

PROF. GUSTAVO VITALE. DOLO COMO REALIZACIÓN TÍPICA CONSCIENTE Y QUERIDA.
(SOLO DE QUIENES LA VEN Y NO DE LOS CIEGOS -INCLUSO DELIBERADOS- NI DE QUIENES
VEN MERAS EVENTUALIDADES). 139-161. REVISTA CENIPEC. 37. 2025. ENERO-
DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. GUSTAVO VITALE

**DOLO COMO REALIZACIÓN TÍPICA CONSCIENTE Y QUERIDA.
(SOLO DE QUIENES LA VEN Y NO DE LOS CIEGOS -INCLUSO
DELIBERADOS- NI DE QUIENES VEN MERAS EVENTUALIDADES)**

Recepción: 16/08/2025

Aceptación: 15/11/2025.

Prof. Gustavo Vitale
glvitale@yahoo.com.ar
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL COMAHUE
NEUQUÉN - ARGENTINA

Resumen

El dolo, en cuanto forma más grave de responsabilidad penal subjetiva, requiere el *conocimiento* de la *segura o prácticamente segura* realización de los elementos objetivos del tipo, además de su producción deliberada. Sin embargo, en la discusión actual la *indiferencia* o *aceptación* por parte del autor de la tipicidad de su conducta, así como la falta de conocimiento de los elementos objetivos del tipo (sea deliberada o por lo que algunos llaman “ceguera”), vienen considerándose dentro del concepto del dolo, a pesar de tratarse de supuestos que no habilitan para la pena del actuar doloso.

Palabras clave: dolo, conocimiento, voluntad, ignorancia, ceguera.

Criminal intent as a specific conscious and desired phenomenon. (Only of those who see it and not of the blind – including those who deliberate – nor of those who see mere eventualities)

Abstract

Criminal intent, as the most serious form of subjective criminal responsibility, requires knowledge of the certain or practically certain achievement of the objective elements of a type of crime, in addition to their deliberate production. However, in current discussions the actor’s indifference to or acceptance of the criminal elements of his behavior (whether deliberate or because of what some call “blindness”) is starting to be seen as a form of criminal intent, despite involving assumptions that do not support the punishment of criminal intent.

Key words: criminal intent, knowledge, volition, ignorance, blindness.

**Le dol comme réalisation typique consciente et voulue
(uniquement pour ceux qui voient effectivement -non
pour les aveugles, même délibérés, ni pour ceux qui
n’aperçoivent que de simples éventualités)**

Résumé

Le dol, en tant que forme la plus grave de responsabilité pénale subjective, suppose la connaissance de la réalisation certaine ou pratiquement certaine des éléments objectifs de l’infraction, ainsi que la volonté délibérée de les produire. Toutefois, le débat contemporain tend à inclure dans la notion de dol l’indifférence ou l’acceptation par l’auteur de la typicité de son comportement, de même que l’absence de connaissance des éléments objectifs -qu’elle soit délibérée ou relève de ce que certains qualifient de «cécité volontaire». Or, ces situations ne justifient pas l’application du régime répressif réservé aux comportements véritablement intentionnels.

Mots clés: dol, connaissance, volonté, ignorance, cécité volontaire.

**Dolo como um ato típico, consciente e deliberado.
(Apenas para aqueles que a enxergam, não para os
cegos -mesmo os deliberadamente cegos- nem para
aqueles que veem meras eventualidades)**

Resumo

O dolo, como a forma mais grave de responsabilidade penal subjetiva, exige o conhecimento do cometimento certo, ou praticamente certo dos elementos objetivos do crime, além de sua prática deliberada. Contudo, nos debates atuais, a indiferença ou a aceitação do autor em relação à natureza criminosa de sua conduta, bem como a falta de conhecimento dos elementos objetivos do crime (seja deliberada ou decorrente do que alguns chamam de “cegueira”), estão sendo consideradas no âmbito do conceito de intenção, apesar de serem situações que não justificam punição por atos intencionais.

Palavras chave: dolo, conhecimento, vontade, ignorância, cegueira.

1.- Introducción

El alcance del concepto de dolo y culpa tiene gran actualidad y consecuencias tremendas en la aplicación diaria del poder punitivo. No se trata de una problemática abstracta de poca significación práctica, sino, por el contrario, de ella depende no solo la imposición de penas demasiado diferentes sino, incluso, la propia punibilidad o no de una conducta humana¹. En lo que sigue se abordará la forma como se viene entendiendo el concepto del dolo, previa consideración de algunos casos, seguido de una breve exposición sobre las nociones que representan su problemática y en concreto la del denominado dolo eventual, cuya aplicación a supuestos que se hallan en terrenos de la culpa grave conduce a una desproporcionada ampliación del poder punitivo.

2.- Casos

Veamos algunos casos:

Caso 1 (Homicidio deliberado)

Alguien conduce un vehículo automotor y, al ver a una persona cruzando la calle, en lugar de evitar arrollarla, acelera y le dirige el automóvil directamente a su persona con el fin de atropellarla y matarla.

Caso 2 (Homicidio culposo)

Alguien conduce un vehículo automotor un día de lluvia y, al ver a una persona cruzando la calle, hace todo lo posible para evitar arrollarla y matarla, pero no puede evitarlo porque circula a mayor velocidad de la permitida en ese lugar y sin limpiaparabrisas, sabiendo que es posible la producción de ese resultado.

Caso 3 (Homicidio gravemente culposo o cometido con culpa temeraria)

Alguien conduce un vehículo automotor un día de lluvia, arrollando y matando a una persona que cruzaba la calle, debido a que, además de

¹ Tuve la oportunidad de referirme a estas cuestiones en *Dolo como actuar deliberado. Su distinción con la culpa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2º edición actualizada, 2018 y en *Límites constitucionales al poder penal. Acerca del proceso, del delito y de la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 2024.

circular a mayor velocidad de la permitida y sin limpiaparabrisas, lo hacía de noche y sin luces, sabiendo que es posible la producción de ese resultado.

Caso 4 (Atípica tentativa de transporte de estupefacientes gravemente culposo o con culpa temeraria)

Alguien acepta trasladar una bolsa desde la frontera con Bolivia hasta la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, recibiendo a cambio 500 dólares, sabiendo que es *posible* que contenga algo prohibido (como, por ejemplo, drogas, armas o material pornográfico que implica a menores de edad), pero sin saberlo a ciencia cierta y sin cerciorarse de ello abriendo el paquete o pidiendo al comitente que se lo abra. A mitad de camino es legalmente requisado y se le secuestra 1 kilogramo de cocaína.

Los casos descriptos muestran conductas humanas distintas y, además, distinguibles entre sí con alguna razonable previsibilidad.

No hay duda que el caso 1 (homicidio doloso -deliberado-) es más grave que el 2 (homicidio culposo) y tampoco hay duda que el 3 (homicidio con culpa grave o temeraria) es más grave que el 2 (con culpa simple) pero menos grave que el 1 (que el doloso).

Una cosa es realizar una conducta típica *sabiendo* el autor que la producirá *seguro o prácticamente seguro* y con el fin de realizarla (caso 1) y otra cosa distinta (y de diferente gravedad) es realizarla conociendo solo la *posibilidad* de su producción (casos 2, 3 y 4).

Al mismo tiempo, realizar la lesividad típica que se conoce como *posible* y *tratar de evitarla* (caso 2) es diferente que realizarla *sin importarle su posible producción* (caso 3). Cabe aclarar que la distinta gravedad de estos casos, entre sí, es más sutil y menos clara que la existente entre ellos y el caso 1 (que es un caso de producción típica dolosa o deliberada).

Por otro lado, la realización típica conocida solo como *posible*, cuando el autor hubiera podido conocer la certeza o casi certeza de su producción -que no conoció- (caso 4 -el autor no sabía con certeza que llevaba drogas, armas, material pornográfico o alguna otra cosa que suponía que podía

ser de transporte ilegal-) es menos grave que la ocasionada por parte de quien conoció, sin dudar, la efectiva entrega de una droga (situación semejante a la del caso 1). Es más, en el caso 4, los delitos de transporte ilegal de drogas, armas o material pornográfico están previstos en la ley como dolosos y la ley no contempla el mismo hecho culposo como delito, por lo cual la falta de dolo importa la atipicidad de la conducta (no la “impunidad”, sino la no punibilidad por falta de tipicidad).

Por supuesto que la actuación *dolosa* requiere siempre *saber* que la realización típica se producirá *irremediablemente* (o con la casi certeza), *no siendo suficiente el conocimiento de la mera posibilidad de realización, además de querer producir esa lesividad* (caso 1). Por eso no es dolosa la actuación con lo que muchos mal llaman “dolo eventual” (que no es dolo sino culpa grave o temeraria -caso 3-), ni con lo que algunos presentan como “ceguera en los hechos” o como “ignorancia deliberada” (aunque en muchos de los casos que suelen ser incluidos en estos dos últimos supuestos el autor sabe que es *posible* la realización típica -lo cual funda la actuación con culpa o imprudencia-).

Resulta entendible y razonable brindar el mismo tratamiento punitivo (la pena del dolo) al obrar con conocimiento efectivo de la *certeza* de producción de los elementos típicos y al obrar con conocimiento de la *muy alta probabilidad* de concurrencia de dichos elementos (de la casi certeza). Ello es así porque hay una línea demasiado fina entre saber que mato *seguro* y saber que es *casi seguro* que mato (que hay *casi certeza, muy alta probabilidad* o una *probabilidad rayana a la certeza*). Pero, en cambio, no puede legítimamente imponerse la misma pena que corresponde al que obró con certeza homicida a quien solo sabe que *puede* matar (que es posible que mate). Allí la diferencia es notoria. La mayor gravedad o más grave actitud de quien realiza la tipicidad sabiendo que la producirá seguro o casi seguro es patente respecto de quien solo piensa que es posible (es decir, que acepta la posibilidad de producirla o de no producirla). En otros términos, conocer la certeza no es lo mismo que conocer la posibilidad.

Del mismo modo, la actuación *culposa* demanda, en todos los casos, el *conocimiento* por parte del autor de la realización *posible* de la tipicidad

(producción que, normalmente, no es querida por el autor). De acuerdo con esto, solo se justifica la punición de conductas culposas conscientes (casos 2 y 3) y nunca la punición de la denominada “culpa inconsciente” (que constituye, en rigor, una forma de responsabilidad penal objetiva -contraria a la normativa fundamental-).

3.- Dos aspectos relevantes de la problemática del dolo

Voy a referirme a continuación a dos problemas relativos a la presente temática (aunque en verdad ambos son parte del mismo problema): a) el dolo como elemento subjetivo del tipo no comprende el mal llamado “dolo eventual”; b) no es dolosa la actuación con lo que suele denominarse “ceguera en los hechos” o “ignorancia deliberada”.

3.1.- Concepto restrictivo de dolo

El dolo como realización típica efectivamente conocida y querida. Inexistencia del mal llamado “dolo eventual” y su naturaleza de “culpa grave o temeraria”

En legislaciones penales como la argentina, el dolo -como elemento subjetivo del tipo y concepto restrictivo de la punibilidad- debe comprender necesariamente el *conocimiento* y la *voluntad* de realización típica, como sus elementos básicos. Para obrar con dolo, entonces, el autor debe realizar la lesividad típica *sabiendo* que la producirá y *queriendo* producirla.

Ello surge tanto de normas supremas como de la valoración conjunta de una serie de normas jurídicas nacionales.

Para entender la base normativa del aludido concepto de dolo, conviene tomar en cuenta los efectos que produce la afirmación del dolo o de la culpa como formas de responsabilidad subjetiva. Es decir, ante todo es importante saber qué consecuencias trae aparejada la caracterización de una conducta como dolosa o culposa. Si se ignorara este punto de partida, la construcción teórica estaría asentada en una nube de polvo o solo en lo que a cada uno le gustaría que fuera.

En primer lugar, de la afirmación del dolo o de la culpa depende nada más ni nada menos que el carácter punible o no de la mayoría de las conductas descriptas como delito en el Código Penal y en las leyes penales especiales vigentes en la República Argentina.

Ello es así porque la mayoría de los delitos legalmente previstos solo puede cometerse con dolo (ya que, en su texto, no existen delitos culposos correlativos). Es el caso de los abortos (salvo el preterintencional), abusos de armas, abandonos de personas, abusos sexuales, matrimonios ilegales, supresión y suposición de estado civil e identidad, reducción a esclavitud o servidumbre, privaciones ilegales de la libertad, desaparición forzada de personas, trata de personas, amenazas y coacciones, violación de domicilio, allanamientos ilegales, violación de secretos, hurtos, robos, extorsiones, estafas y otras defraudaciones, usura, usurpaciones, daños, instigación pública a cometer delitos, incitación pública a la violencia colectiva, traición, delitos contra la paz de la Nación, delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, la casi totalidad de los delitos contra la administración pública, falsificación de moneda y documentos y casi todos los delitos contra la fe pública, los fraudes al comercio e industria, los delitos vinculados con estupefacientes, la mayoría de los previstos en el Código Aduanero y, en general, la gran mayoría de los delitos previstos tanto en el Código Penal como en las distintas leyes penales especiales. Cualquiera de estos delitos solo puede ser cometido dolosamente, de modo que su comisión culposa no es punible².

De allí que el concepto de dolo (del que, en todos estos casos, depende la punibilidad) debe abarcar casos *mucho* más graves que los comprendidos en el concepto de culpa, pues de otro modo no se explicaría que, directamente, uno sea delito (punible) y el otro no.

Entonces, una primera base legal para apoyar en ella un concepto restrictivo de dolo, que abarque solo los casos de mayor gravedad, es el texto de

² Que una conducta no sea *punible* no significa que existe *impunidad*, pues la punibilidad debe ser la excepción y la no punibilidad la regla (lo no prohibido está permitido; y lo permitido no configura impunidad).

todos los tipos penales que describen delitos dolosos sin delitos culposos correlativos.

Al mismo tiempo, algunos delitos dolosos tienen, en la ley, delitos culposos correlativos. Ello sucede en casos como el homicidio, lesiones, secuestro coactivo o extorsivo -doloso- seguidos de muerte intencional (dolosa) o no querida por el autor (muerte culposa), violación de los deberes de vigilancia o no adopción de los recaudos necesarios que hubieran evitado una tortura, incendios y otros estragos, descarrilamiento, naufragio, varamiento, desastre aéreo, envenenamiento de aguas, alimentos o medicinas o propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas, suministro ilegal de sustancias medicinales, dar culposamente la ocasión para la comisión de un peculado, encubrimiento, provocación culposa de una evasión. Se trata de un número reducido de casos (en relación al total de los delitos previstos) que admiten su realización típica con dolo (con más pena) y con culpa (con menos pena). Es importante recordar que la diferencia de pena entre el mismo hecho doloso y culposo es enorme (por ejemplo: un homicidio culposo se encuentra reprimido con prisión de 1 a 5 años y, en caso de culpa grave o temeraria, con prisión de 3 a 6 años, mientras que un homicidio doloso tiene prevista la pena de prisión de 8 a 25 años o, incluso, prisión perpetua.

Este es otro dato legal trascendente, que debe tenerse en cuenta al momento de definir el dolo y la culpa, y que reclama un concepto restringido de dolo (que comprenda los casos de *mucha* mayor gravedad) y un concepto de culpa que abarque también la culpa grave o temeraria (que muchos tratan como una clase de dolo, a través de la ilegal e ilegítima categoría mal denominada “dolo eventual” -que no es dolo sino culpa-).

Por ende, una segunda base legal de un concepto restrictivo de dolo, comprensivo de los delitos más graves, la constituye, entonces, el texto de todos los tipos penales dolosos y el de los culposos correlativos, cuando existen.

Una tercera base legal se encuentra contenida en el art. 34 inc. 1, del Código Penal argentino, que declara no punible a quien no puede comprender la criminalidad de su acto o dirigir sus acciones por error o

ignorancia de hecho no imputable. De allí que la punibilidad dolosa requiere el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal (no siendo punible la actuación con ignorancia o error no imputable o insalvable). La ignorancia o error salvable o evitable sobre un elemento objetivo del tipo penal, en cambio, deja abierta la posibilidad de tipicidad culposa, siempre que exista un tipo penal que penalice la actuación con esa forma de responsabilidad penal subjetiva. Esta exigencia de conocimiento de los elementos típicos no se compadece con la actuación con ignorancia acerca de ellos.

Un cuarto apoyo legal para asentar en él un concepto de dolo lo más restrictivo posible lo encontramos en el texto del art. 42 del Código Penal argentino, que exige para la punición de la tentativa de un delito la actuación con el “fin” de cometer un delito determinado. Y ese fin es, precisamente, el elemento volitivo del dolo: el querer, el obrar con intención, con el propósito o con el objetivo de realizar la lesividad típica. Este elemento subjetivo es incompatible con la mera aceptación de la posibilidad de realización típica (propia de los que obran con culpa grave o temeraria -y que muchos sostienen con lo que mal llaman “dolo eventual”, que no es dolo sino culpa-).

Una quinta referencia legal que puede tomarse en cuenta para defender un concepto restringido de dolo, con conocimiento y voluntad de realizar la tipicidad, es la contenida en los arts. 47 y 48 del Código Penal argentino, que hace expresa mención a la necesidad de obrar con querer y con conocimiento de lo que se hace (la ley hace mención a lo que el cómplice “quiso” o “prometió” -art. 47- y a las circunstancias “que fueren conocidas por el partícipe” -art. 48-).

Una sexta base legal de un concepto de dolo limitativo de la punibilidad está prevista en el texto expreso de los arts. 84 bis y 94 bis del Código Penal argentino, que contemplan la categoría de la “culpa temeraria”, con mayor pena que la culpa simple y menor pena que el actuar doloso (con lo que se deja en claro que la culpa grave o temeraria -que muchos autores mal llaman “dolo eventual”- para la ley, es una forma de culpa y no de dolo, por comprender el conocimiento solo de la *posibilidad* de producción de la tipicidad y por faltar la actuación “con el fin de cometer un delito determinado”). Además, en el debate parlamentario, se habla de culpa

temeraria como aquella en la que el autor obró “*con manifiesto desprecio por la vida de los demás*”.

A esas fuentes puede, todavía, agregarse una octava: la previsión legal de una mayor agravación de la pena para un delito cuando se producen resultados “intencionales” que para cuando se producen resultados “no queridos”. Tal es el caso de los delitos de secuestro coactivo y de secuestro extorsivo, que contemplan la pena de prisión perpetua “si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida” (arts. 142 bis, párr. 4 y 170, párr. 4, del CP) y una pena mucho menor si se produjera la muerte como circunstancia “no querida”. Esta terminología (causación *intencional* o *no querida* de la muerte de otra persona) alude a la producción dolosa o culposa de ese resultado más grave.

Todas las normas mencionadas son bases legales que pueden y deben ser valoradas a la hora de construir y distinguir los conceptos de dolo y culpa y, por tanto, de habilitar o no al poder punitivo, o de habilitarlo en una magnitud demasiado diferente.

Si, por las razones indicadas, el dolo debe consistir en la actuación típica conocida y querida (sabiendo que se producirá la lesividad típica y queriendo ocasionarla), solo hay dos clases de dolo: el de primer grado (comúnmente llamado dolo directo de primer grado) y el de segundo grado (conocido como dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias).

Aquellos que afirman la existencia de una tercera clase de dolo (el mal llamado “dolo eventual”), habilitan la pena del delito *doloso* para conductas solo *culposas*, por lo cual su caracterización como *dolo* vulnera una serie de garantías constitucionales básicas (el principio de racionalidad de los actos de gobierno, de igualdad ante la ley, de legalidad y de proporcionalidad de la pena).

Además, la pretensión de aplicar la pena del dolo a la mera previsión de resultados típicos posibles (bajo pretexto de “dolo eventual”) desconoce la expresa necesidad de *intención* y *conocimiento* de los elementos materiales del crimen, como condición de la pena, exigida por el Estatuto de Roma (art. 30, 1).

El Estatuto de Roma, entonces, constituye también una base legal a considerar para asentar en ella un concepto de dolo que abarque la realización típica con conocimiento e intención de realizarla.

Obviamente, en el mal llamado “dolo eventual” el autor no actúa *queriendo* realizar la tipicidad y menos con *intención* de producirla. Por ello no puede nunca sostenerse que el “eventual” es dolo, sino que, por el contrario, se trata de una actuación con culpa grave o temeraria.

Sobre este punto, es cada vez mayor el número de autores que desconocen la categoría del mal denominado “dolo eventual”, por no tratarse de un obrar doloso, sino culposo (con culpa grave o temeraria). Es el caso, entre los que pudimos corroborar de Rodríguez Muñoz³, Bustos Ramírez (1984), Duloup (1995), Binder (2004), Niño (2006), Silvestroni (2007), Gutiérrez (2011), Tenca (2012), Manrique Pérez (2012), Pennizi (2014), Zaffaroni (2023) y Zaffaroni y Espina (2025).

3.2.- El desconocimiento de la realización típica excluye el dolo (sea “deliberado” o por “ceguera”)

El conocimiento de la mera *posibilidad* de realización típica solo puede fundar la culpa. Si el dolo requiere una actuación típica consciente y deliberada, todo error o ignorancia sobre cualquier elemento objetivo del tipo (“error de tipo”) elimina el dolo. Si bien todo error de tipo excluye la actuación dolosa, cuando ese error es vencible o imputable a la imprudencia del autor deja subsistente la actuación culposa (cuya punibilidad dependerá de la existencia de un tipo penal culposo correlativo al doloso).

Los efectos recién señalados (exclusión del dolo por error o ignorancia de tipo) se producen en todo caso de error o ignorancia sobre un elemento constitutivo del tipo penal.

Ejemplo: si alguien no sabe que hay cocaína en el paquete que traslada de un lugar a otro por encargo y a cambio de dinero, nunca podrá ser

³ Nota del autor al libro de Mezger, E. (1955). *Tratado de derecho penal. Tomo II*. Revista de Derecho Privado. Madrid, pp. 178 y ss.

condenado por transporte de estupefacientes. Ello es así, aunque el autor tenga dudas acerca de si lleva cocaína o no. Si tiene dudas sobre ese punto y, en base a ello, no sabe si lleva o no cocaína (la que solo se le presenta como posible), no actúa con el conocimiento exigido para la actuación dolosa. Será ese un ejemplo de transporte de drogas culposo, que, como tal, no está previsto como delito en nuestra legislación.

A los efectos de la tipicidad (y luego punibilidad) o no de la conducta, no resulta relevante que el autor desconozca el tipo deliberadamente o no, pues si lo desconoce falta un elemento esencial del dolo, por lo cual nunca podrá actuar dolosamente. Claro que el desconocimiento tiene que ser tal al no poder probarse el conocimiento (extremo que debe acreditarse como todo presupuesto de la punibilidad). Pero ese necesario conocimiento (para obrar con dolo) debe probarse y nunca puede presumirse. La caracterización como dolosa de la falta deliberada de conocimiento de la tipicidad importa una ilegítima presunción de dolo (y, por ende, de responsabilidad penal). Si el autor, por la razón que sea, no conoció la tipicidad, no puede afirmarse su actuación dolosa. Es más, si no habiendo conocido la segura tipicidad, no conoció siquiera la *posibilidad* de producción típica de su conducta tampoco podrá sostenerse que obró con culpa.

La equiparación del *desconocimiento* deliberado o provocado de los elementos típicos con su *conocimiento* efectivo, propio del dolo, importa una ilegítima aplicación de la ley penal a casos análogos (que aquí incluso ni siquiera lo son). Cuando la ley exige dolo, el conocimiento de la realización típica, como elemento subjetivo, no puede afirmarse si concurren en el caso solo circunstancias fácticas que pretenden ser “equiparadas” a ese conocimiento (pero que no son tal).

Esto no debiera generar ninguna preocupación, como la que plantean aquellos que piensan que la ignorancia deliberada acerca de los elementos objetivos de un tipo penal podría producir “impunidad” si no se aplicara, en esos supuestos, la pena de la actuación dolosa.

Este supuesto riesgo de “impunidad” lo señaló, por ejemplo, Ragués i Vallès, al decir que “el amplio alcance del dolo como modalidad de

imputación subjetiva, que abarca desde los casos de auténtica intención hasta aquellos supuestos en los que el sujeto simplemente se representa el riesgo de realización típica, permite evitar que la gran mayoría de tales supuestos permanezca impune” (2013: 17).

En verdad, tal supuesto de “impunidad” no existe más que en la imaginación de algunas personas. Es que, desde el vamos, la afirmación de la *no punibilidad* de una conducta (por ejemplo, por falta de dolo) no constituye un caso de impunidad (sino de atipicidad). Con ese criterio podría llegarse al absurdo de sostener que todos los casos de exclusión de la conducta, de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad o de la punibilidad serían supuestos de “impunidad”. La exclusión del dolo en un caso particular no solo no constituye impunidad alguna, sino que incluso ello no impide la realización de la tipicidad culposa de la conducta (siempre que exista en la ley un tipo culposo correlativo; por ejemplo, si no hay dolo de homicidio podrá haber homicidio culposo y tratarse de un caso de punibilidad). Si, por el contrario, no existe un tipo culposo correlativo, será ese un caso de no punibilidad (y nunca de “impunidad”, pues esta última importa la voluntad de no juzgar o de no condenar al autor de un delito -y eso no tiene nada que ver con la exclusión del dolo o de cualquier otro elemento del concepto de delito-).

En el caso 4 brindado al comienzo (conocimiento de la mera *posibilidad* -o riesgo- de transporte ilegal), si no hay dolo de transporte de drogas, de armas o de material pornográfico, entonces, el hecho no es típico de esos delitos (ni de un delito culposo, por no existir en la ley el delito de transporte culposo de esos objetos). Pero eso, reitero, no es “impunidad” (no importa voluntad alguna de encubrir al autor de un delito o de no juzgarlo o condenarlo), sino que constituye uno de los tantos casos de no punibilidad (que incluso no descarta otra forma de responsabilidad, distinta de la penal).

Lo cierto es que no debe ampliarse el concepto de dolo para penalizar el caso que a cada intérprete de la ley le parezca que deba ser punible (o para imponer *mayor* pena porque a alguien le resulta esa una mejor solución). En tal sentido, no es legítima la construcción de ninguna teoría penal desde supuestas exigencias de “merecimiento de pena” defendidas por cada intérprete de la ley, que nada tienen que ver con los límites

constitucionales y convencionales impuestos a todo ejercicio de poder punitivo. Un ejemplo de esta elaboración teórica carente de legitimidad suprema lo constituye la defensa de una actuación dolosa sin real y efectivo conocimiento de los elementos objetivos de la tipicidad y sin voluntad de realización.

El problema del citado caso 4 será básicamente probatorio, debiéndose determinar si el autor supo o no, a ciencia cierta, que transportaba alguno de esos objetos. Si, en el proceso penal, se concluyera que solo conocía la *posibilidad* de transportar alguno de tales objetos (pero no la seguridad o la casi certeza), no solo no hay dolo de transportarlos, sino que resulta justo que no sea penalizado por ese delito doloso (por falta de intención u obrar deliberado). Esto último se explica porque el autor del transporte ilegal que solo conoce la *posibilidad* de llevar drogas, armas o material pornográfico no está seguro de llevar alguno de tales objetos, por lo que incluso sabe que podría no llevar ninguno de ellos. Aunque el autor supiera que es posible que lleve alguno de esos objetos, como no lo sabe seguro (o casi seguro) no puede descartar que lleve otros objetos distintos, tanto de transporte legal como, incluso, ilegal, como sería por ejemplo cierta cantidad de dinero o productos medicinales de venta prohibida.

Los elementos objetivos del tipo penal (como son, en el caso 4, las drogas, las armas o el material pornográfico) deben probarse en el proceso y nunca presumirse, del mismo modo que debe acreditarse la concurrencia, en el caso, de los elementos subjetivos del tipo, como es en este caso el dolo de transporte de drogas, de armas o del objeto que corresponda (según cuál sea el tipo penal analizado). Y si no pudiera probarse el dolo de transporte de drogas, de transporte de armas o del delito que corresponda, entonces la conducta será atípica, de ese tipo penal, por falta de dolo.

Distinto sería el caso en el cual, por las circunstancias particulares de su comisión, se tuviera por probado el conocimiento propio del dolo de uno de esos delitos. Por ejemplo, podría sostenerse que la persona que transportó cocaína fue ya detenida, en varias ocasiones, llevando esa misma sustancia a cambio de dinero, por lo cual -sea o no correcto- podría tenerse por probado que, en este caso, sabía qué era lo que llevaba consigo (sabía que portaba cocaína). Reitero, la actuación dolosa exige que se

tenga por probado en el proceso penal que el autor conocía efectivamente la realización de los elementos objetivos del tipo penal en cuestión.

Si fuera cierto lo que suele decirse (que “si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora”⁴) entonces directamente debiera decirse que la llamada “ignorancia deliberada” no es un caso de ignorancia, sino de conocimiento de lo que quiere ignorarse. Y ello no es así. Si el autor conociera efectivamente que transporta cocaína, por ejemplo, no habría dificultad alguna en calificar el hecho como transporte doloso de cocaína. Pero lo cierto es que, en la llamada ignorancia deliberada, el autor no conoce (de allí que sea un caso de ignorancia) un elemento del tipo penal (en nuestro ejemplo, no conoce que transporta cocaína), por lo cual ese caso nunca puede configurar un supuesto de tipicidad dolosa de transporte de esa droga.

Lo que no puede hacerse legítimamente es presumir el conocimiento típico y la presencia del dolo, sin acreditar su concurrencia con la certeza requerida por el principio supremo de presunción de inocencia.

Es decir, aunque el imputado alegara desconocer que transportaba cocaína, es posible que, en algún supuesto particular, ello no sea creíble, porque las circunstancias del caso demuestran lo contrario. Pero, a todo evento, tal *conocimiento* de la tipicidad de su conducta debe ser *probado* y nunca *presumido* o dado por probado (porque se sostenga que, en tales circunstancias, debió conocer -y no conoció porque no quiso-). Si alguien obra desconociendo algo porque no quiere conocerlo, lo importante es que no lo conoció; y si no conoció, no puede ser tratado como si lo hubiera conocido. El conocimiento efectivo de la tipicidad no puede faltar en ningún actuar doloso, ni puede ser sustituido por el “debió conocer”.

La pretensión de imputar subjetivamente una conducta por lo que se dice que *debió* haber conocido el autor (que no conoció) constituye una flagrante violación al principio constitucional de responsabilidad penal subjetiva. Si en

⁴ Sobre esta manifestación contenida en una decisión del Tribunal Supremo Español, véase en Ragués (2013a: 24).

determinada circunstancia se dice que una persona *debió haber conocido* lo que *no conoció* y se le pretende imputar una conducta *dolosa* realizada en ese contexto (sobre la base de que otra persona “prudente” o “racional”, en su lugar, hubiera tenido tal conocimiento), se le estaría imputando esa conducta y sus consecuencias solo por los efectos que produce (es decir, se le estaría imputando esa conducta solo por el resultado que produce, constituyendo una forma de responsabilidad penal objetiva). Esa sería una imputación no por lo que el autor supo y pudo evitar, sino por lo que hizo sin saber porque otra persona en su lugar hubiera podido conocer y evitar. Se trata, en suma, de una imputación por las características del autor (por su ceguera, es decir por no haber visto lo que se dice que otro, en su lugar, hubiera reconocido). No es legítimo imputar a alguien lo que otro hubiera visto, en su lugar, pues la imputación penal requiere probar la conducta del autor (y sus propios conocimientos) y no la conducta de otra persona (con los conocimientos de esta otra). Si otra persona hubiera visto lo que el autor no vio, entonces solo podría afirmarse el dolo de la conducta de ese otro (si ese otro fuera juzgado, claro), pero no de la conducta del autor juzgado, que no vio lo mismo. Cabe recordar, en tal sentido, que la responsabilidad penal es personal, por la conducta propia y nunca por la ajena.

Aplicar la pena más grave del dolo a lo que se ha llamado “ceguera en los hechos” o a lo que suele denominarse “ignorancia deliberada”, es semejante a la invocada “ceguera en el derecho” o “ceguera jurídica” que, para Edmund Mezger, era propia de la actuación de los enemigos del derecho, que eran aquellos que no podían reconocer la antijuridicidad de su obrar, por lo cual consideraba que esas personas debían sufrir la pena del obrar doloso, a pesar de no haber conocido la antijuridicidad de su conducta, debido a su “actitud hostil al derecho”.

De acuerdo con esto, decía el citado penalista⁵ que “nadie puede invocar una ‘actitud hostil al derecho’, esto es, una actitud que sea incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y la injusticia” (1958: 248). En

⁵ Cuyo compromiso con el nacionalsocialismo alemán ha sido hoy ampliamente divulgado, por todos Muñoz (2003).

otras palabras, sostenía que ciertas personas no podían conocer la antijuridicidad de su obrar por tener una actitud de hostilidad o enemistad al derecho y que, por esa razón (por ese déficit cognoscitivo) debían ser tratadas con la pena del delito doloso, de la misma manera que si hubieran actuado con dicha conciencia. En tal sentido, dicho autor afirmaba que “aún en el caso en que le *falta* al autor la ‘conciencia de la antijuridicidad’, subsiste su dolo, si, en su origen, la falta depende de una concepción equivocada acerca de lo que es el derecho y el injusto, esto es, de una actitud que es incompatible con una concepción sana de lo que ambos son” (1958: 250).

Para Mezger, “el autor no debe invocar que no ha entendido nada acerca de lo que es el derecho y la ley y que, *por consiguiente*, no ha reconocido la ilicitud del hecho ... Solo al autor que observa ... una actitud *jurídica*, le será disculpable, en el caso particular, un desconocimiento intercurrente sobre los límites entre el derecho y lo injusto. Por lo tanto, la exigencia de la ‘conciencia de la antijuridicidad’, como elemento del dolo, debe hallar su contrapeso en la exigencia de una orientación conforme a derecho en toda la conducta ... la hostilidad al derecho es equiparable al dolo en sus consecuencias jurídicas, pero no en el concepto. Si *falta* la conciencia de la antijuridicidad, el dolo no puede existir ... Pero, los casos descritos de la ‘*hostilidad al derecho*’ *se equiparan, en cuanto a los efectos jurídicos, a la acción dolosa y están sometidos a la misma pena* ... Subsiste aquí, por regla general, una ‘*culpabilidad por la conducta de vida*’ del autor ... y también el *principio general* ... de que nadie puede invocar, para su beneficio, haber actuado de acuerdo con un criterio *incompatible* con una concepción sana de lo que es el derecho y lo injusto ... Llamamos a esa actitud una *actitud hostil al derecho* ... y le asignamos el efecto de sustituir la falta de la conciencia del injusto” (1958: 250). Por ello el mismo autor aclara que “el *error* del autor acerca de la antijuridicidad de hecho es *irrelevante si depende de su actitud incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y el injusto*. Esta defensa contra la ‘hostilidad al derecho’ obedece a un *principio* general del derecho” Diremos, *resumiendo*, lo siguiente: ... la *forma básica* jurídico-penal de la *culpabilidad* exige, con respecto a las *circunstancias de hecho*, sin excepciones, el *dolo*; y, con respecto a la *antijuridicidad*

del hecho, exige el *dolo* o *una actitud del autor* incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y el injusto” ... a lo que agrega que “ninguna actitud abyecta en perjuicio de la colectividad podrá eludir una pena justa” (1958: 255).

No hay duda alguna que la referida pretensión de aplicar la pena más grave, del delito doloso, a quienes no pueden reconocer la antijuridicidad de su conducta (por lo que Mezger denominaba enemistad u hostilidad al derecho) es una forma proscripta de derecho penal de autor. Se postulaba la más grave penalización, por el delito doloso, a las personas que, por tener un determinado déficit cognitivo, no se daban cuenta de la antijuridicidad de su conducta (que, para ese autor, era un elemento del concepto de dolo).

Algo similar ocurre con la represiva propuesta de aplicar la pena más severa, del obrar doloso, a los que no pueden reconocer todos los elementos objetivos de la tipicidad de su conducta, ya sea por su comportamiento “*irracional*”, *objetivamente desafiante de “realidades empíricas obvias”* o por su actitud de indiferencia, desaprensión o búsqueda de la ignorancia sobre su realización.

Esa pretensión es propia de quienes postulan la aplicación de la pena más grave del delito doloso no solo para los casos de culpa grave o temeraria (a la que mal llaman “dolo eventual”), sino además para los supuestos que denominan “ceguera en los hechos” o “ignorancia deliberada”, que son, también, formas de derecho penal de autor.

En otras palabras, estas ilegítimas pretensiones, con la misma injusticia e ilegitimidad propia de la pretensa culpabilidad por la conducción de vida del autor (de Mezger), postulan la aplicación de la mayor o única pena de la actuación dolosa para aquellas personas que, por su “irracionalidad” cognitiva o por su “ignorancia intencional” (¿?), no conozcan alguno de los elementos objetivos del tipo penal.

Es más, la ilegitimidad constitucional de tal construcción salta a la vista desde el mismo momento en que, como se acaba de decir, se pretende fundar la pena del dolo no en el *conocimiento* de la tipicidad sino, en

cambio, en la supuesta irracionalidad o intencionalidad de tal *falta de conocimiento*. En otros términos, también aquí se procura sustituir el *conocimiento* del tipo por el “*debía conocer*” y, así, se propone condenar al ciego (como si fuera vidente) porque no puede ver. Se dice: “usted no vio lo que debía ver”, por lo cual “lo condeno por lo que no vio”, porque “debió verlo”, como lo hubiera hecho otra persona “racional” en su lugar. “A usted lo condeno por irracional”.

Por esa razón, estas posturas sostienen que el que no conoce la tipicidad de su conducta, debido a su irracional oposición al derecho, es un “enemigo del derecho”⁶ (o, para decirlo con palabras de Mezger, demuestra su “hostilidad al derecho”, dando lugar a un supuesto de “culpabilidad por la conducción de vida del autor”). En rigor, la supuesta e invocada “enemistad” al derecho (del pretendido autor doloso sin conocimiento intencionado o irracional de la tipicidad) sería, para tales propuestas expansionistas del poder punitivo, una forma de tipicidad dolosa “por la conducción de vida del autor” (es decir, por su “irracionalidad” desafiante de supuestas realidades empíricas “obvias” o por su intencionado obrar sin conocer).

Incluso autores que defienden estas categorías alertan sobre el peligro de expansión indebida del concepto de dolo a que dan lugar. Es el caso de Ramón Ragués i Vallès, para quien “En muchos supuestos el recurso a esta doctrina es tan innecesario como poco recomendable por el evidente peligro de ampliación injustificada del ámbito de lo doloso, por la pérdida de criterios claros de diferenciación entre lo doloso y lo imprudente y porque, en la práctica, su uso ha ido acompañado de una evidente merma en la necesaria motivación de las razones por las que el juez considera que concurren los presupuestos fácticos que permite aplicar la figura del dolo” (2013b: 144).

En suma, las graves e irracionales consecuencias a las que da lugar la pretensión de tratar las realizaciones típicas no conocidas como dolosas (en los casos que se presentan como de “ceguera en los hechos” o como

⁶ Así lo denomina, por ejemplo, Michael Pawlik (puede verse, sobre su concepción del dolo y de la culpa, en Pérez, G. (2022). “¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre la ceguera ante los hechos y la ignorancia deliberada”, en *Revista CENIPEC*, N° 34, año 2022, Mérida: Venezuela).

“ignorancia deliberada”) llevan a la necesidad de rechazar enérgicamente cualquiera de estas propuestas constitutivas de verdaderas formas de derecho penal de autor y de responsabilidad penal objetiva (contrarias al sistema de garantías contenido en la normativa constitucional y convencional).

4.- Conclusión

Teniendo presente lo referido, lo menos que puede decirse es, en primer término, que la realización típica *dolosa*, al habilitar mayor pena que la culposa y en la mayoría de los casos directamente la punibilidad, es más grave que la *culposa* y exige la producción *consciente y deliberada* de la efectiva lesividad. Segundo, que la tipicidad *culposa* solo demanda la realización típica consciente de la *posibilidad* de producción de la lesividad que le es propia. Y tercero, que la exigencia, para el dolo, de un obrar *intencional o deliberado* excluye al mal llamado “dolo eventual” de la categoría del dolo, por ser una forma grave de culpa. Además, que el obrar doloso también requiera de la *consciencia* de la segura -o casi segura- realización típica, no permite fundar el dolo en ningún caso de ignorancia (ni buscada ni propia de los que actúan por lo que algunos denominan “ceguera en los hechos”, bajo pena de constituir formas de responsabilidad penal objetiva y derecho penal de autor).

Referencias bibliográficas

- Binder, A. (2004). *Introducción al derecho penal*. Ad-Hoc., s.r.l. Buenos Aires.
- Bustos Ramírez, Juan. (1984). *Manual de derecho penal español, Parte general*. Ariel. Barcelona: España.
- Duloup, O. (1995). *Teoría del delito*. Hammurabi. Buenos Aires.
- Gutiérrez, M. (2002). *Contra el dolo eventual*, en “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal”, n° 1, Ad-Hoc, s.r.l. Buenos Aires.
- Manrique, M. (2012). *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Marcial Pons, Madrid.
- Mezger, E. (1955). *Tratado de derecho penal. Tomo II*. Revista de Derecho Privado. Madrid.

- _____ (1958). *Derecho penal, parte general. Libro de estudio*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- Muñoz, F. (2003). *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. (4ª ed.). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia: España.
- Niño, L. (2006). *¿Dolo eventual o culpa temeraria?*, en *El derecho penal en tiempos de cambios, Libro homenaje al Profesor Luis Fernando Niño, Arnel Medina Cuenca (coord.)*, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, UNIJURIS, Unión Nacional de Juristas. Habana.
- Pennisi, A. (2014). *Dolo eventual y tentativa de homicidio*. en “Revista Intercátedras”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infojus, Buenos Aires.
- Pérez, G. (2022). “¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre la ceguera ante los hechos y la ignorancia deliberada, en Revista CENIPEC N° 34, enero de 2022). Mérida: Venezuela.
- Ragués, R. (2013). *A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva*, ISSN 1515-7326, n° 13, 2|2013, pp. 139-166; Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.
- _____ (2013). *Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*, ISSN 1515-7326, n° 13, 2|2013, pp. 11 a 38; Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.
- Silvestroni, M. (2007). *Teoría constitucional del delito*. Editores del Puerto. Buenos Aires.
- Tenca, A. (2012). *Dolo eventual: una creación dogmática en perjuicio del imputado. Razones para su eliminación*, LL, On Line, del 29/4/2012.
- Vitale, G. (2018). *Dolo como actuar deliberado. Su distinción con la culpa*. (2º edición actualizada). Hammurabi, Buenos Aires.
- _____ (2024). *Límites constitucionales al poder penal. Acerca del proceso, del delito y de la pena*, Hammurabi, Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. (2023). *Lineamientos de derecho penal*. (2ª ed.). EDIAR. Buenos Aires.
- _____ y Espina, N. (2025). *¿Dolo o culpa? La cuestión de la culpa temeraria*. EDIAR. Buenos Aires.