivamente posee el agente, borrando así la diferencia entre responsabilidad por las acciones y responsabilidad por las consecuencias. En cuanto a los inconvenientes de adecuación externa sostendré que la figura del dolo eventual invierte la prioridad conceptual de la explicación sobre la evaluación de las acciones responsabilizando a los agentes por las consecuencias que ocasionaron y no por lo que hicieron.

Palabras claves: dolo eventual, conocimiento, acción humeana.

Abstract

In this paper the author points out some problems that stem from the connection between contemporary theories in criminal law about *dolus eventualis*, and our paradigmatic conception of action, i.e. the so called Humean theory. These problems are of two classes: internal and external ones. On the one hand, the author shows that reductionist theories are not able to provide a sound criterion for distinguishing between *dolus eventualis* and conscious negligence. If reductionist theories are rejected, *dolus eventualis* can not be regarded as a genuine form of *dolus*. In order to overcome this problem, criminalists often replace a descriptive point of view on the actual motivation of agents for an adscriptive (normative)

* Una versión anterior de este trabajo fue presentada en el Seminario de 'Derecho Penal y Análisis Filosófico' que se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata el 29 y 30 de noviembre de 2007. Aunque seguramente no he resuelto todas sus inquietudes agradezco los comentarios de Juan Pablo Alonso, Luis Dalmeida, José Peralta y Pablo Navarro.

** CONICET. Universidad Blas Pascal

conception of *dolus*, but this shift separates *dolus* from agents' mental states that determine their actions. As a consequence of this conceptual movement, differences between subjective and objective responsibility actually vanish. On the other hand, the author shows that contemporary theories challenge the conceptual priority of the explanation of actions over their evaluation. Thus, these theories make agents responsible on account of the consequences of their actions rather than by their actions.

Keywords: *dolus eventualis*, knowledge, humean action.

I. Introducción

En teoría del derecho y filosofía moral es tradicional analizar la atribución de responsabilidad a partir de la idea de acción intencional y, luego, extender esa explicación a otras situaciones, e.g. imprudencia. En este enfoque tradicional, la responsabilidad se asocia a eventos que el agente puede producir o evitar *voluntariamente* (i.e. *intencionalmente*), aun cuando no siempre resulta claro qué es lo que ello significa y por qué es relevante desde un punto de vista práctico. El objetivo general de este trabajo es arrojar alguna luz sobre ambas cuestiones; en particular acerca de las relaciones entre la atribución de responsabilidad por cierto tipo de delitos dolosos, i.e. delitos con dolo eventual y las nociones de acción, intención y conocimiento.

La acción intencional ocupa un lugar central en la explicación de la conducta humana, pero su análisis enfrenta una increíble cantidad de problemas.¹ Aunque muchos de estos problemas son indudablemente relevantes para una reconstrucción exhaustiva del concepto de responsabilidad,² no es necesario tomar posiciones específicas sobre ellos para justificar las tesis que defenderé en este trabajo. Más bien, al subrayar la relevancia de la acción intencional, sólo pretendo destacar tres cosas: me preocuparé sólo de eventos que el agente podía con-

¹ Sobre la agenda de problemas que se abordan en la filosofía de la acción, véase los diferentes ensayos incluidos en las recopilaciones de White y Mele. White, Alan, *The Philosophy of Action*, Oxford University Press, Oxford, 1968; Mele, Alfred, *The Philosophy of Action*, Oxford University Press, Oxford, 1997

² Por ejemplo, la naturaleza de la relación conceptual o causal de la acción y sus determinantes. Tal vez los representantes más ilustres de ambas concepciones sean G. H. von Wright y Donald Davidson. Véase, por ejemplo, von Wright, Georg H., *Explicación y Comprensión*, Alianza Universidad, Madrid, 1979 y Davidson Donald, *Ensayos sobre acciones y sucesos*, UNAM/Crítica, México, 1980.

trolar y dejaré fuera de mi análisis a las conductas *involuntarias*, e.g. los movimientos que ejecuta un sonámbulo o quien padece de un ataque de epilepsia. Por otra parte, mediante la noción de acción intencional pretendo distinguir entre estados de cosas que pretendemos –con o sin éxito– lograr y otros eventos que están causalmente conectados con los primeros. Finalmente, asumiré que las intenciones son fenómenos mentales contingentes, que se manifiestan en conjunto complejo de motivaciones, deseos y creencias. Como una manera simplificada de mencionar a este complejo epistémico-volitivo que determina la acción, me referiré a ellos genéricamente como la *voluntad* o la *intención* del agente.³

La conexión entre acción, intención y resultado resulta clave para distinguir entre aquello qué hizo el agente y aquello que el agente ocasionó mediante su acción. Esta diferencia es normalmente asociada a la distinción entre *resultados* y *consecuencias* de las acciones. De manera más precisa, puede decirse que aquello que el agente hace es el *resultado* de su acción y las *consecuencias* de este resultado es lo que el agente ocasiona (da lugar) mediante su acción. Por ejemplo, Von Wright señala:

Es útil distinguir entre el *resultado* y las *consecuencias* de un acto. El resultado de un acto es el estado de cosas que *debe* obtenerse si decimos verdaderamente que el acto ha sido ejecutado. Por ejemplo: el resultado del acto de abrir una ventana es que una cierta ventana está abierta (al menos por un breve periodo). Las consecuencias de un acto son estados de cosas que, en virtud de la necesidad causal, se producen cuando el acto ha sido realizado... Por ejemplo: una consecuencia del acto de abrir una ventana puede ser que baje la temperatura en la habitación. La relación entre un acto y su resultado es *intrínseca*; la relación entre un acto y sus consecuencias, por el contrario, es *extrínseca*.⁴

³ Las expresiones 'intención', 'intencionalidad', 'voluntariedad', etc., son sistemáticamente ambiguas. Por una parte, ellas se utilizan para referirse a estados mentales internos del agente y, en este sentido, se contrapone al aspecto externo de la conducta, que puede ser identificado y descrito por cualquier observador. Por otra parte, esas expresiones se emplean para dar cuenta de los aspectos volitivos de la acción y, este sentido, se contraponen a los elementos epistémicos del agente. No intentaré despejar aquí esta ambigüedad y sólo haré explícito el sentido en que estas expresiones se utilizan cuando el contexto no sea suficiente para comprender claramente el significado de las afirmaciones.

⁴ Von Wright, Georg Henrik, *The Varieties of Goodness*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963, p.116. Para un desarrollo exhaustivo de estas ideas, véase Von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963.

Estas distinciones entre resultados y consecuencias no son patrimonio exclusivo de la filosofía de la acción sino que también han tenido una notable influencia en teoría del derecho y derecho penal. Por ejemplo, esas distinciones desempeñan un papel importante en la teoría del delito y, con diferentes matices, tienen directa incidencia en los análisis del dolo y la imprudencia.

Tradicionalmente, en la dogmática penal el dolo se conectaba con las intenciones y creencias del agente y ello permitía *explicar* las acciones del agente señalando la naturaleza dolosa de su comportamiento. Para explicar una acción es preciso encontrar un objeto de intención en la conducta del agente, i.e. identificar aquello que el agente quiere (intenta) conseguir.⁵ A su vez, la conexión entre dolo y explicación de las acciones no debe ser tomada a la ligera ya que sólo una vez que conocemos *qué* es lo que el agente hizo podemos responder a la pregunta de *por qué* lo hizo y determinar su grado de responsabilidad. Al respecto, Carlos Nino señala,

La relevancia para la reprochabilidad moral de la voluntariedad e intención del agente está dada porque tales actitudes subjetivas permiten vincular el acto con el carácter moral y los planes de vida del agente; son estos los que, en definitiva, enjuiciamos cuando reprochamos a alguien por una acción (por eso es que tomamos en cuenta los motivos del agente: ellos nos permiten colocar la acción en el contexto de un plan de vida más amplio de que es parte).⁶

Esta conexión entre responsabilidad y motivos es clave en la justificación del reproche penal. De igual manera en que no admitimos que se castigue a un individuo A por aquello que hizo otro individuo B, tampoco parece aceptable castigar a un individuo por hacer dolosamente A cuando, en verdad, ese agente intentaba hacer B.

Tradicionalmente, la naturaleza intencional de la conducta dolosa era la base para distinguirla de la imprudencia y, consecuentemente, para reprochar ambos fenómenos de manera diferente. En general, el dolo se asociaba a la voluntad de ejecutar una determinada acción y

⁵ Von Wright, Georg Henrik, *Sobre la libertad humana*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 84.

⁶ Nino, Carlos, *La legítima defensa*, Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1982 , p. 14

el conocimiento de las circunstancias y consecuencias de la conducta y, por ello, es castigado de manera más severa que los comportamientos imprudentes. Por ejemplo, en su *Tratado de derecho penal*, Ricardo Núñez señala:

El *dolo* [...] es la *determinación de la voluntad* hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal, exige que el autor comprenda la criminalidad de su acto y dirija su acción.⁷

Esta manera tradicional de dar cuenta de la atribución de responsabilidad ponía el acento tanto en los aspectos epistémicos que guian las acciones como también en las decisiones del agente y se asumía a la naturaleza voluntaria de las acciones como la justificación moral de la mayor gravedad del reproche por conductas dolosas respecto de las imprudentes. Sin embargo, el desarrollo del concepto de dolo en la dogmática penal en las últimas décadas parece abandonar esta conexión entre dolo e intención de los agentes, privilegiando los aspectos epistémicos al momento de atribuir responsabilidad. Este desplazamiento de la explicación del dolo desde los aspectos epistémico-volitivos hacia los aspectos puramente epistémicos ha sido acompañado por una expansión de la atribución de responsabilidad por dolo a casos en que el agente no *intentaba* lograr un cierto estado de cosas, pero *conocía* que probablemente se producirían como consecuencia de su acción. En la dogmática penal, esta estrategia de solución se engloba bajo el rótulo de *dolo eventual*. Hay numerosas concepciones del dolo eventual,⁸ pero todas coinciden en que el agente no quiere o desea directamente la consecuencia que se produce, pero asume como posible o probable la producción de la misma.

Unos pocos ejemplos extraídos al azar sirven para ilustrar esta situación.⁹

Un conductor de automóvil corre una carrera en la madrugada por una importante avenida. Con el objetivo de ganar el desafío comete

⁷ Núñez, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, 2^a ed., Lerner, Córdoba, 1965, tomo II, p. 48.

⁸ Para una presentación de estos diferentes enfoques, véase Díaz Pita, María del Mar, *El dolo eventual*, Tirant Monografías, Valencia, 1994.

⁹ En la dogmática contemporánea se enseña como clásicos a los casos de la 'correa de cuero', 'la mutilación de los niños mendigos', etc. Al respecto, véase Roxin, Claus, *Derecho Penal –Parte General–*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 423 y ss.

distintas infracciones de tráfico y atropella a una madre y su hija provocándoles la muerte.¹⁰

Un individuo, irritado por el llanto persistente de un recién nacido, lo zamarrea con violencia. De este modo procura hacer callar al niño, pero como consecuencia de la sacudida, el bebé sufre importantes hemorragias que le provocan gravísimas lesiones (e.g. ceguera).¹¹

En todos estos casos se puede constatar que la intención directa de los agentes no se refiere a la producción de las consecuencias por las que son hechas responsables.

En la medida en que los aspectos volitivos de la acción se encuentran la base de la justificación de la mayor gravedad del reproche por los delitos dolosos, estos desarrollos contemporáneos del dolo representan no sólo un desafío al enfoque clásico al modo en que explicamos las acciones sino que también son un reto a nuestras intuiciones morales como fundamento de la atribución de responsabilidad. A diferencia de los enfoques tradicionales que conectan el reproche a título de imprudencia con los eventos que el agente no intentaba producir, ahora es frecuente hacer responsable a título de dolo a un agente por eventos que no intentaba lograr, pero que conocía que era probable que se produjesen como consecuencia de sus acciones. En resumen: en los desarrollos contemporáneos del dolo se rompe la conexión entre la explicación de lo que hace el agente y la evaluación de la responsabilidad que le corresponde por su acción.

El análisis de estos desafíos es el objetivo principal de este trabajo. Para ello me concentraré en dos aspectos importantes de las teorías contemporáneas del dolo. En primer lugar, la exaltación de los elementos epistémicos y la correlativa disminución de la relevancia de los elementos volitivos para la atribución de responsabilidad. En segundo lugar, la 'normativización' del dolo, como una alternativa a los enfoques *naturalistas* de los estados mentales de los agentes. Ambos aspectos se

¹⁰ Esta situación reproduce los datos esenciales del caso 'Sebastián Cabello', quien fue en primera instancia condenado por homicidio a título de dolo eventual. Luego, el tribunal de alzada sólo encontró elementos para reprochar por un delito imprudente. Tribuna Oral número 30, Buenos Aires, 21/11/2003, autos Cabello, Sebastián s/doble homicidio doloso en concurso ideal con lesiones leves dolosas.

¹¹ Tribunal Criminal número 2, Bahía Blanca, Argentina, 29/08/2005, publicado en *LLBA*, 2006, marzo (228).

desarrollaron conjuntamente como intentos de superar las propuestas de los enfoques positivistas.¹²

En líneas generales, la idea es que el positivismo era una manera ingenua –y perniciosa– de caracterizar los elementos de la acción humana. El positivismo imponía una manera naturalista (reduccionista) de análisis de la acción humana como una condición necesaria para su adecuada caracterización. De allí que el rechazo del positivismo exigía abandonar tanto los elementos naturalistas como también las ambiciones de una identificación neutral de las acciones humanas. Como consecuencia de este rechazo se asumió no sólo que era inadecuado correlacionar la voluntad de los individuos con una base empírica (psicológica) sino que además se concluyó que las razones que guían las acciones de los agentes no podían ser *descubiertas*, sino más bien que ellas eran imputadas a la luz de pautas normativas.

La conclusión de este trabajo pretende ser un jaque, si bien no un jaque mate, a las teorías contemporáneas del dolo. En la sección II caracterizaré brevemente al blanco de mis críticas; en la sección III analizaré a la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente, en la sección IV me detendré en los problemas que genera la normativización del dolo y la sección VI discutiré sobre la justificación del reproche a la luz de estos enfoques contemporáneos del dolo. Las conclusiones, en la sección VII, subrayan que estos enfoques presentan tanto importantes dificultades internas, es decir de conexión entre los fundamentos de las teorías y las conclusiones que derivan en el análisis, como también desventajas externas, es decir, problemas de adecuación extrasistématica entre los fundamentos teóricos y la justificación moral del reproche.

II. El dolo y la explicación de la acción.

Como he mencionado, en la dogmática penal contemporánea el desafío a la reconstrucción tradicional del dolo y la explicación de la ac-

¹² Como señala Iñigo Ortiz de Urbina, en la dogmática penal –sobre todo en la que se heredó de Alemania– los enfoques positivistas fueron utilizados como una excusa para desarrollar un punto de vista alternativo sin necesidad de discutir sus tesis centrales. Dado que el positivismo había sido condenado –injustamente, por cierto– como impulsor y colaborador del nazismo resultó tentador usar esa etiqueta como una descalificación genérica de sus argumentos. Ello condujo al abandono de sus tesis centrales, aun cuando ellas no se hubiesen refutado racionalmente. Véase Ortiz de Urbina, Iñigo, *La excusa del positivismo. La presunta superación del 'positivismo' y el 'formalismo' por la dogmática penal contemporánea*, Civitas, Madrid, 2007.

ción humana se genera como consecuencia de dos fenómenos diferentes: la exaltación de los elementos epistémicos y la normativización del dolo. Veamos esto en mayor detalle.

a) *La concepción epistémica del dolo.* En dogmática penal, actualmente, es frecuente *reducir* el dolo al conocimiento que el agente tiene del resultado y las consecuencias disvaliosas de su conducta. Así, por ejemplo, Santiago Mir señala:¹³

Desde antiguo se discute si el dolo requiere conocimiento y voluntad (teoría de la voluntad) o sólo conocimiento (teoría de la representación). La doctrina dominante se ha inclinado por exigir tanto el conocimiento como la voluntad, aunque últimamente ha ganado terreno la opinión que considera suficiente el conocimiento.

La teoría de Jakobs es un buen ejemplo de esta estrategia reduccionista. Un rasgo característico de su propuesta es que fusiona el elemento volitivo en los componentes epistémicos de la acción, y ello parece descartar que la voluntad tenga un papel relevante.¹⁴

Dolo es el conocimiento de que la realización del tipo depende de la ejecución querida (!) de la acción, aun cuando no sea querida por sí misma. Dicho brevemente: *Dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias.*¹⁵

El problema principal –y en mi opinión, insuperable– para esta concepción epistémica es la dificultad para dar cuenta coherentemente de la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente. Como decía Welzel, en una frase famosa, trazar la frontera entre ambos fenómenos es uno de los desafíos más difíciles para el derecho penal contemporáneo.¹⁶ Tanto en el dolo eventual como en la culpa consciente se reprocha al agente por consecuencias que se proyectan más allá de sus inten-

¹³ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5^a ed., Reppertor, Barcelona, 1998, p. 241, parágrafo 72.

¹⁴ Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 316.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 85. Para un análisis sistemático de la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente, véase Canestrari, Stefano, *Dolo eventuale e colpa consciente*, Giuffre, Milano, 1999. Para una presentación resumida de sus principales ideas, véase: Canestrari, Stefano, “La estructura del ‘dolus eventialis’. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo”, en *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 13, UNED, 2004., pp. 81-133.

ciones directas y no es posible justificar las diferencias en la atribución de responsabilidad con la única referencia a los elementos epistémicos del dolo.

b) *La normativización del dolo.* En la dogmática penal no han estado ausentes los esfuerzos por eliminar las referencias psicológicas (que se consideran resabios inadmisibles del naturalismo) en el análisis de diferentes rasgos del delito. Por ejemplo, según Feijóo Sánchez, es preciso rechazar cualquier teoría de la voluntad que tenga un anclaje naturalista.¹⁷

De este modo se llega a una teoría normativizada del dolo, que sostiene que los estados mentales de los agentes son irrelevantes para determinar si un individuo actuó con dolo o imprudencia. Como señala Ramon Ragués, para estos enfoques,

la consideración de una conducta como dolosa ya no depende de determinados datos psíquicos... sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal.¹⁸

En la discusión penal contemporánea, el rechazo del naturalismo es más bien un dogma que la consecuencia de argumentos específicos. En general se da por supuesto que las teorías naturalistas de la mente son inadecuadas para dar cuenta de los aspectos intencionales o emocionales de nuestra conducta. Sin embargo, la ausencia de discusión acerca de nuevos enfoques naturalistas y el énfasis en elementos diferentes a la voluntad sugiere que las teorías contemporáneas no sólo han abandonado un enfoque naturalista de la voluntad sino que, en definitiva,

¹⁷ Feijóo Sánchez B., *El dolo eventual*, Universidad del Externado, Colombia, p. 46. El naturalismo es un conjunto de doctrinas acerca de propiedades valorativas, significados de las expresiones, conceptos intencionales, etc. A pesar de su desprestigio en la dogmática penal, la defensa del naturalismo no ha sido infrecuente en la filosofía contemporánea, ganando gran impulso a partir de los trabajos de Quine acerca de la naturalización de la epistemología. Quine, W.V., "La naturalización de la epistemología", en *La relatividad ontológica y otros ensayos*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 93-120. Acerca de las nuevas perspectivas del naturalismo, véase los artículos incluidos en las siguientes compilaciones: Pérez, Diana (comp.), *Los caminos del naturalismo. Mente, conocimiento y moral*, Eudeba, Buenos Aires, 2001; Grimaltos, Tobies y Pacho, Julián (comp.), *La naturalización de la filosofía: problemas y límites*, Pre-textos, Valencia, 2005; también véase los diferentes trabajos referidos al naturalismo en: Guttenplan, Samuel, *A Companion to the Philosophy of Mind*, Blackwell, Oxford, 1994; Foot Philippa, *Bondad Natural. Una visión naturalista de la Ética*, Paidós, Barcelona, 2002.

¹⁸ Ragués, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 324.

han abandonado la idea misma de voluntad como un factor relevante para la atribución de responsabilidad.¹⁹

En lo sucesivo trataré de mostrar que la combinación de ambos factores, la exaltación de elementos epistémicos y la normativización del dolo borra las diferencias clásicas entre responsabilidad subjetiva o por las acciones y responsabilidad objetiva o por las consecuencias producidas. En palabras de Kelsen,

El momento caracterizado como ‘dolo’ –intención dolosa– es una determinada relación positiva entre la conducta interna, anímica del delincuente, y el acontecimiento producido, o no impedido, por su conducta externa, sea que prevea el hecho, o que dirija su intención a él. La responsabilidad por el resultado se da cuando no aparece relación semejante, cuando el acontecimiento no es ni previsto ni especialmente querido.²⁰

III. Dolo eventual e imprudencia consciente

Las teorías del dolo eventual pueden clasificarse como negativas y positivas en función de la respuesta que ofrecen a la distinción con la imprudencia consciente. Una teoría negativa sostiene que no hay distinciones conceptuales relevantes entre dolo eventual y culpa consciente y, por el contrario, una teoría positiva suministra un criterio para distinguir entre ambos fenómenos. Como ejemplo de los enfoques negativos pueden mencionarse a las doctrinas de Engisch, Zielinsky o Bustos Ramírez, que insisten en que dolo eventual y culpa consciente son fenómenos que forman una sola clase. La diferencia entre estos autores radica en las conclusiones normativas que extraen de este dato. Así, mientras que Bustos Ramírez enfatiza el aspecto imprudente del dolo eventual, los otros autores hacen hincapié en el aspecto doloso de

¹⁹ Lamentablemente, en la dogmática penal contemporánea no existe una clara discusión sobre las nuevas perspectivas naturalistas en filosofía y sus consecuencias para la reconstrucción de los conceptos de intencionalidad, voluntad, deseos, etc. Esta actitud no es exclusiva de los dogmáticos sino que también se refleja en muchos filósofos morales. Al respecto, véase: Foot, Philippa, “Creencias morales”, en *Las virtudes y los vicios*, UNAM, México, 1994, pp. 133-153.

²⁰ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, Argentina-México, 2000, p. 136.

la imprudencia consciente.²¹ No profundizaré en este trabajo sobre estas tesis negativas. Por el contrario, aquí sólo exploraré los compromisos de las tesis positivas.

La mayoría de autores, clásicos y contemporáneos, insiste en la posibilidad de diferenciar el dolo eventual y la imprudencia consciente. Intuitivamente esto parece responder a la necesidad de reprochar de manera más grave a la primera clase de situaciones que a la segunda. Así Mir Puig señala que en el dolo eventual la consecuencia:

...se le aparece como resultado *possible* (eventual). En esto hay acuerdo en la doctrina. Pero las opiniones se separan profusamente a la hora de precisar este punto de partida, de modos que sea posible distinguir el dolo eventual de la *culpa consciente* (modalidad de imprudencia) [...] esta clase de culpa supone también que el autor se representa el delito como posible. Nótese, pues, que el dolo eventual y la culpa consciente parten de una *estructura común* que hace difícil su neta diferenciación: A) en ninguno de ambos conceptos se desea el resultado; B) en ambos reconoce el autor la posibilidad de que se produzca el resultado.²²

Pero, para que esta distinción no sea arbitraria es preciso suministrar un conjunto de criterios internamente consistentes y externamente adecuados. A modo de ejemplo de las doctrinas que suscriben una tesis positiva y simultáneamente una teoría epistémica del dolo puede mencionarse a la teoría de Günther Jakobs. No es posible revisar aquí los detalles de esta teoría y las breves consideraciones que haré sobre ellas no tienen tanto un objetivo de elaborar una crítica insuperable sino más bien pretenden ilustrar las dificultades que enfrentan las teorías que combinan la estrategia reduccionista del dolo al mero conocimiento y la insistencia en un criterio para distinguirlo de la imprudencia consciente. En particular, analizaré si el enfoque del dolo como conocimiento implica a una tesis negativa acerca de la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente. Si esta idea fuese plausible, entonces el fracaso de encontrar una firme distinción entre ambos fenóme-

²¹ Bustos Ramírez, Juan, "Política criminal y dolo eventual", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4^a ed., tomo I, 1994; Zielinsky, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 187.

²² Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1998, p. 245

nos no es contingente, es decir, no se produce porque no hayamos dado aún con *e/criterio satisfactorio* para nuestra reconstrucción conceptual. Más bien, el problema sería conceptual ya que nos impulsa a la búsqueda de un criterio que no se puede encontrar. No se trata sólo de un ideal inalcanzable, sino de un ideal incoherente.

Para Jakobs, el dolo y la imprudencia deben analizarse atendiendo al ‘fin de la separación’ entre ambos fenómenos.²³ En su opinión, los hechos imprudentes representan un desafío menor a la norma jurídica que los hechos dolosos.²⁴ Por supuesto, un ‘menor desafío’ no significa que la norma sea desafiada menos veces ya que como una cuestión de hecho puede ser mucho más frecuente la vulneración de la norma a título de imprudencia. Puede ocurrir incluso que la frecuencia con que se produce la vulneración de la norma, como, por ejemplo, en los accidentes de tráfico, genere una notoria alarma social y respuesta pública que no se produce en las ocasionales circunstancias en que la vulneración de la norma ocurre mediante conductas dolosas. El tono menor del desafío radicaría en que en el ámbito de la imprudencia lo que ocurre es producido por la torpeza del agente. En otras palabras, la imprudencia revela la incompetencia del agente para llevar adelante sus propios asuntos y por ello, es natural asociar la imprudencia con la auto-puesta en peligro del agente. Así, la mayor gravedad de la sanción de los delitos dolosos frente a los delitos imprudentes radica en que los hechos imprudentes ya conllevan una pena natural como consecuencia del riesgo que enfrenta el agente. Según Jakobs,

En la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado [...] está gravada con una *poena naturalis*, y este riesgo de auto-daño disminuye la importancia del autor imprudente frente al doloso.²⁵

Pero, contra lo que sugiere este párrafo, Jakobs también advierte que ese criterio de la auto-puesta en peligro no resulta concluyente. Esta restricción es sensata ya que la conexión entre imprudencia y pena natural no puede servir como criterio concluyente para distinguir entre

²³ Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 325.

²⁴ *Ibid.*, p. 312.

²⁵ *Ibid.*, p. 313.

hechos dolosos y culposos. Un ejemplo es suficiente para ilustrar esta idea: supongamos que un terrorista suicida detona una bomba provocando la muerte de varias personas y que, por circunstancias fortuitas, sobrevive. Si se aceptase que la auto-puesta en peligro es la clave para atribuir responsabilidad a título de imprudencia, entonces, el reproche a este terrorista sería por homicidio imprudente.

El fracaso de este criterio es un síntoma de los problemas internos de una concepción epistémica del dolo y en particular, cuando se aplica el dolo eventual. Por ejemplo, si se admite que existe dolo eventual cuando 'en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción',²⁶ entonces nada excluye que un autor imprudente tenga la misma representación que el agente doloso. En otras palabras, la persona que *juzga que la realización del tipo no es improbable*, como ocurre frecuentemente en los accidentes de tráfico, también puede estar actuando con imprudencia consciente.

Este problema conceptual queda disimulado por la insuficiente atención a la naturaleza de los enunciados sobre el dolo eventual y la culpa consciente. Específicamente, es difícil determinar si la afirmación, por ejemplo, 'el dolo es conocimiento' es una definición de este fenómeno o un recordatorio breve de alguna de sus características simplemente concomitantes. Si el conocimiento de las consecuencias disvaliosas probables es una propiedad definitoria del dolo eventual, entonces cualquier fenómeno que presente esta cualidad forma parte de la clase dolosa, más allá de nuestra disposición a denominarlo de otra manera específica *e.g.* culpa consciente. En este sentido, la concepción epistémica del dolo se comprometen con una tesis negativa acerca de la diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente.

La conexión conceptual entre dolo y conocimiento puede ser revisada mediante el conocido argumento de la 'pregunta abierta'.²⁷ Este argumento fue elaborado por G. E. Moore en *Principia Ethica* para mostrar que el concepto de 'bueno' es indefinible y puede resumirse de la siguiente manera,

Tómese cualquier pretendida definición de 'bueno', por ejemplo, 'bueno' significa productor de placer. Dada esta definición, si preguntamos

²⁶ *Ibid.*, p. 327.

²⁷ Moore, George, *Principia Ethica*, capítulo 1, sección 13, apartado 1.

si algo es o no bueno estaremos preguntando si produce placer o no placer. Pero supóngase que alguien pregunta ‘¿Es bueno lo que produce placer?’. Si la definición anterior es correcta, esta pregunta se responde a sí misma, esto es, es equivalente a ‘¿Produce placer lo que produce placer?’. Desde luego podría (lógicamente) ocurrir que lo que produce placer sea siempre bueno, pero eso es otra cuestión.²⁸

En síntesis, sea cual sea la definición de ‘bueno’ que se proponga uno podría seguir dudando si ese *definiens* es ‘bueno’. El hecho que podamos ser capaces de dudar o de realizar esta pregunta supone que se está frente a dos nociones o términos distintos y no frente a una simple trivialidad analítica.²⁹

Ahora, traslademos este argumento al dolo. Si se acepta que, por definición el dolo es conocimiento, entonces cuando preguntamos si una conducta es dolosa intentamos determinar si el agente poseía determinadas creencias o nivel de conocimiento. Pero supongamos que alguien vuelve a preguntar si en verdad el dolo es conocimiento. Si ‘dolo’ y ‘conocimiento’ significasen lo mismo, entonces podríamos sustituir las expresiones equivalentes en la afirmación y el enunciado (a) ‘dolo es conocimiento’ se transformaría en (b) ‘el conocimiento es conocimiento’. Pero, mientras parece importante discutir sobre la verdad o falsedad de (a) no tiene mayor sentido discrepar sobre (b). Mediante este argumento no se niega que como cuestión de hecho el dolo siempre va acompañado del conocimiento sino que se subraya el ‘resto conceptual’ que queda abierto, es decir la indeterminación del concepto de dolo.

La moraleja de esta discusión es que si el conocimiento no es un rasgo definitorio del dolo, entonces es preciso ofrecer argumentos adicionales a favor de la tesis que conecta al dolo con estas cualidades epistémicas. En este caso, la afirmación ‘el dolo es conocimiento’ supone (a) un criterio independiente para determinar la clases de conductas dolosas y exige (b) un argumento específico para probar que, como cuestión de hecho, todo individuo que ha actuado con dolo también se ha representado las consecuencias disvaliosas de su conducta.

²⁸ Hudson, W. D. *La filosofía moral contemporánea*, Alianza Editorial, Madrid, 1974, p. 77.

²⁹ *Ibid.*, pp. 77-78.

Sin embargo, la denominada ‘ceguera ante los hechos’ muestra la implausibilidad de esta tesis acerca de la correlación universal entre dolo y conocimiento. Según Jakobs esta figura puede definirse como:

aquel desconocimiento que el propio autor no valora como una carencia de su orientación en el mundo, porque el ámbito material del objeto desconocido carece de interés para él.³⁰

En estos casos, extraños pero posibles, el agente es responsable por su representación anormal de las situaciones de hecho, con independencia de cuáles hayan sido efectivamente sus estados mentales al momento de ejecutar la acción. Es decir, en estos casos, sea por la razón que fuere, el agente *no* conoce que se realizará algún perjuicio, sin embargo, afirma que su conducta merece el mismo reproche que una acción dolosa.

El intento de calificar como doloso a las conductas cometidas con ceguera ante los hechos genera, al igual que antes ocurrió con el elemento volitivo para reprochar las conductas con dolo eventual, una crisis sobre la importancia del elemento epistémico. Así, ya hay autores como Gabriel Pérez Barberá que sostienen que el ‘dolo no es ni voluntad ni conocimiento’.³¹ Para este autor, aquello que determina la gravedad del reproche es el modo en que el agente accede a la operación psíquica de la que se vale para orientarse en el mundo *i.e.* si la génesis de su creencia es racional o irracional.³² Cuando el agente se aparta de una norma y está fundado en un conocimiento racional *comunica* un apartamiento de la misma intensidad que aquel que se aparta de la norma sin saberlo pero su falta de conocimiento se funda en creencias iracionales, su orientación es arbitraria.³³

³⁰ Jakobs, Günther, “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 138.

³¹ Pérez Barberá, Gabriel E., *El dolo eventual. El estado de la cuestión de la dogmática penal alemana. Una propuesta conceptual válida para el derecho penal argentino*, Tesis doctoral, depositada en la Universidad Nacional de Córdoba, julio 2007, p. 7. La tesis de Pérez Barberá está repleta de refinamientos conceptuales y constituye un notable aporte al desarrollo del dolo eventual. No tengo espacio aquí para intentar reconstruir en completo su postura. Lo señalado son sólo algunos rasgos que me sirven para mostrar cuáles son las consecuencias de equiparar el reproche doloso al de la ceguera ante los hechos.

³² *Ibid.*, p. 85.

³³ *Ibid.*, p. 86.

En conclusión, Pérez Barberá pretende mostrar que: por un lado, la intención de apartarse de la regla no es suficiente para configurar el dolo en casos en que la consumación se produce de forma objetivamente inesperada. Por otro lado, la ausencia de intención de apartarse de la regla no es un impedimento para imputar dolo *i.e.* caso de ceguera ante los hechos.

El sofisticado trabajo de Pérez Barberá merecería una reconstrucción más cuidadosa y numerosos comentarios. Sin embargo, aquí sólo mencionaré uno de los problemas que presenta su postura. Las creencias, sean racionales o irracionales, son involuntarias. Las creencias no se eligen *i.e.* el agente no puede decidir tenerlas, cambiarlas o no adoptarlas. Así, cuando un agente cree arbitrariamente que su conducta no causa perjuicio, el reproche a título de dolo por la arbitrariedad de la génesis del dato psíquico no puede consistir en que el agente podría haber hecho otra cosa *e.g.* cambiado de creencias. La propuesta de Pérez Barberá compromete con la responsabilidad objetiva ya que las intenciones y convicciones sinceras del agente no cuentan como datos relevantes porque todos pensamos de manera diferente y le reprochamos al sujeto sobre cosas que no podía elegir hacerlas de otra manera.³⁴

Pero, incluso si se admite una correlación entre dolo y conocimiento, no se puede extraer de ella consecuencias interesantes para la diferencia con la culpa consciente. La razón es bastante clara: aunque dos clases de elementos formen parte del mismo conjunto, ellos todavía pueden tener diferencias específicas que no pueden pasarse por alto en una definición razonable de un cierto concepto. Una analogía trivial puede echar luz sobre esta situación. Supongamos que la afirmación ‘los quirópteros se alimentan de sangre’ es verdadera. Si esa característica fuese una condición necesaria y suficiente para definir a esa clase de animales, entonces habría que concluir que cualquier elemento que satisfaga esa propiedad también formaría parte de la clase de los quirópteros y, en consecuencia, habría que concluir que los *Aedes Aegypti* también serían vampiros. Por el contrario, si la propiedad de alimentarse de sangre es una característica universalmente concomitante, entonces no sirve para explicar la diferencia entre vampiros y mosquitos.

³⁴ Williams, Bernard, “Deciding to Believe”, en *Problems of the Self. Philosophical Papers 1956-1972*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973, pp.136-151. Esta crítica a Pérez Barberá fue esgrimida por Pablo Navarro en el seminario ‘Tesis Doctoral’ realizado durante el año 2006 en la Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina.

En otras palabras, nada impide que todos los elementos de la clase de la culpa con representación también tengan esta característica concomitante. Por ello, si el conocimiento de las consecuencias probables es una característica concomitante tampoco se podrá extraer de ello que el dolo eventual es genuinamente dolo, pues hay otras figuras *i.e.* imprudencia, que también tiene o pueden poseer la misma característica.

IV. La normativización del dolo

Aunque las teorías que hacen exclusivo hincapié en el elemento epistémico de la acción se han expandido notablemente en los últimos años todavía pueden encontrarse autores importantes que siguen defendiendo la relevancia del complejo epistémico volitivo para dar cuenta del dolo. Un ejemplo de ello es Hassemer que afirma:

el dolo caracteriza fenómenos internos del individuo agente, que se refieren al acontecer externo: el sustrato del dolo solo puede residir en la voluntad y la representación de la persona y no en aquello que es externo a él.³⁵

Este párrafo sugiere el compromiso con una explicación del dolo que tome en cuenta los estados mentales efectivos del agente. Sin embargo, es frecuente sustituir este dato empírico acerca de lo que el agente pretende realizar por versiones normativizadas de esas representaciones mentales. De este modo, se intenta determinar aquello que el agente desea o quiere lograr a partir de lo que, por ejemplo, un sujeto razonable haría en circunstancias similares. Supongamos que admitimos que existe dolo cuando un sujeto se decidió en contra del bien jurídico protegido frente a un determinado tipo penal.³⁶ Ésta es la posición de, entre otros autores, Claus Roxin. Según Roxin quien es indiferente frente a la producción de un resultado típico ya ha tomado una decisión contra la lesión del bien jurídico.³⁷ Por supuesto, la atribución de una acti-

³⁵ Hassemer, Winfried, "Los elementos característicos del dolo", en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para un teoría de la imputación en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 132.

³⁶ Díaz Pita, Ma. del Mar, *El dolo eventual*, op. cit., p. 187.

³⁷ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, p. 429.

tud de indiferencia no puede extraerse de la producción del resultado, sino que ha de evaluarse de manera independiente a la luz, por ejemplo, de las medidas que el agente dispone para conseguir o evitar una cierta consecuencia. De esta manera, la actitud dolosa es insertada en una narración sobre los planes del agente y este dato es instructivo para evaluar el modo en que Roxin aplica su teoría. Recordemos el caso conocido como 'el caso de la correa de cuero'³⁸ que, para Roxin es un paradigma del dolo eventual.³⁹ Dos individuos decidieron sustraerle a la víctima M una cierta cantidad de dinero. Para ello, planearon dejar inconsciente a M dándole un golpe en la cabeza con un saco de arena. Previamente habían descartado la posibilidad de dejar inconsciente a M cortándole la respiración con una correa de cuero. Primero ingresaron a la casa en la que M estaba durmiendo y lo golpearon con una bolsa de arena. Este golpe sólo sirvió para despertarlo. En ese momento, uno de los cómplices extrajo la correa de cuero y le apretó la garganta hasta que M dejó de moverse. Al percatarse que la víctima no volvía en sí comenzaron las tareas de reanimación. Estas fueron en vano ya que M había fallecido.

Si el reproche a título de dolo exige dar cuenta de los estados mentales que tenían los agentes y, en especial, del propósito que guiaba su conducta, entonces no se explica porque hay que admitir que los cómplices se *decidieron* por la muerte de M y que su acción fue *realizada conforme al plan*. La descripción del hecho revela que ellos habían *decidido* dejarlo inconsciente y su *plan* era reducirlo para luego sustraerle algunos bienes. Más aún, las maniobras de reanimación pueden entenderse como un síntoma de que ellos no pretendían que M falleciera.

El modo en que Roxin resuelve este tipo de discrepancias entre las razones de los agentes y la atribución de dolo es señalando que el concepto de *decisión por la posible lesión* o *el tomarse en serio* el riesgo no se refiere a fenómenos puramente psicológicos sino que debe evaluarse mediante criterios normativos.⁴⁰ En este sentido, Roxin amplía el significado del término 'decisión' para que pueda dar cuenta de las situaciones abarcadas por el dolo eventual antes que subsumir o no el

³⁸ Es un resumen de la sentencia del BGHSt, t. 7, del 22/04/55, pp. 363 y ss. Cita extraída de Ragués, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, p. 83.

³⁹ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 425

⁴⁰ *Ibid.*, p. 429.

caso individual conforme a las propiedades que definió como relevantes.

En lenguaje ordinario quien toma una decisión, actúa intencionalmente. Incluso podría afirmarse que quien decide un curso de acción normalmente también *delibera* acerca de su acción. De este modo, el concepto de decisión parece suficiente para explicar la acción (*i.e.* lo que pone en movimiento al agente). Sin embargo, en los casos paradigmáticos de dolo eventual, la decisión no se toma sobre las consecuencias que se imputan sino sobre otra acción distinta que ocasiona esa consecuencia dañosa. Esto sugiere que Roxin usa el término 'decisión' (y otros conceptos semejantes que se refieren a los aspectos volitivos de la acción) en un sentido distinto al del uso común del lenguaje. En el lenguaje ordinario, la decisión y la indecisión se refieren a estados mentales específicos del agente, que desempeñan un papel fundamental en el razonamiento práctico que guía la acción. En este sentido, cuando un agente decide ejecutar una acción clausura el balance de razones relevantes para su plan de conducta y, si dispone de medios necesarios, se embarca en este curso de conducta. A la luz de lo que el agente cree y de las decisiones que ha adoptado, su acción se torna inevitable. Por el contrario, en la reconstrucción de Roxin (y de otros autores que siguen esa línea de análisis), la decisión del agente se presupone a la luz de criterios objetivos. Estos parámetros pueden coincidir o no con aquello que el agente de hecho quiere hacer y ha decidido ejecutar. La función principal de esos criterios objetivos es proyectar una apariencia de intencionalidad a los casos que se reprochan a título de dolo eventual. Por esa razón, en esta línea de análisis normalmente se concluye que el concepto de decisión *debe* valorarse conforme a parámetros normativos. Estos criterios normativos son útiles para dar cuenta de situaciones normales y proporciona una suerte de reglas de la experiencia para atribuir a los sujetos determinado estado mental. Pero, más allá de su utilidad genérica, ellos no describen un fenómeno volitivo ni se conectan de manera necesaria con la acción específica de ningún individuo. Por consiguiente, la propuesta de Roxin, al igual que otras versiones de la concepción volitiva,⁴¹ reintroduce, bajo una termi-

⁴¹ Para una crítica general del dolo y su relación con el consentimiento de los agentes, véase por ejemplo, Gimbernat Ordeig, Enrique, "Acerca del dolo eventual", en *Estudios de derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 240 y ss.

nología diferente, el problema del desafío al modo en que damos cuenta de la acción humana.

V. Desafíos a la justificación del reproche

El requisito de adecuación externa señala que nuestras teorías penales tienen que dar una solución a los casos relevantes y esa solución tiene que ser apropiada a la luz de nuestros ideales morales. Es decir, como el derecho penal carece de autonomía para justificar la intervención coactiva en los bienes básicos de los individuos el castigo requiere justificación moral.

Uno de los principales propósitos de una explicación intencional (teleológica) es sentar las bases para evaluar si lo que hizo el agente merece elogio o reproche. Por ejemplo, imaginemos la siguiente situación: un individuo rompe el escaparate de la tienda de su vecino porque desea perjudicarlo y su acción sirve, de manera fortuita, para evitar la muerte por asfixia de su vecino, quien se encuentra desmayado por una fuga de gas en el local. Comparemos esta situación con la de otro individuo que advierte que su vecino está desmayado en el interior de su negocio y rompe la vidriera para salvarlo. Para poder evaluar ambas situaciones hay que tener en cuenta las razones que el agente tenía para realizar una determinada conducta.⁴² Más allá de cómo se resuelve la polémica sobre los elementos subjetivos y objetivos de las causas de justificación, hay que subrayar que sólo cuando hemos explicado correctamente la acción tiene sentido involucrarse en su evaluación. Por ello, la prioridad de la explicación sobre la evaluación implica que es preciso revisar nuestras evaluaciones cuando advertimos que la explicación era incorrecta.⁴³

En un esquema liberal, que también parece asumir la dogmática penal, la explicación tiene primacía conceptual respecto de la evaluación. Sin embargo, la atribución de dolo eventual es una manera específica de evaluar una determinada acción, y más específicamente, un repro-

⁴² Sanz Morán, Ángel, *Los elementos subjetivos de las causas de justificación*, Bosch, Barcelona, 1993; Trapero Barreales, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000. Gil Gil, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Granada, 2002.

⁴³ Von Wright Georg Henrik, *Sobre la libertad humana*, op. cit., p. 85

che por las consecuencias que ha originado una cierta conducta. Pero, antes de juzgar una acción necesitamos comprenderla, es decir, explicarla a la luz de las creencias y motivaciones que la determinaron. Así como no admitimos en este paradigma moral que se reproche a un individuo *X* por lo que ha hecho otro agente *Z*, tampoco podemos admitir castigar a *X* por algo distinto de lo que ha hecho. Aun cuando esa explicación previa parezca obvia, es analíticamente imprescindible. En general, la explicación de una acción se basa en razones que determinan la conducta del agente, aunque esos elementos epistémicos y volitivos característicos proyectan su importancia mucho más allá de la etapa de identificación y explicación de las acciones. Por ejemplo, ellos desempeñan un papel principal al momento de determinar la responsabilidad. A la luz de esos elementos epistémicos y volitivos es que decidimos sobre cuestiones de error de tipo o prohibición, coacciones o miedos que afectan de manera insuperable sus motivaciones, etc. La cuestión es, por tanto, comprender el papel que esos elementos tienen al momento de evaluar las consecuencias conocidas (pero no directamente deseadas o queridas) que se producen a causa de la conducta del agente.

Si pretendemos dar cuenta de porqué el agente realizó una acción, sólo podemos hacerlo describiendo verdaderamente *sus* razones para hacer lo que hizo.⁴⁴ La intención del agente es crucial para la explicación de su acción. *Explicar* es mostrar en qué sentido era inevitable que ocurriera lo que sucedió. Conforme al modelo de la acción intencional, las intenciones y creencias del agente determinan su acción. Por ejemplo, un agente *X* apunta a su enemigo y dispara sin dar en el blanco. ¿Qué intención tenía *X*? Por compleja que sea la respuesta a este interrogante, las motivaciones y creencias del agente son la clave para la solución de este problema. Considerar que un individuo *X actúa* es asumir que ese complejo epistémico-volitivo es relevante para explicar lo que ocurrió. En otras palabras, dados sus deseos y convicciones, el agente ‘no podía actuar de otro modo’.⁴⁵ Sin embargo, un rasgo dis-

⁴⁴ González Lagier, D., “Buenas razones, malas intenciones”, en *Doxa*, núm. 26, Alicante, 2003, p. 647.

⁴⁵ Como señala Von Wright, esta conclusión, sin embargo, no destruye la libertad del individuo sino que la presupone ya que su conducta es inevitable a la luz de decisiones que el mismo agente adopta. Por supuesto, aun podría sostenerse que esos deseos y creencias no son voluntarios ni pueden ser libremente controlados por los individuos. Por consiguiente, el problema de la libertad se habría desplazado al modo en que surgen los determinantes de la acción. En este trabajo, no me ocuparé de este problema.

tintivo de la explicación de la acción frente a la explicación de otros fenómenos es que una acción humana puede ser explicada correctamente aún en aquellos casos en que el agente obra sobre creencias falsas y, consecuentemente, la relación causal pretendida no se produce. Por ejemplo, ¿por qué el agente A disolvió una sustancia en el café de B? La explicación es que A intentaba envenenarlo aún cuando no haya conseguido su propósito porque confundió la sustancia nociva con otra inocua. El hecho de que una cierta sustancia cause la muerte de B depende únicamente de relaciones causales y no de las creencias y deseos del agente, pero la explicación de una acción puede ser correcta aún cuando sean falsas las creencias del agente acerca de lo que ocurrirá en el mundo. Por supuesto, esta irrelevancia de la falsedad de las creencias no tiene que confundirse con la falsedad de las descripciones de las creencias y deseos que tiene un agente. En definitiva, hay que distinguir claramente entre una descripción verdadera de las creencias falsas del agente y una descripción falsa de las creencias (y deseos) que verdaderamente tiene el agente. En este último caso, con independencia del problema de la justificación de las acciones, una descripción falsa no constituye una explicación del comportamiento del agente, *i.e.* no muestra en qué sentido su conducta era inevitable.

Quienes *atribuyen* estados mentales sin preocuparse por la verdad de sus afirmaciones, no pueden garantizar una conexión entre lo que el agente hace y las intenciones que se le atribuyen. Por ejemplo, puede parecer evidente que si un individuo apunta y dispara a una persona es porque tenía intención de hacer blanco en él. Tal vez, incluso, existan razones instrumentales (prevención general, disminución del riesgo generado por el manejo de armas de fuego, etc.) para reprochar la conducta del agente. Pero, para reprochar por lo que el agente *intentaba* hacer es necesario describir qué quería lograr y qué se representaba como necesario para ello. Nada puede sustituir estos datos para una explicación correcta de la acción: Ni los estándares de conocimiento normal en una comunidad, ni el consenso acerca de que el agente debía saber lo que estaba haciendo son datos necesarios o suficientes para conocer las intenciones del agente. En el mejor de los casos, ellos serán únicamente criterios para castigar por lo que ha ocurrido, y en el peor de los casos, serán la base del maltrato de un individuo por parte del Estado.

Una manera simple de resolver el problema sería señalar que, como una cuestión de hecho, nuestra práctica de atribuir responsabilidad no

se basa en esos elementos. Por ejemplo, en el caso de imprudencia no tenemos duda en la atribución de responsabilidad, y ello mostraría que ni el conocimiento ni la voluntad son imprescindibles para el reproche penal. Sin embargo, no es suficiente señalar que no dudamos en castigar a título de imprudencia. Esta necesidad de reprochar la imprudencia podría obedecer a razones consecuencialistas, o de justicia correctiva, pero, del mero hecho de que no estemos dispuestos a renunciar a esta forma de atribución de responsabilidad, no se sigue que ella sea compatible con las bases liberales del Estado de Derecho.

VI. Conclusiones

A lo largo de este trabajo he señalado algunos desafíos que genera el dolo eventual a una explicación humeana de la acción. Estos desafíos son de dos clases. En primer lugar, en cuanto a los problemas internos de la teoría del dolo eventual mostré que una teoría reduccionista o epistémico del dolo se compromete con dar una respuesta negativa a la pregunta sobre la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente. Si por el contrario, se acepta un enfoque no reduccionista, como el caso de Roxin, no se puede dar cuenta de que el dolo eventual es genuinamente dolo sin alterar los términos de su propia teoría. Este esfuerzo presiona para modificar la teoría en una versión normativizada del dolo. La consecuencia de ello es la separación del dolo con los estados mentales –epistémicos y volitivos– que efectivamente posee el agente, borrando así la diferencia entre responsabilidad subjetiva o por las acciones y responsabilidad objetiva o por las consecuencias.

En segundo lugar, con respecto a los inconvenientes de adecuación externa he expuesto que la figura del dolo eventual invierte la prioridad conceptual de la explicación sobre la evaluación de las acciones responsabilizando a los agentes por las consecuencias que ocasionaron y no por lo que hicieron. Si se expone la diferencia entre resultados y consecuencias en términos de razón para la acción, podría decirse lo siguiente. El resultado es aquello por lo que el sujeto tenía una razón para actuar y las consecuencias son aquellos acontecimientos que el sujeto conocía que se ocasionarían pero que no contaron como una razón para que el agente se ponga en movimiento. Por ello, imputar una consecuencia como intencional equivale a imputar la conducta porque

el sujeto *debería* haber tenido una determinada razón para actuar y, de hecho eso no ocurrió así.

Tal vez las dificultades surgen por la manifiesta heterogeneidad en las diferentes situaciones que calificamos a título de dolo eventual. Conductores suicidas en una autopista, adulteración de sustancias alimenticias, disparos en lugares concurridos, clausura irregular de las salidas de emergencia, son unos pocos casos escogidos al azar que se pueden mencionar como prueba de esta diversidad subyacente al dolo eventual.⁴⁶ ¿Existe un conjunto de características comunes y distintivas en todas las situaciones dolosas, o bien, por el contrario, ellas sólo exhiben un cierto parecido de familia? Como enseña Hart en su análisis de las normas jurídicas, con frecuencia los teóricos intentan mostrar que una cierta clase de fenómenos exhiben una estructura común. Por ejemplo, que todas las normas imponen sanciones, o, en nuestro caso, podría sostenerse que toda conducta dolosa es una decisión acerca de la lesión de un bien jurídico. Pero, añade Hart que los fenómenos que analizamos no siempre tienen esas características y subraya que los teóricos no siempre están dispuestos a reconocer esa diversidad, sino que por el contrario tienden a modificar los significados consolidados de nuestras redes conceptuales (i.e. amplían o restringen el alcance de los conceptos) para conservar esa ilusión de homogeneidad.

Probablemente el esfuerzo por descifrar las claves del dolo en una creciente heterogeneidad de fenómenos sea inútil o, como sostiene Hart puedan lograrse sólo al alto precio de deformar nuestras intuiciones sobre el modo en que funciona el derecho, pero hay diversas razones que explican nuestra disposición a emprender una y otra vez esta tarea: la creencia en que todas esas situaciones merecen un grave reproche o la necesidad de evitar el ‘mal sabor’ que nos dejaría la atribución de responsabilidades diminuidas en casos de resultados disvaliosos de considerable magnitud. Estas consideraciones pueden resultar correctas, pero sería un error concluir que ellas tienen que ser reprochadas más gravemente simplemente porque revelan una naturaleza dolosa. En ese caso, el argumento se torna circular: reprochamos gravemente a esos

⁴⁶ Véase por ejemplo, Nino, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 132. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 245; Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 272; Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, p. 415.

fenómenos porque todos ellos son conductas dolosas y, al mismo tiempo, sostenemos que son dolosas porque frente a todas ellas reaccionamos negativamente con la misma intensidad.

Un interrogante que surge al final de este trabajo es: cuáles son las consecuencias del mismo para el reproche a título de imprudencia. Es decir, si de acuerdo a las bases de un estado liberal clásico *sólo* debemos reprochar penalmente a los agentes por aquellas cosas que hacen y no por las consecuencias que producen, entonces, podría sugerirse que la responsabilidad a título de imprudencia tampoco está justificada. Éste es un problema que no puedo intentar resolver aquí pero su respuesta seguramente depende de cuán puros sea el esquema liberal de un sistema jurídico.⁴⁷

Recepción: 16/01/2008

Aceptación: 18/10/2008

⁴⁷ Para un estudio profundo del delito imprudente véase, por ejemplo: Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005.