

¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
Universidad Pompeu Fabra

I. Introducción

Los editores de la revista *Pensar en derecho* me han honrado confiándome la elaboración de un comentario al artículo publicado en su primer número por uno de los más prestigiosos penalistas argentinos actuales, el profesor Gabriel Pérez Barberá¹, que ya ha sido objeto de comentario en ese mismo número por otro distinguido colega, el profesor Fernando Córdoba². El lector, sin embargo, no debe temer aburridas repeticiones de argumentos. Mientras que en su contribución Fernando Córdoba tilda de “numerosas” las coincidencias³ de sus planteamientos con los de Pérez Barberá⁴, a mí, a pesar de su coherencia interna y el gran despliegue de elaboración conceptual, su propuesta no me convence, ni en sus fundamentos metodológicos ni en sus resultados axiológicos.

En “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, Pérez Barberá nos invita a reformular profundamente nuestro

1. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, *Pensar en Derecho* N°1, 2012, pp. 169-211.

2. “Dolo y evitabilidad individual”, *Pensar en derecho* N°1, 2012, pp. 213-226.

3. Córdoba, Fernando: *op. cit.* en nota 2, p. 213.

4. Razón por la cual, antes que por el análisis de las tesis de Pérez Barberá, opta por el desarrollo de un aspecto que “bien podría ser considerado complementario”: la necesidad, antes de atender al contenido comunicativo de un acto, de verificar su evitabilidad individual. *Ibid.*

concepto de dolo. Tan profundamente, de hecho, que la propuesta pasa por abandonar los que tradicionalmente se han venido considerando sus dos elementos esenciales: tanto su componente volitivo como su componente cognitivo. La primera propuesta, el abandono o el severo recorte de la importancia concedida al elemento volitivo, es ciertamente común en la doctrina penal contemporánea⁵ (aunque en lo que alcanzo todavía no mayoritaria). Por el contrario, prescindir del llamado elemento cognitivo es una propuesta muy novedosa⁶, y sus implicaciones van en realidad más allá de la reformulación del concepto de dolo para abarcar toda la imputación subjetiva.

La clave de la reformulación por Pérez Barberá de lo que hoy se conoce como tipo subjetivo viene dada por la tesis de que los conceptos de dolo e imprudencia presentan en realidad una unidad cualitativa y la diferencia entre ellos es “de grado y no de índole” (201), al menos, en terminología del autor, “en el nivel semántico” (201)⁷. Y si se puede sostener esta tesis, se nos

5. Así lo reconoce Pérez Barberá (174): “La afirmación de que la voluntad no debe jugar ningún papel en el ámbito del concepto de dolo no constituye ninguna novedad”. En adelante, a menos que se advierta lo contrario, las referencias numéricas entre paréntesis se referirán a las páginas del artículo de Pérez Barberá.

6. Pérez Barberá entiende que única (177): “Sólo la tesis que aquí desarrollo constituye una auténtica excepción a este panorama general” (de exigencia de la representación del autor para hablar de dolo).

7. Como se ha puesto de manifiesto, “el uso que se hace de los términos ‘semántica’ y ‘pragmática’ en la bibliografía dista mucho de ser claro” (v. Acero, Juan José, Bustos, Eduardo, Quesada, Daniel: *Introducción a la Filosofía del Lenguaje*, Cátedra, Madrid 1995, p. 42). En su sentido más habitual, basado en la tripartición de la semiótica llevada a cabo por Charles Morris, “sintaxis” es el estudio de las combinaciones de signos que dan lugar a expresiones bien formadas en un lenguaje, “semántica” es el estudio abstracto del significado de los signos con independencia de los contextos específicos en que son utilizados y “pragmática” el estudio de los aspectos contextuales relativos al uso de signos (Acero, Bustos, Quesada, *op. cit.*, *loc. cit.*). La indicación por Pérez Barberá (173) de que “el dolo” es sintácticamente una propiedad definitoria de un caso genérico, semánticamente una propiedad normativa y pragmáticamente “tiene el sentido ilocucionario de una valoración” no resulta compatible con los expuestos usos de los términos “sintaxis”, “semántica” y “pragmática”. Además, tampoco resulta coherente: después de declarar que el dolo es semánticamente una propiedad normativa (173), luego se afirma que “Gracias a la aproximación sintáctica puede saberse ya cómo funciona el dolo. Ha quedado claro que el dolo no es un dato fáctico (un hecho o una propiedad empírica) sino una propiedad normativa” (185), afirmación de la que resulta que el carácter normativo del

dice, ello es así porque el elemento que habitualmente se considera distintivo del dolo y que le atribuiría especialidad cualitativa, la exigencia de un estado mental, en realidad no es (no debe ser considerado) un requisito del dolo. Por el contrario, “el dolo, al igual que la imprudencia, no es un hecho psíquico, sino una propiedad normativa que caracteriza a una determinada clase de caso” (169).

No sería poca revolución la anterior, pero la propuesta de Pérez Barberá va aún más lejos, desarrollando de modo internamente coherente su postura para concluir que no se trata sólo de que entre dolo e imprudencia no exista cesura conceptual (siendo su diferencia meramente cuantitativa), sino que, además, algunos de los casos que tradicionalmente se han venido considerando como supuestos de dolo son realmente supuestos de imprudencia. Y viceversa: algunos casos que la doctrina tradicional se resiste a conceptualizar como dolosos en realidad tienen tal condición. En sus palabras:

“Si bien es claro que propongo una reducción del ámbito conceptual del dolo para los casos de tentativas irreales y supersticiosas, y también para los supuestos de lo que denomino ‘consumación objetivamente inesperada’, no es menos cierto que propongo también una ampliación del ámbito del dolo para los casos de ceguera ante los hechos” (198-199).

Con el concepto tradicional de dolo las cuestiones de demarcación entre este concepto y el de imprudencia pasaban por la existencia de conocimiento, puesto que de no existir éste se entendía que se estaba ante un caso

dolo no tendría que ver con el análisis semántico, sino ya con el sintáctico. Finalmente, su tratamiento conjunto de las perspectivas semántica y pragmática en la “Aproximación semántico-pragmática al concepto de dolo” (185-202) se aviene mal con el carácter diferenciado que a ambas categorías atribuye la moderna filosofía del lenguaje, en la que la distinción “semántica/pragmática” es uno de los más intensos campos de discusión intelectual (v. por ejemplo Soames, Scott: *Philosophy of Language*, Princeton University Press, Princeton 2010, *passim*, especialmente pp. 145-173 y, para una visión más “pro-pragmática”, Sperber, Dan, Wilson, Deirdre: “Pragmatics”, en Jackson, Smith (eds.), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2005, pp. 468-501). Sin embargo, y dado que la utilización por Pérez Barberá de los términos “sintaxis”, “semántica” y “pragmática” no desempeña ningún papel sustantivo en su teoría (aunque él sostenga lo contrario, v. 185), no profundizaré en la cuestión.

de imprudencia (sin representación). Sólo en el caso de que el sujeto tuviera conocimiento se debía uno preguntar si estaba ante dolo o imprudencia (con representación), una tarea a la que, con más o menos acierto, se han venido dedicando esforzadamente las teorías del dolo, especialmente las relativas al dolo eventual. En vano, entiende Pérez Barberá, porque el problema (y la solución) están en otro lado: el problema es la insistencia en exigir conocimiento como un elemento constitutivo del dolo; la solución, coherentemente, es dejar de hacerlo.

Como a Pérez Barberá, a mí lo que esencialmente me preocupa en esta materia es la adecuación axiológica de las soluciones a las que se llega. Sin embargo, como he adelantado, a mí sus soluciones me resultan injustas, y preferibles aquellas a las que se llega con la actual propuesta mayoritaria de entender que el dolo debe incluir *algún tipo* de elemento volitivo y *algún tipo* de componente cognoscitivo. La expresión “algún tipo”, manifiestamente vaga, se enfatiza en la anterior frase para mostrar su carácter de “cerca semántica” (*semantic hedge*), en el sentido de Lakoff⁸, reconociendo que son muchos los problemas del concepto tradicional, y por tanto mucho el camino que resta por transitar. Sin embargo, una teoría normativa con problemas conceptuales no debe ser sustituida por otra teoría normativa con sus propios problemas y que alcanza soluciones menos justas. Veámoslo con algo más de detalle.

II. El “normativismo” y la elaboración de conceptos prescriptivos en Derecho penal

Hace ya 14 años del urgente reclamo de Puppe: “Ya es hora de que en la moderna dogmática jurídico-penal ‘normativa’, la expresión ‘normativo’ se trate de forma más cuidadosa y diferenciada de lo que ha sucedido hasta ahora”⁹. Sin embargo, es fácil comprobar que ello no ha ocurrido. En

8. Como es sabido, Lakoff introdujo este concepto para intentar avanzar en la posibilidad de una lógica de enunciados vagos (en la menos precisa denominación que se ha impuesto, “lógica borrosa”). V. Lakoff, George: “Hedges: A Study in Meaning Criteria and the Logic of Fuzzy Concepts” en *Journal of Philosophical Logic* 2, 1973, pp. 458-508.

9. Puppe, Ingeborg: “Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik”, en la misma: *Strafrechtsdogmatische Analysen*, V & R Uni Press, Bonn, 2006, p. 429 (publicado originalmente en 1999).

la moderna dogmática jurídico-penal, tanto en la que se autodefine como “normativa” como en la que no se identifica con tal etiqueta, la expresión se sigue utilizando de los modos más diversos, antes como un término emotivo (positivo, para los “normativistas”, negativo para quienes no lo son) que como un término suficientemente descriptivo de alguna manera de hacer dogmática.

En esta contribución no pretendo intervenir en una discusión que tiene trazas de encaminarse hacia un desenlace similar al que tuvo la en su día también muy reñida disputa entre el concepto causal y el concepto final de acción, esto es, uno con muy escaso rendimiento práctico¹⁰. Sin embargo, la noción de “normativismo” juega un papel muy relevante en la contribución de Pérez Barberá, cuya crítica a otras concepciones del dolo se puede clasificar tripartitamente atendiendo a las tachas de “insuficientemente normativistas” (o “empíricas”), “incoherentemente normativistas” y “excesivamente normativistas”. Así pues, resulta conveniente manifestar mi posición al respecto.

Si por “normativismo” se entiende la tesis conforme a la cual la creación de conceptos jurídicos prescriptivos está conceptualmente desvinculada de los datos fácticos, entonces soy un normativista radical, dado que entiendo que, en el discurso prescriptivo en general, no sólo en el jurídico, la realidad subyacente no ofrece límites a la construcción. Ni la realidad “material” (los “hechos brutos” de Searle) ni la “normativa” (los “hechos institucionales”¹¹)¹². Tres rápidos añadidos a lo que se acaba de decir:

10. Pocos dudan hoy de que la discusión entre causalistas y finalistas sobre el concepto de acción fue una polémica excesiva cuyo estéril final debería haber sido anticipado por el hecho de que los feroces contrincantes coincidían punto por punto en la identificación de las causas que excluían la acción, como apunta por ejemplo Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. (puesta al día por Víctor Gómez Martín), Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 183-185, 216.

11. Esta archiconocida distinción puede verse, por ejemplo, en Searle, John: *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 10-11.

12. Según mi entendimiento, por tanto, el “normativismo” coincide parcialmente con lo que Pérez Barberá denomina “método teleológico, conforme al cual no corresponde inferir nada a partir de premisas ónticas” (186). Ello, siempre que se añada que no corresponde inferir nada “normativo”, dado que a partir de premisas ónticas (*rectius*: factuales) pueden hacerse inferencias que resulten en conclusiones de ese mismo tipo. Según entiendo, sin embargo, la definición de “método teleológico” avanzada por Pérez Barberá no es la más adecuada para referirse a tal método, al menos según éste se ha venido en-

- La construcción conceptual en Derecho puede tener buenos motivos para indagar la situación material subyacente, lo que es de hecho imprescindible si lo que se pretende es que las normas tengan efectos prácticos sobre la conducta de los colectivos que pretenden regir. Pero esto tiene que ver con la efectividad de la regulación, y no con su validez ni con su vigencia¹³.

- En un ordenamiento jurídico concreto y en un momento específico el derecho vigente puede de forma contingente decidir plasmar una determinada concepción de un concepto jurídico. En tal ordenamiento, las posibilidades de *descripción* del concepto según el derecho vigente resultarían restringidas por el sentido de la definición legalmente adoptada. Sin embargo, de manera prescriptiva podrá seguir sosteniéndose cualquier otro concepto¹⁴.

tendiendo, que presupone sólo la orientación a fines, sin vincularse con tesis alguna sobre la relación entre lo fáctico y lo normativo.

13. Resulta interesante que los “no normativistas”, quienes manifiestan tanta preocupación por el anclaje de las categorías jurídicas a “la realidad”, luego no se ocupen de indagar cuál es la situación fáctica a la hora de proponer sus teorías. Es sin duda sorprendente la neutralización del inicialmente fecundo movimiento hacia un “Derecho penal orientado a las consecuencias” por aproximaciones teóricas que entienden por “consecuencias” las intrasistemáticas y no las extrasistemáticas. Pero este desarrollo es algo que ya he descrito y lamentado en otro lugar, v. Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo: “La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo (¿Es el Derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)”, en Octavio de Toledo *et al.*: *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 859 y ss.

14. Aunque mi interés se centra en la construcción de conceptos prescriptivos, dedicaré unas pocas líneas a la cuestión de si el concepto de dolo propuesto por Pérez Barberá se aviene con el ordenamiento jurídico alemán, como afirma (177-180; el autor también sostiene que lo hace con el argentino, pero mis muy limitados conocimientos sobre éste exigen que no me pronuncie al respecto). Tal afirmación resulta poco convincente. Su propuesta excluye la relevancia de voluntad para la concurrencia del dolo, mientras que el ordenamiento jurídico-penal alemán vigente, en el artículo 16 (intitulado “Error sobre los elementos del tipo”), afirma que “Quien en la ejecución del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo, no actúa dolosamente”. Siendo los estados mentales “conocimiento” y “no conocimiento” mutuamente excluyentes, conforme al Derecho penal alemán sólo puede haber dolo con conocimiento, porque en caso contrario (ausencia de conocimiento) el artículo 16 excluye la existencia de dolo. En consecuencia, parece

- Que la construcción conceptual prescriptiva no tenga límites *a priori* no significa que no esté sometida a criterios de adecuación. Nadie lo ha expresado mejor que Genaro Carrió, para quien, “si esta adjudicación de sentido no es arbitraria (y no tiene por qué serlo), estará guiada por ciertos *standards* valorativos, sociales políticos, económicos, etc., a la luz de los cuales se aprecian y sopesan las consecuencias de la inclusión o exclusión”¹⁵.

Esta noción de la construcción conceptual prescriptiva en Derecho permite mostrar la insuficiencia del primer movimiento argumentativo de Pérez Barberá, consistente en quedarse sin competidores mediante la prueba de la incoherencia interna de las posiciones rivales. Según espero argüir, en este movimiento Pérez Barberá no es lo suficientemente distintivo, incluyendo dentro de un mismo saco planteamientos irreconciliables, algunos ciertamente inasumibles, otros no.

a) *Concepto normativo vs concepto no normativo (o empírico) de dolo*

Repárese para empezar en la siguiente afirmación, en la que el autor, recordando la objetivación del concepto de imprudencia, se lamenta de que

“no se comprende por qué no se ha concluido lo mismo respecto del dolo, al que se lo continúa considerando un dato fáctico, psíquico, concretamente un estado mental (conocimiento, voluntad, etc.), o, en

imposible afirmar que el conocimiento no es, en el Derecho alemán vigente, un requisito del dolo (a menos que se quiera hacer la extravagante afirmación de que siempre tiene que concurrir para que haya dolo pero no es un requisito del mismo). Como se acaba de afirmar en el texto, que la descripción del concepto de dolo en el ordenamiento alemán incluya el conocimiento no impide en cualquier caso seguir sosteniendo (*lege ferenda*) un concepto prescriptivo de dolo divergente y que no exija este elemento.

15. Carrió, Genaro: “Sobre la Interpretación”, en *Notas sobre Derecho y lenguaje*, p. 57 (se cita por la 4ª ed., de 1990, si bien el artículo original es de 1964). En el pasaje citado Carrió se refiere a la asignación de sentido en las “zonas de penumbra” de los términos utilizados por el Derecho positivo (argumentación *lege lata* en los intersticios del lenguaje legal), pero es evidente que sus palabras también se aplican a la argumentación *lege ferenda*, en la que ni siquiera existe el límite impuesto por la concordancia con el Derecho positivo.

el mejor de los casos un concepto normativo que exige no obstante la presencia ineludible de conocimiento o de representación efectiva, por parte del autor, del peligro creado, o de la posibilidad de su realización” (171, nota omitida).

Por contraposición, y dado que la segunda parte de la afirmación habla de “un concepto normativo”, cabe entender que la primera parte se refiere a conceptos “no normativos” de dolo¹⁶, conforme a los cuales la representación sería un elemento conceptualmente necesario (*a priori*) de la definición de dolo y por lo tanto no puede haber ninguna definición de tal concepto que no incluya tal elemento. Hace tiempo que la extenuante discusión sobre “la naturaleza jurídica” de las instituciones jurídicas debería haber dejado claro que no existen elementos *a priori* que vinculen la construcción de los conceptos jurídicos, de modo que Pérez Barberá tiene razón en que tales conceptos no normativos de dolo son claramente inaceptables. Ahora bien: el autor extiende su juicio de inadecuación a otro tipo de propuestas, a aquellos conceptos autodenominados “normativos” de dolo que sin embargo exigen lo que denomina “la presencia ineludible”¹⁷ de conocimiento o representación por parte del autor.

b) Concepto normativo vs concepto incoherentemente normativo de dolo

Para algunas propuestas, con las que me identifico, la exigencia de conocimiento o representación para poder hablar de dolo no es “ineludible” en el sentido de que haya algo en la realidad que haga imposible hablar de dolo en otro caso. Antes bien, se trata de propuestas que, reconociendo el carácter estipulativo de los conceptos prescriptivos (lo que las diferencia de los conceptos no normativos de dolo), entienden que la mejor estipulación del concepto de dolo incluye este elemento fáctico, la exigencia de representación por parte del autor. Para Pérez Barberá, sin embargo, incluso las

16. El autor poco más adelante se refiere a este tipo de planteamientos como “concepto empírico” de dolo (172).

17. 172, texto en el que se inserta la nota 10. En otras ocasiones el autor habla equivalentemente de la suposición “necesaria” de dichos estados mentales (así, página 172, texto en el que se inserta la nota 12).

propuestas normativas de dolo al uso “en definitiva aceptan una vinculación de tipo conceptual entre ‘dolo’ y el dato psíquico en cuestión” (172)¹⁸.

Lo anterior, sin embargo, es un *non sequitur*, porque de la *propuesta* de que un dato fáctico figure en una definición de un concepto no se sigue que se sostenga la existencia de algún tipo de vinculación necesaria entre el dato fáctico y el concepto¹⁹. Existe una insalvable distancia conceptual entre afirmar que la inclusión de un dato psíquico es parte integrante de la mejor construcción de un concepto y sostener que tal dato psíquico “obligatoriamente” tiene que formar parte del mismo²⁰.

Para Pérez Barberá, “constituye básicamente un error categorial, en el sentido de Ryle, afirmar que un constructo normativo por definición como el dolo sea un hecho psíquico (un estado mental)” (175). Asimismo, “resulta metodológicamente inaceptable un concepto psicológico de dolo, por cuanto está fundado en una falacia *naturalista*” (175). Sin embargo, ninguna de estas críticas puede dirigirse a las concepciones que proponen la inclusión de determinados estados mentales en el concepto de dolo por razones prácticas, sean axiológicas o de otra clase, y no por ningún tipo de “necesidad ontológica”²¹.

18. Que Pérez Barberá considera que los conceptos de dolo que actualmente se consideran normativos no lo son en realidad porque admiten (*rectius*: exigen) elementos psicológicos es claro, no sólo en el anterior pasaje sino también en otros. Por ejemplo: “Una conducta es penalmente típica sólo si es dolosa o si es imprudente; por tanto, debería ser claro que dolo e imprudencia son dos conceptos que pertenecen al mismo ámbito categorial. Sin embargo, ambos son tratados como categorialmente diferentes por la doctrina dominante (imprudencia como concepto normativo, dolo como concepto empírico)” (172).

19. Estoy por tanto de acuerdo con Pérez Barberá cuando afirma el carácter fáctico de nociones como “representación” o “voluntad” (174-175, n. 23).

20. Como veremos *infra*, en el siguiente apartado “c” (nota 22), el mismo Pérez Barberá admite esto expresamente en su discusión de la falacia “normativista”.

21. Por este motivo, no estoy de acuerdo con Pérez Barberá cuando tilda de incoherente a Puppe (171-172, nota 9) por construir un concepto normativo del dolo y al mismo tiempo exigir la existencia de conocimiento. En realidad, es posible entender que el de dolo es un concepto normativo (y que no puede ser otra cosa) pero entender que el conocimiento (un dato fáctico) debe considerarse un elemento del mismo. Lo que caracteriza el entendimiento normativo de la elaboración conceptual no es la ausencia de referencia alguna a datos fácticos, sino la idea de que tal referencia no es obligatoria.

c) *Concepto normativo vs. concepto “falazmente normativo” de dolo*

En una argumentación simétricamente inversa a la anterior, algunos de los conceptos de dolo al uso son objeto de crítica por cometer el error metodológico opuesto a la falacia naturalista: incurrirían en la “falacia normativista”, consistente “en pretender derivar el ser a partir del deber ser” (175). El problema en esta ocasión vendría dado por el intento de normativizar lo que no puede ser normativizado, en concreto “conceptos empíricos, como causalidad, conocimiento, voluntad, etc.” (175).

Semejante proceder le resulta por completo inadecuado a Pérez Barberá, quien entiende que, tratándose de conceptos empíricos, “todo lo que puede hacer normativamente una disciplina jurídica como la dogmática penal es decidir, a partir de un determinado parámetro valorativo, si esos hechos son o no relevantes para el derecho, pero no adjudicarle a tales datos un nuevo ‘significado normativo’. Lo empírico permanece empírico, también para el derecho” (175-176)²². No entender esto, y pretender derivar el ser a partir del deber ser, constituiría la falacia normativa en la que caerían ciertos conceptos de dolo.

Sin embargo, no creo que lo anterior sea una descripción adecuada de lo que preocupa a Pérez Barberá, dado que la afirmación de que “lo empírico” permanece empírico, diga lo que diga el Derecho, es trivialmente cierta²³, y en nada se opone a que, a efectos jurídicos y por razones de utilidad práctica²⁴, el Derecho pueda operar sobre la base de conceptos empíricos y asignarles (prescriptivamente) significados distintos. El sustrato permanece empírico, pero el concepto jurídico puede independizarse del mismo y

22. Como se adelantó (*supra*, n. 20), Pérez Barberá admite lo que negaba en el anterior apartado: es posible sostener un concepto normativo de dolo e incluir elementos fácticos (como la efectiva representación del autor). Al hacerlo, los planteamientos normativistas hacen lo que este autor considera posible hacer: toman un hecho (efectiva representación) y deciden, a partir de un determinado parámetro valorativo, que es relevante para el Derecho. Pérez Barberá tiene razón cuando critica que la utilización de tal parámetro valorativo suele permanecer infrateorizada (al respecto, v. *infra*, apdo. III.a.). Pero ello no significa que no se utilice.

23. Por motivos expositivos (estéticos), reifico en “el Derecho” dos tipos muy distintos de definidores de conceptos: el legislador y el teórico. Al respecto, v. *infra* nota 29.

24. Que incluyen la consecución de resultados axiológicamente valiosos.

añadir nuevos requisitos, e incluso prescindir del sustrato empírico a efectos jurídicos.

Aunque la evolución social lo ha dejado atrás, si lo congelamos en el tiempo el clásico ejemplo de Ulrich Klug²⁵ sigue siendo muy ilustrativo: en un reglamento de casas de baños para mujeres, a continuación de la frase “Sólo se permite la entrada de mujeres” (*Zutritt ist nur Frauen gestattet*) se añadía “A los efectos de este reglamento el encargado de la casa de baños también es mujer” (*Frau im Sinne dieser Badeordnung ist auch der Bademeister*).

Como puede verse, se operaba sobre la base de un sustrato biológico (el sexo del encargado de la casa de baños, entonces necesariamente masculino porque el cargo estaba reservado a varones) para, por razones de utilidad (permitirle moverse libremente por un espacio físico entonces rígidamente segregado por razones de sexo) considerarle, a los solos efectos jurídicos restringidos de la aplicación del reglamento, algo que biológicamente manifiestamente no es: una mujer (o, más precisamente, “también” una mujer)²⁶.

Así, tiene razón Pérez Barberá en que, por mucha redefinición jurídica de su estatus que se efectúe, el encargado de la casa de baños, biológicamente (empíricamente) sigue siendo de sexo masculino. Y, sin embargo, ello no obsta a que jurídicamente (o, como se suele decir, “normativamente”) sea tratado como una mujer en el restringido ámbito de aplicación de una norma específica. Ambas cuestiones se mueven en ámbitos conceptualmente distintos y es por lo tanto perfectamente posible que el Derecho decida “pasar por encima de” ciertas realidades empíricas a la hora de regular una

25. Klug, Ulrich: “Zur Problematik juristischer Definitionen”, en Klug, Ulrich *et al.* (eds.): *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger*, Springer, Berlin *et al.*, 1978, p. 203.

26. Como se adelantó, el ejemplo se ha complicado con la evolución social: afortunadamente hoy en día las mujeres pueden acceder a dicho puesto de trabajo y, también afortunadamente, se ha avanzado en la determinación jurídica del sexo más allá de su vinculación con los genitales (así, algunos ordenamientos, como el español, prevén legalmente la disforia de género, o “disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial”, según la definición del art. 4.1.A.1. de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas).

materia²⁷. Sin que esto signifique que al hacerlo las esté ignorando (en el ejemplo: el Derecho *sabe* que el encargado de la casa de baños biológicamente es un hombre), y sin que tampoco signifique que pretenda cambiar su estatuto empírico (en el ejemplo: el Derecho no afirma que el encargado de la casa de baños sea biológicamente una mujer)²⁸.

A nuestros efectos, el concepto de dolo funciona de la forma en que se viene viendo²⁹. Éste *se puede* configurar a partir de la existencia de ciertas realidades empíricas (como la existencia de voluntad o de representación) para luego ofrecer reformulaciones de las mismas por razones prácticas. Esto es de hecho lo que se hace cuando se entiende que la representación es un elemento común a los tres tipos de dolo mayoritariamente aceptados (de primer grado, de segundo grado y eventual), difiriendo luego éstos entre sí según el contenido del elemento volitivo y el grado de representación exigido³⁰.

27. El Derecho “pasa por encima” de estas realidades empíricas, se dice, porque es evidente que no las ignora: define como mujer al maestro de baños precisamente porque reconoce la existencia empírica de una realidad distinta (el encargado es de sexo masculino) y entiende que este dato le supone una molestia en la consecución de sus objetivos (es óptimo que el encargado pueda acceder a todos los espacios del lugar que dirige).

28. Y, si lo hiciera, simplemente estaría empíricamente equivocado, aunque para ese ordenamiento ese hombre fuera algo tan extraño como “juridicamente una mujer en términos biológicos”.

29. Con una significativa diferencia práctica que sin embargo aquí no juega ningún papel: en el ejemplo que se viene poniendo quien define es el legislador, mientras que en la discusión de Pérez Barberá con la concepción más tradicional del dolo quienes definen son miembros de la doctrina. La diferencia es significativa por la abismal diferencia de autoridad jurídica que existe entre el legislador y la doctrina y su inmediata traducción en los diferentes efectos prácticos de las definiciones que cada uno realiza. Sin embargo, con independencia de quién lo haga y de sus efectos, conceptualmente la cuestión es la misma: definir.

30. Este proceder no es sólo una posibilidad conceptual, sino también práctica, como demuestra el procedimiento seguido por los redactores del influyente “Código Penal Modelo” (*Model Penal Code*) propuesto por el *American Law Institute* estadounidense: ante la ingente variedad nominal y conceptual de formas de imputación subjetiva (*mens rea*) existentes en los distintos ordenamientos jurídicos estadounidenses, se procedió a definir estipulativamente cuatro formas de imputación subjetiva (“Purpose”, “Knowledge”, “Recklessness” y “Negligence”). Las tres primeras presuponen la existencia de representación y se diferencian entre sí por la exigencia de ulteriores requisitos. V. Alexander,

En realidad, una vez dejado atrás el fragor argumentativo del apartado en el que denuncia la incoherencia conceptual del concepto normativo de dolo que acepta elementos psicológicos, el propio Pérez Barberá reconoce su adecuación conceptual:

“Ciertamente, bien podría decirse que es por razones normativas que el conocimiento efectivo del autor debe estar presente para que un caso pueda ser tenido por doloso. Ello, sin embargo, es negado aquí en virtud de las consideraciones de merecimiento de pena indicadas más arriba” (195).

Obsérvese la gran diferencia entre esta afirmación y las que se han venido analizando: en la parte dedicada al análisis conceptual de la definición de dolo, para Pérez Barberá la inclusión de elementos psíquicos en el concepto del dolo constituía una falacia naturalista. Posteriormente, sin embargo, admite que ésta es posible por razones normativas. Es cierto que añade que éstas no pueden convencer. Pero esto supone trasladar la discusión del ámbito conceptual (cómo se puede construir/qué puede incluir el concepto de dolo) al axiológico (cómo conviene construirlo/qué conviene incluir dentro del mismo).

Antes de dar por concluido este apartado conviene detenerse en un último extremo. Aunque los conceptos pueden formularse o reformularse por otras razones, hasta el momento he venido refiriéndome exclusivamente al supuesto de (re)formulación por razones prácticas, entre las que se encuentran, desde luego, la consecución de conceptos jurídicos que faciliten alcanzar soluciones que se consideran axiológicamente más correctas. En esto, creo, no existe ninguna diferencia con el planteamiento de Pérez Barberá, quien sin embargo restringe en exceso las razones por las que tiene sentido (re)formular conceptos cuando afirma:

“ni con respecto al concepto de conocimiento ni con respecto al de voluntad es el uso del lenguaje lo suficientemente ambiguo como para que sea necesario distinguir entre un significado descriptivo y otro

Larry, Ferzan, Kimberly, Morse, Stephen: *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 23-65.

normativo de ambos, como se afirma últimamente en relación, sobre todo, con el denominado elemento voluntativo del dolo (176, nota omitida).

No estoy de acuerdo con que el concepto “voluntad” (a diferencia del de “representación”) sea lo suficientemente preciso como para no necesitar una mayor concreción a efectos jurídicos. Sin embargo, esto no viene ahora al caso. Lo que importa aquí es subrayar que la evitación de la ambigüedad es una razón práctica para considerar procedente (no siempre necesaria) la reformulación de los conceptos, pero no es la única razón práctica posible. Para evidenciarlo, volvamos a nuestro socorrido encargado de la casa de baños.

Cuando decidió “redefinir” al encargado varón como mujer a efectos del reglamento, el legislador no actuó guiado por ninguna necesidad de desambiguar, porque en la época en cuestión el concepto “hombre” no presentaba ambigüedad alguna³¹. Por el contrario, su objetivo práctico era facilitar el trabajo del encargado, permitiéndole, en su condición de mujer a efectos de la aplicación de la norma, el acceso a zonas que el propio reglamento declaraba restringidas al resto de hombres según el concepto biológico del término. Resulta por lo tanto claro que existen razones prácticas distintas de la falta de precisión del lenguaje que pueden avalar la oportunidad de ofrecer una redefinición (o definición estipulativa) de un concepto para lograr ciertos efectos jurídicos. De este modo, la falta de necesidad de desambiguación, se extienda ésta a las nociones de representación y voluntad (como entiende Pérez Barberá) o sólo a la primera (como entiendo yo), no puede ser un argumento contra la posibilidad de redefinición si existen razones prácticas independientes que así lo justifican.

Cuestión distinta, y la realmente importante, es que las distinciones efectuadas por el Derecho o los teóricos tengan sentido práctico. Parecía desde luego tenerlo en su momento la definición estipulativa del reglamento que llamaba a considerar mujer a un hombre para que éste pudiera cumplir con sus funciones. Que la redefinición o definición estipulativa del concepto de dolo tenga sentido dependerá si con ella se consiguen o

31. Al menos en alemán, dado que “hombre” (*Mann*) no funge como sinónimo de “ser humano” (*Mensch*), como sí hace en castellano.

no efectos jurídicos relevantes y aquí, de nuevo, Pérez Barberá y yo estamos plenamente de acuerdo: la construcción del concepto de dolo debe guiarse por consideraciones axiológicas.

III. Axiología, argumentos entimemáticos y ciencias sociales: las razones detrás del planteamiento tradicional y la base de la concepción de Pérez Barberá

a. Los problemas de la posición tradicional: ¿lógicos o axiológicos?

Sin duda le asiste la razón a Pérez Barberá cuando afirma que en muchos casos la fundamentación de la posición axiológica detrás de la actual comprensión del dolo resulta infrateorizada. Ello no debe sorprender (aunque no pueda convencer), dado que es habitual que quienes se ubican en una posición teórica dominante no consideren necesario aportar una fundamentación explícita de su planteamiento³². Pero es fácil ver que, en numerosas ocasiones, cuando se afirma llanamente que la representación o el conocimiento deben ser elementos integrantes del concepto de dolo, estamos en realidad ante un argumento entimemático, en concreto ante uno en el cual la premisa elidida es de naturaleza normativa y su contenido es la afirmación de que, *ceteris paribus*, la representación de la situación peligrosa por parte del sujeto que actúa implica mayor reprochabilidad moral que su ausencia³³.

La usual presencia de este argumento entimemático es de hecho aludida expresamente por Pérez Barberá, quien afirma que los autores que aceptan que el de dolo es un concepto normativo:

32. Ésta es de hecho la función que en la teoría de los programas de investigación científica de Lakatos se atribuye al “núcleo duro” o “parte rígida” de la disciplina: “proteger” (haciendo que se dé por asumido) un marco conceptual para permitir los desarrollos en los márgenes. V. Lakatos, Imre: *The Methodology of Scientific Research Programmes. Philosophical Papers*, vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, pp. 49-52.

33. Entre las circunstancias que deben permanecer constantes para que esto sea cierto se encuentran la probabilidad de lesión del interés protegido y la gravedad de la lesión en caso de producirse efectivamente.

“muchas veces no explicitan las razones (normativas) de por qué ello debe ser así, pues se da por sobreentendido que quien sabe es más responsable que quien no sabe” (172, destacado añadido).

No se trata, por tanto, de que la tesis tradicional, que insiste en la exigencia de un elemento cognitivo y otro volitivo en el dolo, o la menos tradicional, que prescinde del primero, no contengan premisas axiológicas y sin embargo deriven conclusiones de tal tipo de premisas de índole fáctico (lo cual supondría incurrir en la “falacia naturalista”). Por el contrario, lo que ocurre es que las premisas axiológicas no están debidamente explicitadas, de modo que la presentación de tales tesis tiene la forma de un argumento entimemático. Sin embargo, de ser éste el problema, la solución pasaría por acudir al mismo expediente que se emplea ante el resto de argumentos entimemáticos, la explicitación y sometimiento a control de las premisas elididas, y no por la modificación del concepto de dolo para privarle de sus componentes cognitivos y volitivos, que es en lo que consiste la propuesta de Pérez Barberá.

En conclusión, es posible reconstruir la tesis dominante de forma adecuada haciendo las dos cosas siguientes:

- Entendiendo, conforme a una concepción coherente de en qué consiste la normativización de los conceptos jurídicos, que la inclusión de estados mentales como elementos del dolo es sólo una posibilidad cuya activación depende de razones prácticas, y no una obligación conceptual.
- Explicitando la premisa normativa subyacente a esta posición: *ceteris paribus* (lo que quiere decir: siendo iguales la probabilidad de lesión del interés protegido y la gravedad de la lesión en caso de producirse efectivamente), la representación efectiva de la situación peligrosa implica un mayor reproche.

Una vez hecho lo anterior, resulta que el desacuerdo de Pérez Barberá con las tesis a las que se enfrenta no es de método, sino axiológico: se reduce a si la existencia de representación por parte de quien actúa ilícitamente hace (*ceteris paribus*) más reprochable su conducta. Frente a la mayor parte de la doctrina, Pérez Barberá entiende que no. Es una posición radical que él mismo afirma defender en solitario. Como tal, demanda pruebas contundentes. Sin embargo, Pérez Barberá fundamenta la argumentación

en pro de su tesis en pilares teóricos que no son aptos para sus propósitos de argumentación axiológica y que, en cualquier caso, por su imprecisión y generalidad, son incapaces de sostener todo el peso normativo que de ellos se reclama.

b. ¿Comunicación solipsista o merecimiento?: el modelo “teórico-social” detrás de la propuesta de Pérez Barberá

1. ¿Un modelo habermasiano/luhmanniano?

Pérez Barberá desarrolla su teoría apoyándose en dos axiomas, cuya demostración no nos ofrece en el artículo que comento y para la cual nos remite a la publicación de su tesis doctoral.

Conforme al primero de ellos,

“Fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas” (186).

Conforme al segundo,

“la orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas [...] Cuanto mayor es la intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, mayor debe ser también su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma” (187).

No ofrecer justificación de estos axiomas es un movimiento arriesgado, incluso tratándose de un artículo-resumen, toda vez que, como Pérez Barberá admite (198), la convicción de su propuesta pasa por aceptar como punto de partida lo que denomina “paradigma comunicativo”.

De inicio, llama la atención que las referencias que efectivamente se encuentran en el texto lo sean a Habermas y Luhmann, a quienes se atribuye “los desarrollos teórico-sociales más actuales e interesantes” (186, n. 65). Llama la atención, se dice, porque Luhmann y Habermas no son considerados autores básicamente coincidentes sino, por el contrario, sumamente distantes entre sí, existiendo un consenso prácticamente absoluto en que, si en algún momento hubo posibilidad de acercamiento entre sus teorías³⁴, ésta básicamente desapareció hace unos treinta años, con la publicación por Habermas en 1981 de *Theorie des Kommunikativen Handelns*³⁵ y de *Soziale Systeme* en 1984 por Luhmann³⁶. La distancia entre ambas teorías alcanza incluso a su objeto, dado que ambos modelos teórico-sociales tienen objetivos distintos: descriptivos y normativos en el caso de Habermas, puramente descriptivos y explicativos en el caso de Luhmann.

Por supuesto, algo tan claro no se le ha pasado por alto a un autor teórico-socialmente culto como Pérez Barberá, quien expresamente aclara que se basa en sus planteamientos “sin perjuicio, por cierto, de las importantes diferencias teóricas entre ambos autores” (186, n. 65). No sólo eso. Inmediatamente después de introducir de un modo tan elogioso a estos autores se nos indica que:

34. Lo cual ciertamente no parecía ser el caso ni siquiera en el inicio de su discusión, en el legendario seminario conjunto ofrecido en Bielefeld en 1971 y publicado posteriormente como Habermas, Jünger, Luhmann, Niklas: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Was leistet die Systemforschung?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1971.

35. *Theorie des kommunikativen Handelns* (dos volúmenes), Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1981.

36. Luhmann, Niklas: *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1984, v. especialmente las páginas 18 y ss., en las que Luhmann presenta su “cambio de paradigma”, del pensamiento en clave de identidad al pensamiento en clave de distinciones. Ciertamente, como en prácticamente cualquier tema académico, existen voces divergentes, y hay quien, aun admitiendo que el consenso sobre la incompatibilidad teórica entre ambos autores es prácticamente total, afirma que este amplio consenso es erróneo. En este sentido, v. Kjaer, Poul: “Systems in Context. On the Outcome of the Habermas/Luhmann Debate”, *Ancilla Iuris*, 2006, pp. 66 y ss., quien entiende que la teoría de Habermas después de “Faktizität und Geltung” (1992) puede entenderse como “una superestructura normativa para la teoría descriptiva de la sociedad de Luhmann (p. 75). Aparentemente, esta evolución se habría producido sin que Habermas, Luhmann o el resto de académicos se dieran cuenta.

“es un error pretender emplear teorías como la de sistemas sociales de Luhmann o de la acción comunicativa de Habermas para elaborar, en todos sus detalles, la semántica propia de los conceptos jurídicos. En tal caso se les pediría a aquellas teorías más de lo que ellas pueden ofrecer, pues ellas son macro-teorías, y por tanto no pueden brindar, para la semántica propia del derecho, más que un punto de partida muy general” (186, n. 65).

Es decir: se nos dice que el planteamiento se apoya en los dos planteamientos teórico-sociales más interesantes de la actualidad para inmediatamente después añadir que, en realidad, ambos son muy distintos y, finalmente, que, en cualquier caso, son tan generales que lo más que nos pueden ofrecer es un punto de partida “muy general”.

El proceder anterior es por completo usual en el movimiento del “Derecho penal orientado a las ciencias sociales”. No se busca ayuda, inspiración o respuestas en disciplinas o planteamientos científico-sociales o teórico-sociales de intereses más similares a los del Derecho penal y que ofrecen desarrollos más concretos (como por ejemplo, respectivamente, la criminología o la teoría ética). En lugar de ello, la orientación interdisciplinar se da por cumplida mediante la referencia a teorías del máximo nivel de generalidad, sin tan siquiera considerar un óbice insuperable el que, incluso en dicho nivel, presenten importantes diferencias entre sí³⁷. Se trata sin duda de un mal extendido y en absoluto privativo de la contribución que se analiza, pero no por ello menos censurable.

Cuando ésta se preconizó inicialmente en los años setenta³⁸, la idea de la orientación del Derecho penal a las ciencias y disciplinas sociales era restringir el campo de juego de la libre argumentación mediante una mayor información sobre la situación fáctica realmente existente o una mayor

37. Un proceder teóricamente similar ha venido siguiendo la doctrina penal con el “positivismo” (en realidad “los positivismos”). Bajo el mismo término se han agrupado propuestas teóricas totalmente diferentes, incluso en su objeto y método, para desecharlas a todas de un plumazo (al respecto, v. Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo: La excusa del positivismo, Civitas, Madrid, 2007, *passim*, especialmente pp. 31-66).

38. Coincidiendo, por tanto, no de manera casual, con el nacimiento de la “dogmática político-criminalmente orientada”. Sobre las comunes influencias sociales en ambos movimientos, v. Ortiz de Urbina Gimeno, obra citada *infra* en nota 13, pp. 859-864.

precisión conceptual. Esto ocurre, por ejemplo, cuando, para bloquear argumentaciones a favor del incremento de la gravedad de las penas “por razones disuasorias”, se utilizan los estudios empíricos que muestran la mayor importancia disuasoria de las variaciones de la probabilidad de la sanción frente a los cambios en su gravedad³⁹. Similarmente, la idea de acudir a otras disciplinas no empíricas era conseguir una mayor precisión conceptual acudiendo a aquellas que se ocupan de teorías y conceptos también utilizados por la doctrina penal. Por poner también aquí un ejemplo, la precipitada contraposición entre “utilitarismo” y “retribución” en la teoría de la pena se vería beneficiada de una profundización en la teoría ética contemporánea que acabara con la lamentable confusión (por asimilación) entre utilitarismo y consecuencialismo⁴⁰. El acercamiento a la teoría ética contemporánea tendría asimismo un efecto saludable sobre la injustificable tendencia a hacer como si la teorización sobre la justificación deontológica del castigo se hubiera detenido coincidiendo con el último hálito de Hegel, allá por 1831⁴¹.

Por supuesto, ninguna de estas loables pretensiones ha tenido éxito, habiendo sido ambas sustituidas por la utilización cosmética de la terminología de desarrollos teórico-sociales que no aportan ni mayor conocimiento

39. La conclusión, a la que se llegó en los años setenta mediante estudios en los que se empleaban análisis de regresión, ha sido corroborada por los más recientes estudios sobre la percepción de la disuasión (“disuasión perceptiva” –*perceptual deterrence*–). V. Apel, Robert, Nagin, Daniel S.: “General Deterrence: A Review of Recent Evidence”, en Wilson, Petersilia (eds.): *Crime and Public Policy*. Oxford University Press, Nueva York, 2011, pp. 412-413.

40. En la teoría ética contemporánea hay consenso en que entre ambos hay una relación de género (consecuencialismo)-especie (utilitarismo). En concreto, el utilitarismo es un consecuencialismo bienestarista y “aditivista” (o sumatorio). Al respecto, v. Sen, Amartya, Williams, Bernard: “Introduction”, en Sen, Williams (eds.): *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge University Press, Londres, 1982, pp. 1-21. He tratado el tema de forma más extensa en Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo: “Política criminal contra la corrupción: un análisis desde la teoría de la pena (o viceversa)”, en Mir Puig, Corcoy Bidasolo: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 392-396.

41. Sobre la tendencia a limitar el análisis de las teorías de la pena basadas en el merecimiento (término algo más preciso y menos simbólicamente cargado que el de “retribución”) a los desarrollos de Kant y Hegel, como evidencia la lectura de los dos manuales canónicos de Derecho penal en Alemania y España (los de Claus Roxin y Santiago Mir Puig), v. Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (obra citada en nota previa), pp. 389-391.

empírico ni mayor precisión conceptual. No se está afirmando que las propuestas teórico-sociales citadas por Pérez Barberá no sirvan para nada⁴²: lo que se está diciendo es que no sirven para lo que aquí importa, que es enriquecer la teorización jurídico-penal sobre el dolo. Lo anterior se muestra de forma particularmente evidente cuando se repara en la función cumplida por la apelación a la “comunicación” como fundamento de su propuesta axiológica.

2. La fundamentación de la teoría: ¿axiológica o epistémica?

Un observador no habituado a los usos retóricos preponderantes en la penalística contemporánea podría pensar que, cuando Pérez Barberá apela a la comunicación, hace referencia a una noción dialógica que requiere la existencia, como mínimo, de dos partes, un emisor y un receptor. Así lo indicarían las referencias a la “comunicación de un apartamento de reglas” que hace necesario “el inicio de un proceso de *discusión*” “tendiente a obtener *consenso*” (186).

Sin embargo, esto no es así, y en el enfoque de Pérez Barberá, como en otros extendidos entre los penalistas de influencia germánica⁴³, bajo una pátina de científicidad social⁴⁴ la noción de comunicación prescinde

42. Si bien su valor parece tremendamente desigual. Mientras que hay mucho que aprender del titánico empleo de diferentes desarrollos teóricos por parte de Habermas en la construcción de su teoría, así como de aspectos concretos de la misma, como el intento de fundamentación de una noción colectiva de subjetividad, mi impresión es que la historia reserva para Luhmann el mismo juicio que para Freud: un admirable genio y un formidable académico al que es interesante leer pero que se equivocó profundamente de método. El jurado todavía no ha acabado de deliberar sobre Luhmann. En cuanto a Freud y el psicoanálisis, v. por todos las críticas canónicas (desde dos perspectivas muy distintas: filosofía post-positivista de la ciencia y antropología social, respectivamente), de Grünbaum, Adolf: *The Foundations of Psychoanalysis: A Philosophical Critique*. University of California Press, Berkeley, 1984; v. también su “Is Sigmund Freud’s Psychoanalytic Edifice Relevant to the 21st Century?”, en *Psychoanalytic Psychology*, Vol 23(2), 2006, pp. 257-284; y Gellner, Ernest: *The Psychoanalytical Movement. The Cunning of Unreason* (1ª ed., 1985; 3ª ed. Blackwell, Oxford, 2003).

43. Sobre las posibilidades y límites de la construcción conceptual del “Derecho penal como comunicación”, v. Puppe, obra citada *supra*, en nota 9, *passim*.

44. Normalmente sustentada en la muy problemática teoría de sistemas, a la que como se

de cualquier componente “comunicativo” en el sentido usual del término (emisor-receptor) para funcionar como un expediente para introducir en el análisis las preferencias axiológicas del autor. Huelga decir que nada hay de erróneo en lo anterior, siempre que se reconozca y que los argumentos ofrecidos para sustentar la teoría sean de corte normativo-axiológico y guarden con el problema a resolver una adecuada cercanía en cuanto a su grado de generalidad. Ninguno de estos presupuestos se da en el caso de la contribución que nos ocupa:

- Inicialmente, la propuesta gira en torno a dos macro-teorías sociales, una de las cuales (Luhmann) no tiene inmediatas implicaciones normativas, mientras que la otra (Habermas) las tiene sólo en un nivel mucho más elevado de abstracción que la cuestión que nos ocupa (la adecuada configuración del dolo). Como se vio⁴⁵, de hecho Pérez Barberá se apoya luego de modo principal en la teoría de Habermas, afirmando que “la idea de ‘racionalidad comunicativa’ [...] no es otra cosa que un concepto epistémico de racionalidad” (188, n. 67), una noción que reafirma al declarar que “Lo racional o irracional de un comportamiento, por lo tanto, ha de determinarse en función de parámetros epistémicos, no ontológicos” (196).

Ahora bien: si la noción que lleva el peso de la argumentación es la de racionalidad comunicativa y ésta es reducible a la de racionalidad epistémica, ¿dónde están las premisas valorativas necesarias para fundamentar axiológicamente la postura de Pérez Barberá de entender que el dolo no exige conocimiento? En un momento de su argumentación, el autor entiende que

“la comunicación tiene su propia lógica una vez que es proferida y se desentiende por completo de las intenciones concretas del emisor. Esto es lo que permite descartar como irrelevantes –con independencia del punto de vista del autor– la presencia de intenciones epistémicamente irracionales en los casos de las consumaciones objetivamente inesperadas o de tentativas irreales o supersticiosas, por un lado, y la ausencia irracional de un determinado conocimiento en los casos de ceguera ante los hechos, por el otro” (197).

ha visto alude Pérez Barberá, si bien luego sustenta su idea de “racionalidad comunicativa” en los planteamientos de Habermas (188, n. 67, 195-196, notas 81 a 84).

45. *Supra*, nota 44.

Dejando ahora al margen lo polémico que resulta afirmar que la comunicación se desentiende por completo de las intenciones del autor⁴⁶, en el párrafo recién citado parece faltar algo. De la afirmación de que la comunicación tiene su propia lógica, independiente de las intenciones concretas del emisor, se salta a otra afirmación, según la cual ello avala las soluciones preconizadas por Pérez Barberá en materia de lo que hoy conocemos por imputación subjetiva. Sin embargo, incluso aunque fuera cierto que la comunicación sigue una lógica independiente del emisor, ello sería sólo un dato: sigue faltando la premisa axiológica que otorgue el aval necesario a las afirmaciones de tal tipo realizadas por el autor.

Pérez Barberá parece sostener un concepto excesivamente amplio de “normatividad”, sin distinguir ulteriormente entre la normatividad ética y la normatividad epistémica. Ello se evidencia cuando el autor cita aprobatoriamente a Habermas afirmando que en su modelo “el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa” (188, n. 67). Como en el mismo lugar se afirma que la racionalidad comunicativa “no es otra cosa que un concepto epistémico de racionalidad”, por la propiedad transitiva tenemos que el lugar de la razón práctica ha pasado a ser ocupado por un concepto epistémico de racionalidad.

Lo anterior, sin embargo, supone vaciar de contenido axiológico el ámbito de la razón práctica, toda vez que el de racionalidad epistémica es desde luego un concepto normativo, pero no es un concepto axiológico (relativo a la razón práctica, y en concreto a la ética) sino, precisamente, uno epistémico (relativo al conocimiento)⁴⁷.

46. Tal afirmación supone adherirse a la denominada “lingüística –o modelo comunicacional– del código”, frente a la “lingüística inferencial”, hoy en día mayoritaria. Es además incoherente, dado que la lingüística inferencial se considera la única acorde con el enfoque pragmático que Pérez Barberá afirma seguir. Al respecto, v. Sperber, Wilson (obra citada *supra* en nota 7), p. 470.

47. Como se ha dicho recientemente, “En el concepto de justificación descansa el esfuerzo de la epistemología tradicional por especificar la dimensión normativa del conocimiento. El concepto procede directamente de la ética y sugiere un género (la justificación) con varias especies (justificación epistémica y justificación moral). Ambas compartirían un núcleo común relativo a su dimensión normativa y se distinguirían en aquello a lo que se dirigen (el conocimiento o la acción ética)”. Broncano, Fernando, Vega, Jesús: “Las fuentes de la normatividad epistémica: *deberes, funciones, virtudes*”, en Quesada (coord.): *Cuestiones de Teoría del Conocimiento*, Tecnos, Barcelona, 2009, p. 84. Si bien

La adhesión a un concepto epistemológico de racionalidad comunicativa que reduce la razón práctica a la epistémica deja a Pérez Barberá sin las premisas axiológicas que precisa para fundamentar la superioridad normativo-axiológica de su propuesta. El autor luego incurre en circularidad cuando afirma que tal superioridad se da “en la medida en que se acepte el paradigma comunicativo como punto de partida” (198). En realidad, su problema sigue siendo encontrar valores axiológicos en la racionalidad epistémica, caracterizada por la existencia de valores, sí, pero no axiológicos sino epistémicos⁴⁸.

- En segundo lugar, dada la infradeterminación de las microteorías normativas por las macroteorías del mismo tipo, abrazar el modelo “comunicativo” en el nivel macroteórico es compatible tanto con el planteamiento de Pérez Barberá (el concepto de dolo no debe incluir ni la noción de voluntad ni la de conocimiento) como con el tradicional (debe incluir ambas) como con el tradicional modificado (debe incluir al menos conocimiento). Para elegir entre éstas y otras opciones posibles se debe acudir a premisas de corte axiológico que, como se ha visto, no se encuentran en el planteamiento del autor.

c) Tomando la comunicación penal en serio: lo que la conducta delictiva realmente comunica

Entender la noción de “comunicación” de forma algo (*rectius*: mucho) menos metafórica, incluyendo al menos la idea de alteridad dialógica, obligaría a acudir a la creciente investigación empírica acerca de las percepciones

en la epistemología contemporánea conviven y compiten las tres perspectivas aludidas en el título del artículo que se acaba de citar, la normativa, la funcional y la de las virtudes, ninguna de estas últimas dos perspectivas mejora la situación para Pérez Barberá: la primera, porque renuncia a la propia idea de normatividad; la segunda porque no sigue una perspectiva similar a la ética deóntica, centrada en el “qué hacer” concreto, sino que se mira en la ética de la virtud (aretética), más interesada en el “cómo ser”.

48. La confusión entre el plano axiológico y epistémico se muestra asimismo en 207, n. 129, donde Pérez Barberá califica de “axiológicas” las valoraciones preteóricas cuyo marco de referencia es el interés científico de quien formula la tesis. En realidad, en tales evaluaciones no hay axiología, sino precisamente consideraciones teóricas, que normalmente serán epistémicas.

ciudadanas sobre la reprochabilidad y las circunstancias que la fundamentan, agravan o atenúan. Y, al hacerlo, se vería que ésta muestra que la ciudadanía tiene unos planteamientos axiológicos radicalmente divergentes de aquellos que subyacen a la propuesta de Pérez Barberá.

Como luego desarrollaré, qué relevancia haya de tener tal divergencia depende del estatuto de la noción de “comunicación” en el planteamiento del autor, y en concreto de si ésta se entiende en un sentido fáctico o en un sentido normativo. En cualquier caso, debe quedar claro que no se propone aquí que la teoría normativa haya de consistir en la mera indagación de los planteamientos mayoritarios en una determinada sociedad (un “recuento de votos”), dado que tal confusión entre la ética social (un dato) y la ética normativa (un planteamiento prescriptivo) supondría un ejemplo de libro de falacia naturalista⁴⁹. Sin embargo, y dado que a menudo se habla de “comunicación” y de “expresión” (tanto por parte del delincuente como del sistema de justicia penal, si bien aquí a Pérez Barberá y a mí nos interesa lo primero), no está de más verificar qué es lo que de hecho “comunica” o “expresa” la conducta desviada a la ciudadanía y por qué. Ulteriormente, si bien la existencia de un consenso en sentido opuesto a las propias premisas axiológicas no supone lógicamente su “falsación”, como poco implica una especial carga de la prueba argumentativa, y posiblemente también indique la oportunidad de revisar el propio planteamiento.

Los estudios empíricos muestran que, a la hora de graduar la reprochabilidad de una conducta, los ciudadanos legos en Derecho otorgan una importancia decisiva a la voluntad y al grado de conocimiento. Que son, precisamente, los dos elementos que Pérez Barberá quiere desterrar de lo que hoy en día denominamos imputación subjetiva para sustituirlos por una unitaria (y graduable) noción de imputación basada en la racionalidad epistémica.

En uno de estos estudios, realizado por el penalista estadounidense Paul Robinson en compañía del psicólogo empírico John Darley⁵⁰, se pudo

49. Salvo, por supuesto, que se introduzca alguna premisa valorativa intermedia. Esto es lo que hace Robinson en su propuesta de “merecimiento empírico” (*Principios distributivos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, *passim*), fundamentando la oportunidad de seguir las valoraciones legas sobre los criterios de determinación de responsabilidad penal en su utilidad preventiva (v. por ejemplo obra citada, p. 164).

50. Robinson, Paul, Darley, John: *Justice, Liability, and Blame. Community Views and the Criminal Law*, Westview, Boulder (Colorado), 1995, pp. 28 a 33 (Estudio 2, “Creación

determinar que el hecho de que el autor muestre “mala voluntad” (concreta en el estudio en su intención de matar a otra persona)⁵¹ lleva a los legos a la atribución de responsabilidad penal incluso en casos en los que tanto la probabilidad de que el daño se produzca como su magnitud son objetivamente reducidas⁵². Siendo ello así, parece difícil que estas personas estuvieran de acuerdo con la solución ofrecida por Pérez Barberá (190) de imputar a título de imprudencia la conducta de quien, sabiendo que tiene el virus del sida y con la intención de matar a otra persona, tiene una sola relación sexual no violenta por vía vaginal con ésta, pensando que existen elevadas probabilidades de contagio cuando en realidad el porcentaje está en torno a un 1%.

En otro estudio del mismo libro se indagó acerca de los posicionamientos de los legos respecto a cuatro situaciones: conducta llevada a cabo con conocimiento, con *recklessness*, imprudente y diligente. Para ello, a los participantes se les describió diversas situaciones en las que un sujeto llevaba a cabo de una de las cuatro formas anteriores una conducta que cumplía el tipo objetivo de un delito (violación, violación por minoría de edad sexual o daños)⁵³. De nuevo, los participantes modularon sus juicios de reproche de forma ascendente, asignando mayor responsabilidad a la conducta con conocimiento que a la conducta con *recklessness*, y a ésta que a la imprudente, que a su vez era valorada como más grave que la diligente. También de nue-

de un riesgo penalmente relevante”). Los estudios posteriores no han contradicho los resultados de éste, v. Robinson, Paul: *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013, pp. 257-261 (este libro, aún inédito y que publicará Oxford University Press en el mes de abril, se cita por las pruebas finales, amablemente cedidas por el autor).

51. En el ejemplo que se ofrecía a los participantes en el estudio se trataba en concreto de una mujer que pretendía matar a su marido envenenándole el desayuno (con diverso grado de acierto).

52. Los autores variaron tanto la gravedad del eventual resultado (tres posibilidades: dolor estomacal leve, intoxicación grave y muerte) como la probabilidad de que cada uno de estos eventuales resultados se produjera efectivamente (se ofrecían diversos tantos por ciento de probabilidad de que el marido efectivamente comiera el desayuno). Los sujetos del estudio se pronunciaban a favor de la existencia de responsabilidad en todas las combinaciones, si bien diferenciaban la gravedad de acuerdo con la probabilidad y la magnitud del eventual daño.

53. Robinson, Darley, obra citada *supra*, en nota 50, pp. 83-96 (Estudio 8: “Requisitos de reprochabilidad y eximentes de error y caso fortuito”).

vo, el elemento más decisivo a la hora de formular el reproche fue la existencia de conocimiento y su seguridad⁵⁴. Esto no resulta compatible con la afirmación por Pérez Barberá de que los apartamientos de una regla fundados en una orientación óptima tienen la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que los que se fundan en orientaciones arbitrarias (187).

El alcance de los anteriores resultados para la teorización propuesta por Pérez Barberá, se insiste, depende por completo de cuál sea la naturaleza del paradigma de la racionalidad comunicativa y de la idea de “comunicación” que éste acoge. Puede ser que estas nociones se entiendan en sentido descriptivo, y como se dijo ello parecería colegirse de la afirmación de estar-se ante una *comunicación* de un apartamiento de reglas que hace necesario iniciar un *proceso de discusión* tendiente a lograr un *consenso* (186). De ser así, entonces los resultados empíricos sobre cómo perciben los ciudadanos legos la “comunicación penal” presumiblemente habrán de importar, y mucho, dado que ellos determinarán qué apartamientos de las reglas hacen preciso el inicio de ese proceso de discusión y determinarán asimismo las medidas necesarias para llegar al aludido consenso. En otros términos, más cercanos a las tesis sistémicas, resulta improbable que una sociedad pueda conseguir estabilización cuando su sistema de justicia penal determina la responsabilidad de forma contraria a la que la ciudadanía lega (la inmensa mayor parte de la ciudadanía) entiende correcta⁵⁵.

Por el contrario, si la tesis “comunicativa” acogida por Pérez Barberá es prescriptiva, entonces los resultados de estos estudios no pueden de modo alguno mostrar que se equivoca al relegar los conceptos de conocimiento y

54. Las investigaciones posteriores no han alterado esta conclusión, v. Robinson, obra citada *supra* en nota 50, pp. 304-310.

55. Dada esta situación, resulta poco convincente la afirmación de que “La tesis aquí desarrollada tiene la ventaja de que ella, como se dijo, también vale como una reconstrucción teórica del concepto de dolo que la praxis realmente emplea” (210). Ciertamente, los jueces no son legos, pero resulta poco probable que la educación jurídica lleve a las personas a variar radicalmente su concepción sobre la relevancia axiológica del conocimiento. Por supuesto, se puede insistir en que la noción de dolo sin exigencia de conocimiento es una reconstrucción teórica de lo que “realmente” hacen los jueces, que como tal no implica que éstos sepan que efectivamente es lo que hacen. Pero una tal hipótesis se acerca peligrosamente a las explicaciones psicoanalíticas en términos del inconsciente o a las marxistas basadas en la noción de “ideología”, compartiendo asimismo su imposible verificabilidad o falsación.

voluntad, puesto que estos resultados no son sino empiria y su tesis axiológica, moviéndose por tanto en planos distintos. En este caso, sin embargo, se ve expuesto a la crítica argüida en el anterior apartado: ¿cómo justifica sus planteamientos axiológicos una teoría basada en argumentos epistémicos?

Conclusiones

En su interesante y fundamentado artículo Pérez Barberá se propone un objetivo muy ambicioso: defender la reconfiguración del concepto de dolo, y con él de todo el tipo subjetivo, pasando del sistema actual, en el que los hechos mentales “voluntad” y “conocimiento” son considerados primordiales, a otro en el que quedan relegados en beneficio de la racionalidad epistémica subyacente a la conducta del autor.

En las páginas anteriores he intentado mostrar por qué el intento no me resulta convincente. Al hacerlo, sin embargo, apenas he entrado al fondo del desacuerdo, que es que, a diferencia de Pérez Barberá, considero que conocimiento y voluntad son elementos importantes a la hora de determinar la reprochabilidad de una conducta. Ello se debe a que entiendo que las discusiones sobre axiología de primer grado, si bien no son irracionales o al menos a-rationales, como querría un planteamiento escéptico, presentan importantes limitaciones argumentativas. Razón por la cual he preferido sustentar mi análisis en diversas cuestiones de método, algunas de las cuales redundan directamente sobre la fundamentación de su planteamiento axiológico y me llevan a concluir que las premisas de la tesis de Pérez Barberá no le permiten sustentar sus conclusiones.

- En un primer momento (apartado II) he rebatido la crítica de Pérez Barberá a los conceptos normativos de dolo, los cuales según él serían incoherentes por seguir requiriendo conocimiento y (en algunos casos) voluntad. Su argumentación se basa en un equívoco conceptual: entender que no se puede sostener un planteamiento de los denominados “normativistas” y sin embargo exigir algún elemento de corte fáctico como parte del concepto de dolo. Por el contrario, un enfoque normativista coherente puede basarse en elementos empíricos e incluirlos como parte integrante de sus conceptos: lo único que no puede hacer es considerar que la realidad fáctica *obliga* a definir de una concreta manera un concepto.

- En segundo lugar he criticado lo que he llamado el “planteamiento teórico-social” del autor (apartado III.b). La gran abstracción de las teorías y el elevado nivel de generalidad de los desarrollos escogidos permiten que las ciencias y disciplinas sociales sean utilizadas a modo de cobertura para dar un supuesto apoyo a soluciones alcanzadas conforme a otro tipo de razonamientos. En realidad, tales teorías y desarrollos, por su elevada abstracción y generalidad, podrían igualmente “apoyar” posiciones opuestas a las alcanzadas por Pérez Barberá.
- En tercer lugar (III.b.2), el modelo efectivamente propuesto por Pérez Barberá se apoya en la reducción de la razón práctica a la racionalidad epistémica. Sin embargo, y del mismo modo que sucede con otros planteamientos (como aquellos que pretenden reducir la razón práctica a la instrumental), al hacer tal cosa se enfrenta al problema de fundamentar cómo, a partir de valores epistémicos, se llega a valores axiológicos.
- En cuarto lugar (III.c), Pérez Barberá debe confrontar los resultados de la investigación empírica, que muestran la gran importancia que los ciudadanos conceden a la existencia de conocimiento y/o voluntad en sus juicios sobre la reprochabilidad relativa de las conductas. El alcance de estos resultados variará según cuál sea el carácter de la noción de “comunicación” por él acogida, y en concreto de si tal concepto se entiende como un concepto descriptivo o como uno normativo. Si se entiende en el primer sentido, estos resultados hacen inadecuada la teoría por él propuesta. Si se entiende en el segundo sentido, la teoría queda expuesta a la tercera objeción presentada.