

Prólogo del profesor doctor Jorge de la Rúa

La obra de Gabriel Pérez Barberá, que aquí prologo, aborda la compleja temática de la determinación de los límites entre dolo e imprudencia. Y puede decirse sin duda alguna que es uno de esos trabajos que aparecen, muy de tiempo en tiempo, en la bibliografía de una disciplina, y en particular en la materia penal; constituye un hito en los estudios jurídicos, tanto en el tema objeto del libro como en las repercusiones que en otros ámbitos del derecho penal él puede tener.

Cuando digo esto me estoy refiriendo a una obra que a la par de presentar de un modo exhaustivo la dogmática penal alemana, toma firmes posiciones en la cuestión científica, valiéndose con soltura de los más modernos recursos metodológicos, en especial de otras ciencias.

Se ha valido, en primer lugar, de un concepto lógico que muchas veces ha pasado desapercibido: la esencia de una cosa está en la parte más simple a la que se le reconoce la conceptualización de esa cosa. Sobre la base de ello, a la esencia del dolo la encuentra Pérez Barberá no en las formas de intervención intensa o relativamente intensa de la representación o de la voluntad, en las formas de dolo directo o indirecto, sino en la forma más leve, o de mínima intensidad, que es el dolo eventual.

Esto le permitirá liberarse de la disputa relacionada con la intensidad de la representación y de la voluntad, que serán sólo aditamentos para establecer formas más explícitas o fuertes del dolo, pero no para conceptualizar al dolo en sí mismo.

Claro está que este planteo, formulado en el plano de los contenidos psíquicos, necesita a su vez explicar por qué la forma que denominamos comúnmente “dolo eventual”, es dolo. Esto es, por qué es también dolo, cuando no hay pleno conocimiento o cuando no hay plena voluntad. Y es aquí donde, con el auxilio de la teoría del lenguaje y de las ciencias humanas, formula Pérez Barberá una conclusión de importancia: el dolo no es un dato

empírico como elemento físico o psíquico, sino que es un concepto normativo derivado de los fines del derecho penal y, especialmente, de la *ratio legis* de su castigo más intenso en comparación con el más leve que le corresponde a la imprudencia. Y se formula sobre la base de la reprochabilidad objetiva de existir *ex ante* la probabilidad de prever el apartamiento de una regla jurídico-penal. Si esa probabilidad es privilegiada, es dolo; si es atenuada, es imprudencia.

Las implicancias de la concepción de Pérez Barberá son notables. En la medida en que la normatividad aleja al dato psíquico de la esencia del dolo, relegándolo a presupuesto destinado a ser base de una construcción normativa, se advierte de suyo una ruptura o al menos una discontinuidad con el dolo neutro del finalismo, y con las construcciones que implícitamente, aunque no compartan la teoría finalista, conservan la metodología del tipo subjetivo (como la mayoría de los autores modernos). En alguna medida, la normativización del dolo que formula el autor, frente al dolo neutro, reproduce el proceso de normativización de la culpabilidad, frente a la concepción psicológica. Por otra parte, parece producirse igual replicación entre la previsibilidad del apartamiento de una regla jurídico-penal y la posibilidad de la comprensión de la criminalidad de nuestro Código Penal, o de la ilicitud de los autores alemanes. ¿Pero —entonces— hay un desplazamiento o retorno, aunque quizás parcial, del dolo a la culpabilidad?; ¿se está volviendo, acaso, a que el error de prohibición elimina el dolo?

Pérez Barberá parece llegar a tales consecuencias, sin perjuicio de que, además, da un paso muy significativo y polémico: el dolo puede darse sin ningún nivel de saber o de querer, en la medida que resulta una exigibilidad de ese saber o querer ante la previsibilidad privilegiada. Esto es: un deber de conocimiento. La doctrina tradicional reserva ese deber de conocimiento para fundamentar, también normativamente, a la culpa, especialmente en la negligencia. De ese modo, la cuestión en la concepción del autor residiría en la intensidad del deber frente al nivel privilegiado o no de su previsibilidad. Y esto relativiza significativamente la distinción esencial entre dolo y culpa.

Lo precedente son nada más que especulaciones frente a los contenidos de una obra excepcional. Justamente, el gran mérito de un trabajo científico es generar tales movimientos en el pensamiento jurídico, provocando un replanteo de múltiples conceptos. Y a esto, como se ve, el autor lo ha logrado con creces.

Pero cabe otro enfoque para la excelente obra que prologamos. He sido director de la tesis de Pérez Barbera, de modo conjunto con el profesor Claus Roxin. La tarea del director de tesis, en casos excepcionales como el de Pérez Barberá, apunta por sobre todo a optimizar —con el adecuado empleo

del tiempo y de la escritura— calidades individuales extraordinarias. Su vocación de investigador lo llevó a pasar, durante la redacción de la tesis, largos tiempos en el Instituto para las Ciencias Penales Conjuntas de la Universidad de Múnich, dirigido en ese tiempo por Claus Roxin, en una esforzada tarea que tuvo, me consta, enormes sacrificios personales y familiares. Tal tiempo de investigación explica el amplio dominio de la doctrina germana, la que expone con una integridad que no tiene precedentes.

En lo que atañe a la Universidad de Córdoba, otorgante del grado académico máximo, donde Pérez Barberá cursó sus estudios y despliega su docencia, cuya primera etapa fue en nuestra cátedra, es importante resaltar que esta obra se encuentra en línea con la producción en esta casa de estudios, que tuvo, a partir de las obras integrales sobre derecho penal argentino de sus profesores Sebastián Soler (1940) y Ricardo Núñez (1958), un papel protagónico en el diseño de una auténtica y consolidada dogmática penal argentina. La incorporación integral, y con sus repercusiones sistemáticas, de los desarrollos de esta obra a los estudios dogmáticos de Argentina es la futura tarea del profesor Pérez Barberá, para que ella no quede en una mera dogmática de importación y, sin desconocer el valor de una dogmática universalizada, procure la elaboración de los principios de la materia sobre la base de la normativa local.