

RECENSION “¿De qué hablamos cuando hablamos de dolo?”

Reflexiones a propósito de “UNA OPORTUNIDAD PARA ERRADICAR EL LLAMADO «DOLO EVENTUAL» DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO”, de Luis Fernando Niño

Antonio Doval Pais
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Alicante

Con ocasión de la constitución en la República Argentina de una Comisión para la Reforma del Código Penal a comienzos de 2017, el Profesor Luis Fernando Niño plantea nuevamente en este trabajo el debate acerca de la legitimidad del dolo eventual como categoría asimilada al dolo directo tanto en la tipicidad como en la pena, un tema central en la teoría del delito y crucial en la práctica judicial, como el mismo autor advierte. Tras una extensa revisión de las dificultades de este concepto tanto en el plano teórico como en el práctico, llega a la conclusión de que el dolo eventual debe desaparecer, como tal, del Derecho positivo argentino. Reproduciendo sus propias palabras, “en momentos en que la culpa temeraria ha sido incluida en nuestro Código penal, aparece una oportunidad privilegiada para reconsiderar su validez como categoría dogmática, reajustar su ubicación en la futura iniciativa de reforma integral y descartar la construcción teórica de un «dolo eventual» que, si bien se mira, emerge a partir de una presunción de dolo”.

Niño plantea, en efecto, que para supuestos que podrían ser examinados bajo la óptica del dolo eventual sería bastante la categoría de la “culpa temeraria”, recientemente incorporada al Código penal argentino como modalidad agravatoria de la imprudencia, aunque limitada al ámbito de las muertes o lesiones ocasionadas por la conducción de vehículos. Tal como el propio autor señala, su propuesta se alinea con la del *Anteproyecto de Código penal de la Nación* presentado en 2014 por una Comisión presidida por el Profesor Zaffaroni. En este texto, el dolo requería expresamente una “voluntad directa” (art. 1º, 2, a) y, en consecuencia, la posibilidad de acoger supuestos de dolo eventual quedaba excluida. Al mismo tiempo, la introducción de la categoría de la imprudencia temeraria, prevista genéricamente para los delitos de homicidio y lesiones, ofrecería una alternativa típica que la Comisión entendió suficiente.

Como decía, dos son los argumentos fundamentales que sostienen la propuesta de este trabajo, guiado por un loable propósito garantista. Por un lado, las dificultades teóricas del propio concepto de dolo eventual y, por otro, los problemas prácticos a los que enfrenta. En definitiva, se trata de razones de (in)seguridad jurídica, que han llevado en algún ordenamiento a contemplar expresamente en el Código penal la punición del dolo eventual junto al dolo directo, e incluso a concebirlo normativamente bajo el prisma de la teoría de la representación (caso del Código penal colombiano, art. 22), con un criterio discutible.

Pero se trata también —y, en el fondo, sobre todo— de razones de proporcionalidad. Desde luego, los problemas teóricos están ahí (los recuerda muy bien Niño en lo fundamental, recapitulando las objeciones que cabe oponer a los diversos criterios ensayados por la doctrina para poder diferenciar los supuestos de dolo eventual de los característicos de la imprudencia consciente) y el riesgo es, en efecto, que en la práctica problemas insalvables de prueba aboquen a una aplicación arbitraria del Derecho por los jueces. Teniendo en cuenta que, en contraste con la categoría de la imprudencia, la del dolo permite llevar la intervención penal más allá del propio tipo penal mediante disposiciones que pueden considerarse extensivas (singularmente, como advierte el autor, las de la participación y los actos preparatorios punibles, pero también la de la tentativa), y la gran diferencia existente entre las penas, la cuestión posee una enorme importancia, sobre todo si se considera, además, que la decisión político-criminal de limitar el castigo de la imprudencia a los casos tasados por la ley podría ser en la práctica ignorada si algunos de ellos llegan a ser calificados con el rótulo del dolo eventual, convirtiendo en la práctica el sistema de *numerus clausus* en un sistema de *numerus apertus*.

La cuestión es muy compleja y la reflexión del autor resulta muy oportuna ante el planteamiento de una nueva reforma del Código penal argentino. Como correctamente señala, todo concepto tiene un sentido político en el teatro jurídico-penal. Por eso, a mi juicio, este debate debe partir de la reflexión sobre el papel político-criminal del dolo eventual y sobre lo que fundamenta su mayor desvalor frente a la imprudencia, algo que Niño echa de menos. En suma, como él mismo plantea, “¿de qué hablamos cuando hablamos de dolo?”

Me parece evidente que cuando hablamos de dolo hacemos referencia a un especial *contacto subjetivo* del autor y su hecho al que el Derecho penal asigna un juicio de especial desvaloración conforme a su función y sus fines (insistiendo en esta perspectiva teleológica, Lorenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, pp. 103 y s.). El propio Niño afirma que las consecuencias jurídicas previstas para las conductas dolosas son “lógicamente” más graves que las contempladas para las culposas (aunque se resiste a admitir que el dolo eventual participe —al menos, en el Derecho argentino— de las notas que caracterizan al dolo). Pues bien, si nos preguntamos qué tiene de especial ese *contacto subjetivo* desde el punto de vista político-criminal, creo que una de las respuestas fundamentales a nuestros efectos —aunque no la única— es que determina que el sujeto resulte más asequible al mandato normativo mientras así actúa que cuando obra con imprudencia. También, por supuesto, cuando actúa bajo las condiciones del dolo eventual. La razón es que en los casos de dolo el agente es consciente de la realización del tipo, ya sea como algo seguro o como algo probable; por ello, es muy relevante la gravedad de la pena con la que se amenaza (véase, al respecto, Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*, 2ª. Ed., Barcelona, 1982, p. 74-78). En ambos casos el sujeto está en mejores condiciones para ajustar su conducta actual al mandato del Derecho que quien se conduce de un modo imprudente, aun consciente del daño que podría derivarse de una

conducta como la suya, porque este último descarta —con error vencible— que la suya pueda ocasionarlo.

El problema del dolo eventual afecta, como se sabe, a ámbitos como el de la conducción de vehículos, pero también se plantea en casos de incendio, uso de medios peligrosos para cometer otros delitos (como magnicidios con potentes explosivos, delitos de lesiones, delitos sexuales o robos), blanqueo de dinero, ofrecimiento en el mercado de productos peligrosos (de uso o consumo o, incluso, financieros) o ataques contra el medio ambiente, entre otros. Y, con la *asimilación* del dolo eventual a la imprudencia temeraria en los términos en que refiere el autor, se limitaría extraordinariamente el castigo de conductas graves que tienen lugar en dichos ámbitos por efecto del sistema de *numerus clausus* que rige para la punición de la imprudencia en Argentina. En particular, las posibilidades quedarían limitadas a los tipos que expresamente prevén su comisión por esta clase de imprudencia: homicidio y lesiones; salvo que se ampliara notablemente el alcance de la imprudencia, con un efecto expansivo de la intervención punitiva, desde luego, no deseable.

Pero debe tenerse en cuenta que, además, el dolo eventual constituye el límite mínimo del dolo y, en consecuencia, la supresión de aquel alteraría el umbral inferior general de este. Niño considera que cabe calificar de conducta dolosa “aquella en la que el agente opera con la conciencia de la producción segura o prácticamente segura [*sic*] del resultado típico de peligro o lesión de un bien jurídico ajeno, y con la voluntad deliberada de actuar”, por más —como afirma— que el resultado deba aparecer como una consecuencia necesaria de su acción. Por ello, su eliminación no acabaría con los problemas. Con el *desalojo* del dolo eventual el problema de indeterminación quedaría trasladado a la cuestión del mínimo de la “voluntad directa” que requiere el dolo (es decir, en realidad, el límite mínimo del dolo directo de segundo grado, de consecuencias necesarias; por ejemplo, en casos en los que el autor, no queriendo como un fin el resultado típico del delito, no podía dejar de quererlo por ser prácticamente inevitable —pero no seguro— en las circunstancias en las que actuó). Además, la determinación de la clase de la imprudencia temeraria tampoco está exenta de problemas, ya que, por un lado, plantea la misma dificultad para su delimitación del dolo en los casos de las faltas de cuidado más groseras e irracionales (el problema de los límites nos habla claramente de la conexión y gradualidad de estos conceptos) y, por otro, remite en todo caso a la valoración —entre otros factores— de la entidad de la infracción del deber de cuidado del agente, algo que queda necesariamente en manos del juez.

Como ocurre con otros tantos conceptos (“tentativa”, “peligro”, “necesidad de la aportación al hecho por un partícipe”, “grave”, etc.), el juez deberá, por supuesto, valorar qué es lo que tiene ante sí, identificando correctamente el objeto de la prueba, motivando cuidadosamente los hechos que deben configurar el supuesto de hecho subsumible en la norma y exigiendo razonadamente una entidad suficiente en sus componentes para afirmar el dolo eventual. Para ello, no cabe desconfiar tanto de los indicios objetivos, pues en muchos casos están en óptimas condiciones para apuntalar el dolo cuando un sujeto ha

expuesto conscientemente a riesgo un bien jurídico sin ninguna base razonable para pensar que el resultado típico no se producirá. Obviamente, no se trata de presumir el dolo, sino de comprobar si se hallaba engastado en el conocimiento y en el modo de proceder del sujeto en su situación concreta (con sus conocimientos especiales y demás circunstancias; confieso que albergo serias dudas de que a la voluntad le corresponda jugar algún papel al respecto). Ni tampoco se trata, por supuesto, de un cómodo expediente para la *prueba* en casos difíciles, arrastrando la calificación en contra del reo. Creo, en efecto, que existen algunas zonas claras en el segmento en el que se hallan situados en dolo eventual y la imprudencia. Sin embargo, estas consideraciones no pretenden simplificar el problema.

Personalmente, estimo que para seguir avanzando en este importante debate (que, como se sabe, no se limita al caso de Argentina) habría que considerar seriamente las posibilidades que existen de graduar la intervención punitiva. Tales posibilidades pasan, por una parte, por el meditado uso de expresiones que circunscriban la correspondiente posición subjetiva del agente donde sea necesario (como “con el fin de...”, “de propósito”, “intencionalmente”, o similares, y contando con la exigencia de la temeridad de la imprudencia allí donde sea imprescindible). Pero, por otra parte, y sobre todo, por la revisión de los marcos de las penas previstas para las modalidades dolosas e imprudentes —en cada una de sus especies—, procurando que discurren en una línea continua, sin escalones en la penalidad (como ha propuesto Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch en *Dolo e imprudencia en el Código penal español*, Valencia, 2007, p. 218). Y sin olvidar las posibilidades que también ofrece para ello la fase de la individualización judicial de la pena.

En realidad, si las razones jurídicas (fundamentalmente, las diferencias punitivas actuales) obligan a forzar en la zona de penumbra existente entre el dolo eventual y la imprudencia consciente la delimitación de unos conceptos que son graduales (Molina Fernández, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, Bogotá, 2007, *passim*), la graduación de las penas podría evitar problemas. Además, por supuesto, siempre es fundamental seguir contando con una buena formación técnica de los jueces y con una instancia judicial eficaz para el control de la razonable regularidad de las interpretaciones jurisdiccionales.