

## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

El catedrático de la Universidad del Comahue, Profesor Gustavo Vitale, me ha honrado una vez más al encargarme la redacción de un prólogo para la nueva edición, ampliada y actualizada, de la obra en la que enfoca el tema del dolo como voluntad directa y su distinción con la culpa.

Mucho me place la tarea y por diversos motivos. Me unen a Gustavo genuinos lazos de fraterna amistad, robustecidos por un ideario común en materia jurídica-penal. La monografía que aquí se presenta con el sello de la destacada editorial Hammurabi es muestra valedera de su clara vocación humanista. Fiel a su estilo, se alza vigorosamente contra un polémico concepto de la teoría del delito cuya subsistencia en la doctrina y en la praxis judicial se ha traducido inveteradamente en un lamentable expansionismo punitivo. Y mi satisfacción es mayor aún al compartir con otro estimado amigo y colega, el Profesor Alberto Binder, el entusiasta introito a una monografía tan lúcida como inspiradora para todo estudioso del derecho que practique el saludable ejercicio de reflexionar hasta las propias bases de su saber, sin apegarse a formulaciones dogmáticas.

Estimo que el mayor tropiezo que enfrenta quien aborda con talante crítico la tradicional equiparación del dolo como voluntad directa y el llamado “dolo eventual” radica en apelar a lo obvio y ensayar, una vez más, la demostración de su disparidad conceptual, cuando es evidente que la propia noción de “dolo eventual” configura un oxímoron, a poco que se revise el significado del sustantivo —voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud— y el del adjetivo, que alude a un hecho o circunstancia de realización incierta o conjetural, como nos enseña paladinamente el diccionario.

Parece juicioso, entonces, preguntar a qué puede deberse la tenacidad de tantos juristas en preservar esa flagrante *contradictio in terminis*.

Vitale somete a riguroso estudio las diversas posturas de la doctrina penal nacional y extranjera; pone de relieve la falta de toda explicación racional, por parte de destacadas figuras de la que se ha dado en denominar nuestra escuela clásica.

ca, al asumir la opción de introducir en el preciso marco semántico del dolo lo que no pasa de ser mera aquiescencia del agente ante lo que él vislumbra como apenas contingente. También se ocupa de demostrar acabadamente las palmarias inconsistencias en las que se enredan otros conocidos autores, más recientes, en sus intentos de desvirtuar la base legal que el art.42 de nuestro *CP* de 1921 provee al dolo, como fin de cometer un cierto delito; y remata su afinada obra de deconstrucción censurando a quienes, resueltamente, vacían de volición y—aun—de conciencia al maltrecho vocablo, reduciéndolo a la mera posibilidad de conocer un riesgo para el bien jurídico ajeno, y pretenden confeccionar una equivalencia que les permita proponer la misma respuesta punitiva prevista para quien, con pleno conocimiento de su gobierno de la causalidad, decide delinquir, a aquel que afecta bienes jurídicos ajenos, aun sin preverlo, en virtud de una torpeza tan irracional— a los ojos del propio intérprete— como para reputarlo hostil al derecho.

Tal vez corresponda situar en el terreno de la política criminal ese esfuerzo denodado por fabricar simetrías faltas de toda correspondencia con la realidad. Lo que, en verdad, pareciera disgustar a quienes fustigan al sujeto que procede con indiferencia es su deserción al cumplimiento de los roles hipotéticamente asignados por el orden social imperante, su íntima indolencia frente al mandato estatal, o bien su virtual ceguera ante la norma, reveladora de una supuesta enemistad con lo instituido.

Mal que pese admitirlo, relativizando una concepción democrática y liberal como la que la Ilustración se afanó en diseñar, protectora de los derechos y garantías del individuo frente a la pulsión irrefrenable del avance estatal, una parte de la teoría penal contemporánea acaba desbaratando la definición, emergente del juego armónico de los arts. 18 y 19 de nuestra *CN*, que discierne al derecho penal como un sistema discontinuo de ilicitudes, para realzar, mediante la inopinada generalización de categorías más propias de las dos modalidades típicas minoritarias en cualquier elenco penal—la culposa y la omisiva— la figura del ser humano como permanente portador de deberes de cuidado y de neutralización de riesgos. En esa metamorfosis del sujeto de derechos en titular de deberes no hay lugar para la apatía: el desinterés ha de valer tanto como la franca motivación contraria a la norma.

Frente a tales desvaríos, el autor que nos convoca clama, en definitiva, por devolver vigencia a aquel universo de ideas en el que el individuo solo aparece limitado en su obrar conforme a derecho por un conjunto de prohibiciones muy concretas y por un catálogo sumamente acotado de obligaciones. Y, con ese claro cometido, denuncia hasta el cansancio que la decisión de gobernar el orden causal y encaminarlo decididamente hacia un resultado vedado por una norma no puede asimilarse a la de quien prevé la sola posibilidad de un suceso derivable de su conducta, a cuya concreción no aspira, y actúa sin interesarse por el curso de los acontecimientos posteriores.

Si no se quiere confundir el orden moral con el jurídico, si se mantiene en alto el baluarte de un derecho penal de acto y de responsabilidad, y si, en verdad, ha de defenderse un ordenamiento normativo presidido por razones y proporciones, deberá partirse por diferenciar situaciones que ni objetiva ni subjetivamente se corresponden y cogitar, coherentemente, consecuencias legales diversas, que respeten esa falta de correspondencia.

La ocasión es sumamente propicia: a la hora de redactar este proemio, una nueva Comisión, creada mediante el decr. 103/2017 del Poder Ejecutivo Nacional, publicado en el *Boletín Oficial* del 14 de febrero de ese año, prepara la reforma integral del Código Penal argentino. La anterior, que sesionó desde 2012 hasta 2014, había decidido prescindir oportunamente del ambiguo e infundado concepto de dolo eventual, declarando desde el primer artículo del pertinente Anteproyecto, que solo se considerarían delitos “las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia”. Complementaba tal decisión con la introducción del concepto de culpa grave o temeraria. Por añadidura, la ley 27.347, publicada oficialmente el 6 de enero de 2017, ha incluido en el cuerpo de leyes todavía vigente a dicha culpa temeraria, aunque acompañada por un heterogéneo repertorio de circunstancias agravantes, referidas al homicidio culposo y a las lesiones de igual índole, en los arts. 84 *bis* y 94 *bis*, respectivamente.

En síntesis, la culpa grave o temeraria ya está asumida como tal y debidamente distinguida de la culpa leve, dentro del orden jurídico argentino. Es hora de dar el segundo y trascendental paso sobre el particular: desalojar el confuso constructo del dolo eventual, insatisfactorio productor de jurisprudencia vacilante y arbitraria, y de la inseguridad jurídica que de aquella discurre.

Para esa crucial tarea, el libro de Gustavo Vitale se yergue como herramienta de inmejorable aptitud. Es de esperar que sepan aprovecharlo los representantes del pueblo en su quehacer parlamentario.

**LUIS FERNANDO NIÑO**

25 de febrero de 2018