

Reproche al “Dolo como reproche”

María Laura Manrique
CONICET (Argentina)

I. Introducción

El dolo es uno de los temas clásicos de la dogmática penal. Sin embargo, la discusión sobre la delimitación del concepto y la justificación de su papel en la atribución de responsabilidad se mantiene intacta desde sus comienzos.¹ En el artículo ‘El dolo como reproche. Hacia el abandono del dolo como estado mental’ Gabriel Pérez Barberá presenta una reconstrucción del dolo diferente a la de la dogmática tradicional.² Su manera de plantear la discusión es novedosa y muestra un refinamiento conceptual de alta calidad. Sin embargo, aquí presentaré algunas dudas acerca del alcance y naturaleza de su teoría.

Este trabajo está dividido en siete secciones. En (II) hago un breve comentario al modo en que la dogmática puede enfrentarse a los límites que le impone el derecho positivo. En (III) reconstruyo y comento brevemente las diferentes dimensiones que posee el dolo para Pérez Barberá. En particular, analizo la caracterización del dolo como concepto normativo. A continuación, en (IV) analizo los axiomas que Pérez Barberá propone para su teoría. En esta sección también critico las soluciones que Pérez Barberá propone a diversos casos cruciales: la consumación inesperada, tentativa irreal y

1. Véase, por ejemplo, Carrara Francesco, *Derecho Penal*, Editorial Mexicana, México, 1997, 107.

2. Pérez Barberá, Gabriel, “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, en *Pensar en derecho*, 2012, 1, 169-211. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-1.php>

ceguera ante los hechos. En la sección (V) intento mostrar ciertas consecuencias potencialmente indeseables que surgen al atribuirse importancia a la génesis de la creencia y, al mismo tiempo, abandonarse la relevancia de la creencia misma. En (VI) resalto la necesidad de esgrimir datos empíricos para probar que la teoría de Pérez Barberá no lleva a castigar a los más pobres. En la última sección (VII) intento mostrar que asumir un diseño institucional como el que propone Pérez Barberá nos conduce a disminuir el papel que posee el individuo en tanto que eje central de la atribución de responsabilidad, limitándose con ello su naturaleza de agente racional, i.e., un agente capaz de dar razones y explicar por qué se comportó de determinada manera.

A menudo, se dice "*Amicus Plato sed magis amica veritas*". En este caso, mi comentario transita un camino fácil ya que muchas veces Pérez Barberá en su trabajo nos enseña cosas verdaderas e importantes. Sin embargo, creo también que esa frase usual de descargo encierra algo profundo que no deseo pasar por alto: el valor de la amistad. En este sentido, ha sido un privilegio aprender en sus cursos y seminarios y considero de enorme valor la amistad que nos une hace ya muchos años. Por ello, desearía que estos apuntes a su fino trabajo sean considerados como una disputa entre amigos genuinamente interesados en la verdad.

II. "Dolo como reproche", dogmática y derecho positivo

El trabajo de Pérez Barbera es extenso y posee muchas ideas valiosas. Su tesis central puede resumirse de la siguiente manera: a diferencia de lo que sostiene la teoría tradicional, el dolo y la imprudencia pertenecen a la misma categoría, es decir, ambos son conceptos normativos. Para distinguir y justificar la diferente cantidad de pena entre estos dos casos hay que tener en cuenta los fines del derecho penal y la razón del mayor reproche. El fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas que resultan defraudadas por las conductas ilícitas y en casos que la orientación del agente en el mundo haya sido óptima, hay razones suficientes para reprochar del modo más severo. Se sigue de ello que, siendo las demás condiciones iguales, el reproche a título de dolo nunca es inferior al reproche por imprudencia. En este esquema conceptual, los estados mentales del agente (creencias, motivaciones, deseos, etc.) son prácticamente irrelevantes para determinar cuándo estamos frente al dolo y cuándo ante imprudencia. A

diferencia de los enfoques clásicos que vinculan el dolo a la intencionalidad o el conocimiento de los agentes, Pérez Barberá sostiene que ni conocimiento ni voluntad forman parte del concepto de dolo. En su opinión, su teoría es la primera que:

“...realmente independiza por completo al concepto de dolo de un punto de partida psíquico. El concepto de dolo, en efecto, no será considerado aquí como un derivado de datos fácticos tenidos *a priori* como relevantes, sino como un derivado del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso” (p. 177).

Pérez Barberá comienza su análisis revisando la necesidad de introducir modificaciones en el derecho positivo argentino a los efectos de dar cuenta de su propuesta. Especialmente, está interesado en determinar si una concepción del dolo como la que defiende, i.e. una concepción estrictamente normativa, requiere cambiar el sistema penal vigente. Su respuesta es negativa. En primer lugar, a diferencia de otros ordenamientos normativos, e.g. el colombiano o el mexicano, en el código penal argentino no se define al dolo y por ello, no hay limitaciones normativas específicas a la tarea de reelaboración conceptual. En segundo lugar, se pueden extraer indicios –con ayuda de una suerte de argumento a contrario– de lo que se entiende por dolo a la luz del artículo 34 del código penal y esos indicios son compatibles con una concepción exclusivamente normativista del dolo. En el inciso primero de ese artículo se indica que no son punibles las conductas cometidas con “error o ignorancia de hecho no imputables” al agente y la explicación de esta expresión normativa –y con ello, el alcance de la norma penal– dependería de las elaboraciones de la dogmática. Así, para Pérez Barberá el error es aquel desconocimiento no irracional del riesgo y, a diferencia de la concepción tradicional que equipara dolo con conocimiento, esta caracterización es plenamente compatible con una concepción normativa del dolo.

Esta estrategia de Pérez Barberá no es novedosa y forma parte del modo usual en que trabaja la dogmática contemporánea.³ Sin embargo, es conveniente destacar que este enfoque tiene importantes consecuencias prácticas

3. Por ejemplo: Ragués, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 197.

al momento de la atribución de responsabilidad. Sin dudas que la dogmática puede, de hecho, definir o redefinir cualquier término, por ejemplo podría decir que error significa “equivocación en casos de falta de diligencia para averiguar la verdad”. Este concepto es más restringido que el concepto ordinario que se caracteriza simplemente a partir de la discrepancia entre lo que se afirma y lo que ocurre. Así, la elección de uno u otro concepto tendrá relevancia para determinar exactamente en qué situaciones un agente no será responsable a la luz de lo que establece el artículo 34 del código penal.

En mi opinión, con frecuencia la dogmática redefine los conceptos centrales del derecho penal.⁴ Por sí mismo, ello carece de relevancia más allá del interés que pueda suscitar en la propia ciencia jurídico-penal. El problema es la conexión entre esas redefiniciones dogmáticas, los textos legales y la justificación de las decisiones judiciales. La inexistencia de una definición explícita o implícita de dolo en el derecho penal argentino no es un dato suficiente para sostener que el legislador argentino “ha delegado” en la dogmática la tarea de precisar ese concepto.⁵ Por el contrario, en la medida en que estas redefiniciones tienen impacto en la atribución de responsabilidad, ellas tienen que estar consagradas por el legislador. En otras palabras, el desafío radica en mostrar que los jueces pueden escoger cualquier definición de una expresión consagrada en el texto normativo, ya sea la que haya formulado la dogmática o algún otro participante de las prácticas jurídicas, e.g. abogados, jueces, etc. Supongamos que es verdad que el legislador utiliza “error” como un sinónimo de “falta de conocimiento” –tal vez porque al momento de promulgarse el código penal esa era la concepción dominante–; entonces no es obvio que los jueces puedan invocar *otra definición* (por ejemplo, la que propone Pérez Barberá) sin violar el principio de reserva de ley. Después de todo, las normas son el significado de los textos y este significado –al menos para una concepción convencional del lenguaje– depende del modo en que ha sido utilizada la expresión en cuestión. En palabras de Alchourrón y Bulygin:

4. Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 36-38.

5. Este argumento ha sido expresamente afirmado por Ramón Ragués para el caso del derecho español. Véase, Ragués, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, op. cit., pp. 194-195.

“Toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma no es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan. Tenemos que distinguir, por lo tanto, entre la formulación de la norma (enunciado normativo) y la norma. Los enunciados normativos son entidades lingüísticas; las normas son el sentido expresado por esos enunciados.”⁶

Luego, ellos señalan:

“¿Cómo se hace para descubrir el sentido de una expresión lingüística? Para ello no caben más que dos posibilidades: o bien las palabras tienen el sentido que normalmente suelen tener en el lenguaje en cuestión, es decir, son usadas del mismo modo como se usan habitualmente, en cuyo caso para determinar el sentido hay que recurrir al uso común del lenguaje; o bien, el autor del texto se ha apartado del uso común y ha usado alguna expresión en un sentido diferente, en cuyo caso hay que indagar cuál es ese sentido... (Desde luego, el receptor del mensaje puede asignarle al texto un significado propio, más o menos arbitrario, pero esto no puede describirse como un procedimiento para *descubrir* el sentido, que es lo que interesa).”⁷

Al cambiar el significado de un determinado texto normativo, se está ampliando (o reduciendo) el alcance de una norma. Por supuesto, la dogmática puede proponer estas modificaciones (propuesta de *lege ferenda*), pero esa opción no está disponible para los jueces. La dogmática puede justificar sus propuestas en razones valorativas o sistemáticas, pero los jueces tienen que fundamentar la atribución de responsabilidad penal exclusivamente en lo que dice el legislador de manera explícita o implícita.⁸ En resumen: aunque la propuesta de Pérez Barberá fuese compatible con la concepción del

6. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 442.

7. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, op. cit., p. 443.

8. Manrique, M. L.; Navarro, P. E., y Peralta J. M., *La relevancia de la dogmática*, Colombia, Universidad del Externado, 2011, pp. 95 y ss.

dolo subyacente al *texto* del código penal argentino, ello todavía es insuficiente para garantizar que ella sea *la* concepción articulada por el legislador.

Este argumento no impacta directamente en la tesis central del trabajo de Pérez Barberá, ya que –al margen de su eventual ajuste con las normas positivas– sus ideas seguirían teniendo un indudable valor como una *propuesta* para revisar nuestras prácticas institucionales de atribución de responsabilidad. Por ello, en lo sucesivo dejaré de lado este problema y me concentraré en sus tesis específicas.

Por último, es interesante revisar la idea de Pérez Barberá de que un rasgo positivo adicional de su teoría es que reconstruye aquello que implícitamente entiende la dogmática y la jurisprudencia por dolo y también por imprudencia (p. 200). Sin duda, es importante una reconstrucción de lo que hacen los tribunales ya que ello puede mostrarnos en qué medida es una mala costumbre aferrarse (invocar, mencionar, etc.) a un concepto, que de hecho no es utilizado (p. 201). Así, de nada sirve afirmar que el dolo es conocimiento y voluntad si después o bien esos términos son drásticamente redefinidos, o ni siquiera se toman en serio. Sin embargo, el hecho de que los tribunales hagan lo que su teoría describe sólo posee valor explicativo, pero no sirve como argumento para mostrar que su teoría está justificada. El modo en que funcionan los tribunales y nuestra valoración de ese funcionamiento son parcialmente independientes. En síntesis, se podría conceder que su teoría es verdadera como descripción pero todavía sería necesario mostrar que ese es el modo correcto en que deberían actuar los jueces para que el castigo de quienes cometen delitos esté justificado.

III. Las dimensiones del dolo

Pérez Barberá caracteriza al dolo en tres diferentes niveles: sintáctico, semántico y pragmático. Desde el punto de vista sintáctico, el dolo (al igual que la imprudencia) es una propiedad definitoria de casos genéricos. La conexión entre los casos genéricos y los casos individuales se produce a través de reglas de correspondencia. Estas reglas son las que permiten relacionar los términos inobservables (valorativos) con términos observables (empíricos). Y dice:

“Ello es así porque toda hipótesis teórica tiene implícita una hipótesis normativa de relevancia, que es la que determina qué datos empíricos

son los que deben ser seleccionados. Para lo que aquí interesa, puede decirse que si en un caso se constatan una serie de hechos a partir de los cuales puede decirse que existe una posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo, entonces ese caso podrá ser interpretado como doloso. Es decir: esos hechos serán los que permitan emitir una determinada valoración de ellos, que es aquello en lo que el dolo consiste como concepto-objeto.”

En mi opinión, Pérez Barberá tiene razón en cuanto a las propiedades y las reglas de correspondencia necesarias para conectar los casos genéricos con los individuales. Sin embargo, es conveniente subrayar que de ello no se sigue automáticamente que el dolo sea una posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo. Más bien, esa conclusión debe defenderse mediante argumentos adicionales ya que nada en la distinción entre propiedades, casos genéricos, casos individuales y reglas de correspondencia impide en reconstruir al dolo como un complejo epistémico-volitivo.

La dimensión semántica está asociada a la dimensión *normativa* del dolo y la imprudencia y, básicamente señala que la calificación de una conducta como dolosa *significa* algo diferente (i.e. es una valoración más grave) a su calificación como imprudente. Así, afirma:

“Semánticamente [...] dolo e imprudencia son propiedades normativas, porque lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave...” (p. 173).

Esta dimensión semántica está estrechamente ligada a los factores pragmáticos. Pérez Barberá señala que calificar un comportamiento como doloso compromete con un tipo específico de acto de habla cuyo sentido ilocucionario es una valoración (p. 173). Así, el sentido de un enunciado que predica dolo de una cierta conducta no se agota en sus condiciones de verdad sino que también conlleva un factor pragmático de reproche.⁹

9. Para una visión clásica de los aspectos pragmáticos del lenguaje, véase Austin, John, *How to do Things with Words*, Clarendon Press, Oxford, 1962, p. 98. Véase, por ejemplo, Searle, John, *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 2001. Para una reconstrucción véase por ejemplo, González Lagier, Daniel, *Las paradojas de la acción*, Universidad de Alicante, Alicante, 2001, pp. 92 y ss.

Esta reconstrucción tiene un papel fundamental en el análisis de Pérez Barberá ya que ofrece el marco conceptual para defender su visión normativa del dolo. En mi opinión, esta reconstrucción se inserta de manera fascinante en un complejo entramado filosófico. La distinción entre conceptos normativos y conceptos empíricos es relativamente fácil de enunciar pero mucho más compleja de justificar. Dos observaciones resultan pertinentes en este punto. Por una parte, no toda explicación de la normatividad de un fenómeno social es irreducible a fenómenos empíricos. Así, en ocasiones la dimensión normativa se relaciona con el fenómeno de prescribir, que es el resultado específico de un cierto acto de lenguaje. En este sentido, una norma es una prescripción y nada impide analizar a este fenómeno en términos exclusivamente empíricos. También podría explicarse la normatividad en término de complejas interacciones sociales (i.e., regularidades de conductas, actitudes críticas y uso del lenguaje normativo).¹⁰ En este sentido, la normatividad es un fenómeno social (normatividad social) y no depende de un acto particular de habla, pero de allí no se sigue que esa característica no pueda ser explicada en términos "naturales".

Por otra parte, en teoría del derecho el representante más notable de las tesis normativistas *puras* es, sin duda, Hans Kelsen.¹¹ Para Kelsen la dimensión normativa (el deber ser) no podía reducirse al ámbito fáctico (el ser) y, por ello, distingue enfáticamente entre validez y eficacia de las normas, o entre la validez de una norma y su acto de creación. La afirmación acerca de la validez de una norma *significa* que la norma tiene fuerza vinculante o que ella debe ser obedecida. Por consiguiente, los enunciados de validez no son enunciados fácticos sino *enunciados normativos*, más allá de que otros enunciados fácticos (e.g., acerca de la eficacia, la creación de las normas o la pertenencia a un cierto sistema) también sean verdaderos. Ahora bien, como es conocido, la justificación de la naturaleza normativa de la validez –y de los enunciados de validez– lleva a Kelsen a sostener una hipótesis trascendental del conocimiento jurídico: la norma básica fundamen-

10. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 125-137.

11. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 2000, pp. 201-224. Para una crítica al argumento de Kelsen, véase, Bulygin, Eugenio, "Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho", en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 331-338.

tal (*Grundnorm*). Para Kelsen este presupuesto trascendental es necesario para evitar la reducción de lo normativo a lo fáctico o, en otras palabras, para evitar la falacia naturalista.

A su vez, como también es conocido, George Moore insistía en la necesidad de evitar los enfoques naturalistas de los conceptos evaluativos y sostenía que, en última instancia, un concepto como el de bueno es de naturaleza simple y que no podía ser objeto de reducción conceptual. Por supuesto, la dimensión normativa de los fenómenos sociales ha sido objeto de enorme discusión en la filosofía práctica contemporánea sin que todavía haya acuerdo suficiente sobre su explicación.¹² En este sentido, la caracterización del dolo como una propiedad normativa abre espacio para la discusión acerca de su justificación. ¿Estaría Pérez Barberá dispuesto a suponer que la explicación del dolo requiere de una norma básica fundamental que permita capturar un mundo normativo específico? O, por el contrario, ¿admitiría que el dolo es un concepto simple cuyo significado no puede ser exhaustivamente analizado? O, finalmente, ¿admitiría que los enunciados jurídicos acerca del dolo son “modos transpuestos de hablar” en el sentido que Carnap¹³ atribuía a expresiones como “delito”?

No es mi intención sugerir que estas preguntas carezcan de respuesta sino apuntar a los presupuestos filosóficos subyacentes al trabajo de Pérez Barberá ya que no resulta obvio que ellos puedan articularse coherentemente. En particular, sería necesario un análisis más detallado para controlar, por ejemplo, si la conexión entre la normatividad del dolo y la teoría de la comunicación –que Pérez Barberá emplea para discriminar entre dolo e imprudencia– es consistente.

12. Moore, George, *Principia Ethica*, Centro de Estudios Filosóficos UNAM, México, 1959, pp. 6-19. Para una breve explicación de su posición, véase, por ejemplo, Hudson, W.D., *La filosofía moral contemporánea*, Alianza Editorial, Madrid, 1974, pp. 73-79.

13. Carnap, R., *The Logical Syntax of Language*, Routledge & Kegan Paul, London, 1971. Para una breve explicación véase, por ejemplo, Moreso, José Juan, “Lenguaje jurídico”, en *El derecho y la justicia*, Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.), Trotta, Madrid, 1996, p. 113. También, Bulygin, Eugenio, “True or False Statements in Normative Discourse”, *In Search of a New Humanism - The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Rosaria Egidi (ed.), Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 1999, p. 185.

IV. Los axiomas de la teoría

Con independencia del trasfondo conceptual o presupuestos filosóficos implícitos del trabajo de Pérez Barberá es interesante revisar los fundamentos de los que expresamente parte su reconstrucción. Ellos son dos axiomas acerca de los fines del derecho penal y las razones del mayor castigo de los delitos dolosos sobre los imprudentes (pp. 185 y ss.). El primero afirma:

“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” (p. 186).

El segundo, que se refiere a la razón del mayor castigo del delito doloso respecto del delito imprudente:

“La orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. Representaciones epistémicamente irracionales determinan orientaciones cognitivas defectuosas, al igual que representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente desacertadas. Por su parte, la falta de conocimiento o de representación, si es racional, determinará también orientaciones defectuosas, y si es irracional, orientaciones arbitrarias. Si se trata del apartamiento de una regla, el que se funda en una orientación óptima tiene la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que el que se funda en una orientación arbitraria, intensidad que es siempre mayor a la del apartamiento que se funda en una orientación defectuosa. 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” (p. 187).

Aunque Pérez Barberá afirma que “por tratarse de axiomas no corresponde que sean sometidos a prueba” (p. 187) hubiese resultado esclarecedor algunas consideraciones al respecto.¹⁴ Particularmente, hubiese sido apropiado mencionar que el derecho penal, probablemente, persigue diferentes fines y que no es obvio que todos ellos puedan ser consistentemente implementados.¹⁵ Por una parte, no creo que la finalidad del derecho penal sea la de estabilizar las expectativas normativas, o más bien que sea sólo esa. En primer lugar, asumir que esa es la función que *debe cumplir* el derecho penal (i.e., su finalidad) parece encerrar una justificación al menos *prima facie* de cualquier poder punitivo estatal. Si es verdad que, como cuestión de hecho, las normas penales satisfacen esa función, el axioma de la estabilización de conducta expresa una valoración positiva del modo en que funciona cualquier sistema penal. Sin embargo, la intervención a través de la pena en bienes básicos de los individuos requiere de justificación moral explícita y no resulta obvio que la estabilización de expectativas merezca por sí misma esa aprobación moral. Tal vez, haya conexiones necesarias entre previsibilidad, autonomía y estabilización de expectativas que confieran plausibilidad al axioma escogido por Pérez Barberá. Pero, este punto no debería haber sido asumido sino más bien argumentado. En segundo lugar, en la dogmática penal es usual analizar un conjunto complejo de justificaciones del derecho penal. Por ejemplo, es usual sostener que la atribución jurídica de responsabilidad penal sirve (y debe servir) para disminuir la defensa propia, la venganza privada, etc. Además, puede señalarse que el proceso judicial de atribución de responsabilidad penal sirve (y debe servir) para reivindicar un espacio institucional donde los individuos pueden ofrecer razones que explican y justifican sus conductas.¹⁶ De este modo, la finalidad del derecho penal y del procedimiento específico subyacente sería el reconocimiento del individuo como agente racional. Volveré sobre esta idea al final del trabajo.

14. Bunge, Mario, *La invención científica*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 435-438.

15. Hart, H. L. A., “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 1-27. También en Betegón, J. y De Páramo, J. (coord.), “Introducción a los principios de la pena”, en *Derecho y moral*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 163-181. Véase también, Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 180.

16. Gardner, John, *Ofensas y defensas - Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-São Paulo, 2012, pp. 197- 231.

Según Pérez Barberá, de los axiomas de su reconstrucción se siguen importantes consecuencias para dos grupos de situaciones: aquellas en las que el individuo está en una situación óptima para orientarse en el mundo (caso 1) y aquellas en las que el agente realiza una acción en circunstancias no óptimas para hacerlo (caso 2). En el caso 1, si el sujeto comete un delito su conducta tiene un alto efecto comunicativo contrario a la norma porque muestra una toma de postura que debe ser interpretada como intensamente contraria a la regla. En el caso 2 hay tres subgrupos:

- a) Apartamientos que tienen por base o bien una ausencia de representación epistémicamente racional, o bien una representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa.
- b) Apartamientos que tienen por base una representación epistémicamente irracional (aun cuando por azar sea, *ex post*, ontológicamente acertada).
- c) Apartamientos que tienen por base una ausencia de representación epistémicamente irracional (p. 189).

Los casos del tipo 2a cubren ciertas situaciones que son paradigmáticamente consideradas como casos de imprudencia. Por ejemplo, un agente manipula un arma de fuego creyendo erróneamente que está descargada y, como resultado, dispara un proyectil y ocasiona la muerte de otro individuo. En este caso, sería apropiado señalar que el agente acepta como correcta la norma que prohíbe el homicidio y que su conducta fue producida por una creencia errónea. Por esta razón, aunque esa pauta de conducta sea disvaliosa, ella no representa un desafío a la norma penal.

Los casos del tipo 2b abarcan situaciones de tentativas irreales o supersticiosas –por ejemplo, casos en que un individuo intenta matar a su enemigo mediante prácticas de vudú– y casos donde el riesgo generado es minúsculo, incluso cuando la consecuencia dañina se haya producido –casos de consumación inesperada–. Pérez Barberá ilustra esta situación con el siguiente ejemplo, que reproduciré aquí de manera simplificada: un individuo consciente de que es portador del virus del sida intenta contagiar a su pareja mediante una relación sexual. Él cree que una relación sexual es suficiente para transmitir la enfermedad, aunque desconoce que la probabilidad de infectar a su pareja es muy baja. Sin embargo, como resultado de esa relación la pareja contrae la enfermedad y muere (p. 190).

Los casos del tipo 2c incluyen los que la doctrina denomina “ceguera ante los hechos”, que para Pérez Barberá se caracterizan por una “toma de postura completamente egoísta” del agente respecto de bienes ajenos. En estas ocasiones el agente no advierte (desconoce) generalizaciones empíricas obvias o normas de conductas elementales en ciertos ámbitos de actuación específicos.

Para Pérez Barberá, en los casos paradigmáticos de imprudencia (2a) y aquellos de consumación inesperada (2b), las decisiones se toman con orientaciones cognitivamente defectuosas. Por ello, en su opinión, las conductas no reflejan un apartamiento intenso de la norma. Por el contrario, en los casos de ceguera ante los hechos (2c) corresponde el mismo reproche que en los casos en los que el agente decide apartarse de la regla con conocimiento óptimo de su situación (caso 1). Estas soluciones ejemplifican en qué medida su reconstrucción del dolo difiere de las propuestas tradicionales. En particular, el hecho de que sea preciso atribuir responsabilidad por imprudencia en los casos de consumación objetivamente inesperada (caso 2b), pero –por el contrario– haya que castigar a título de dolo los casos de ceguera ante los hechos (caso 2c) muestra en qué medida la presencia o ausencia de estados mentales (i.e., conocimiento, voluntad, etc.) es irrelevante para el reproche penal.

La solución de este conjunto de casos es una parte central de la propuesta de Pérez Barberá. Por ello, es necesario destacar que los argumentos a favor de esas soluciones son relativamente escasos y que, en muchas ocasiones, obliga al lector a conjeturar qué razones apoyan a sus conclusiones. Por ejemplo, respecto de los casos de consumación inesperada afirma:

“...la intensidad comunicativa contraria a la regla es igualmente menor, porque ni siquiera el acierto ontológico compensa el desacierto epistémico, esto es: conductas fundadas en creencias obtenidas irracionalmente tienen una repercusión comunicativa devaluada, tanto cuando con ellas no se acierta ontológicamente (que será lo habitual) como cuando sí se acierta” (p. 190).

Sin embargo, no es claro por qué razón los casos de consumación inesperada conllevan una comunicación devaluada. Más aún, si se admite –como Pérez Barberá expresamente reconoce– que el individuo comunica mediante su acción una regla contraria a la violada y pretende validez respecto de

su propia regla, entonces ¿por qué no ver esa actitud como un fenómeno comunicativo intenso? La respuesta de Pérez Barberá no es un argumento sino más bien una repetición de su propia tesis. El punto a dilucidar es por qué razón el acierto ontológico no compensa el desacierto epistémico, y la solución de Pérez Barberá es:

"...objetivamente, dicha comunicación no puede ser tomada en serio como un apartamiento intenso de la regla, atento la falta de correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo" (p. 190).

Sin embargo, esta conclusión es precisamente la que necesita ser probada y, en ausencia de argumentos adicionales, parece injustificada. El mejor candidato para superar esta omisión sería la noción de riesgo. De manera simplificada se podría decir que las conductas poco peligrosas nos preocupan menos que aquellas otras capaces de generar un serio riesgo para los individuos. Sin embargo, ¿por qué privilegiar el riesgo frente a la consumación? Sin una respuesta a este interrogante no hay suficientes razones para atribuir responsabilidad por imprudencia a un agente que quiere, por ejemplo, matar a un individuo, inicia un curso causal con ese fin y logra la consumación del resultado. Por el contrario, hay buenas razones para atribuir responsabilidad a título de dolo a aquellos agentes que deciden violar una norma penal e inician un curso causal tendiente a lograr su objetivo. Con independencia de la posibilidad de éxito o fracaso, la conducta del agente es reprochable ("obra mal") y por ello su acción comunica intensamente, de manera grave, un apartamiento del ordenamiento jurídico. La misma solución puede extenderse a los casos de tentativa irreal ya que el agente está dispuesto a imponer sus valoraciones y preferencias personales frente a lo exigido por las normas jurídicas. En ello radica su actitud dolosa.

Nada impide que nuestros sistemas jurídicos disminuyan el reproche en casos en los que es causal o lógicamente imposible conseguir el resultado típico, pero esta disminución no se justifica —como sostiene Pérez Barberá— porque el agente haya obrado de manera imprudente y no dolosa sino por otras razones de índole político-criminal. En otras palabras, aunque la conducta del agente es dolosa (reprochable de manera grave) pueden existir razones adicionales que inclinan la balanza a favor de castigar de

manera atenuada o incluso conceder a los jueces la posibilidad de dispensar el castigo.¹⁷

Problemas similares pueden indicarse en la solución que ofrece a los casos de ceguera ante los hechos. En estas situaciones,

“...la conducta tiene lugar a partir de una *orientación arbitraria*, y comunica por tanto una toma de postura que, desde un punto de vista objetivo, es intensamente contraria a la de la regla y, por tanto, hostil hacia dicha regla. Ello es así porque ‘arbitrariedad’, en este contexto, significa un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación. Se trata de ausencias de representación tan crasas que, en la medida en que el sujeto no sea un inimputable, sólo pueden ser interpretadas como consecuencias de una toma de postura completamente egoísta (*ceguera ante los hechos*)” (p. 191).

En estos casos la reconstrucción peca de una generalización injustificada. En la discusión contemporánea sobre la ceguera ante los hechos hay un amplio debate sobre casos de ignorancia deliberada en los que los motivos del agente son relevantes para la atribución de responsabilidad y, sin argumentos adicionales, no pueden identificarse con posturas completamente egoístas. Por ejemplo, uno de los casos más conocidos sobre ignorancia deliberada es el llamado “*caso Heredia*”,¹⁸ que puede resumirse del siguiente modo: la señora Heredia conducía un automóvil en el que viajaban sus dos hijos, su madre y una tía. El auto estaba impregnado por el olor de una sustancia limpiadora que, en palabras de su madre y su tía, se debía a una botella de detergente que habría volcado unos días atrás en el vehículo. Sin embargo, ya en la autopista, el nerviosismo de ambas mujeres le hace sospechar que están transportando estupefacientes. Momentos después es interceptada por la policía y se descubre que llevaban marihuana. Heredia fue

17. Ésta es precisamente la solución a la que arriba Hart en su conocido ensayo sobre tentativa inidónea. Véase, Hart, H. L. A., “The House of Lords and Attempting the Impossible”, *Essays on Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 368 y ss. En especial véase la página 389.

18. United States v. Heredia, 483 F.3d 913 (9th Cir.) (en banc), cert. denied, 76 U.S.L.W. 3303 (U.S. Dec. 11, 2007) (No. 07-5762).

condenada mediante la aplicación de la doctrina de ignorancia deliberada (*willful blindness*) que en el ámbito anglosajón permite atribuir una responsabilidad similar a la de los delitos dolosos. La acusación sostuvo que en ese contexto (el olor a detergente, el nerviosismo de las mujeres, etc.) era obvio para cualquier individuo que se estaba transportando estupefacientes y que el desconocimiento de Heredia estaba manipulado para evitar las consecuencias penales. Sin embargo, ¿fue Heredia un agente que actuó sólo movida por el egoísmo y el desinterés? La respuesta es negativa. Heredia argumentó a lo largo del proceso que no pudo parar para constatar sus sospechas porque no existía en esa carretera un lugar idóneo –un lugar que no pusiese en riesgo su integridad física y la de sus hijos– para detener el vehículo. Por supuesto, esas razones que invoca Heredia son de naturaleza prudencial y, en este sentido, refleja una actitud egoísta, pero no parece adecuado asumir que ellas sean irrelevantes para determinar su grado de responsabilidad. De este modo, una gran diversidad de casos que se discuten en la doctrina y en la jurisprudencia bajo el rótulo de ignorancia deliberada (ceguera ante los hechos) escaparían de la reconstrucción de Pérez Barberá. Ahora bien, ¿qué se podría decir de aquellas situaciones que sí están capturadas por su enfoque? En mi opinión, habría que distinguir entre aquellos casos de desconocimiento egoísta y aquellos otros casos en los que el agente evita conocer con el fin de proveerse de una excusa y así burlar las normas penales. Sólo en este último caso correspondería un reproche a título de dolo.¹⁹

V. La génesis de la creencia

Uno de los aspectos más novedosos de la propuesta de Pérez Barberá es el papel que atribuye a la racionalidad en la formación de las creencias y su papel en la atribución de responsabilidad. En su opinión,

19. No puedo abordar aquí las razones para esta distinción pero, usando la terminología de Pérez Barberá, es sensato sostener que un individuo que se coloca deliberadamente en situación de ignorancia comunica un apartamiento más intenso de las reglas que aquel otro agente que no pretende ello. Sobre la relevancia de los motivos en la reconstrucción de la ignorancia deliberada, véase, por ejemplo: Luban, David, "Contrived Ignorance", en *Georgetown Law Review*, 1999, 87, pp. 957-980. También, Ragués, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, op. cit., pp. 145-155.

“Es la relación entre el estado mental de que se trate con su racionalidad epistémica lo que define la cuestión. La racionalidad del modo en que ha sido adquirido o no un determinado estado mental [...] constituye, pues, la *ratio legis* en la que se funda el mayor castigo de ciertas conductas frente a otras” (pp. 199-200).

Más allá de la importancia que tiene la formación de las creencias para la explicación y justificación de las acciones es necesario responder al siguiente interrogante, ¿por qué debería ser más importante la génesis de la creencia que la creencia misma?²⁰

La racionalidad de la génesis de la creencia y la verdad o falsedad de la creencia son factores independientes. La combinación de ambas propiedades da lugar a cuatro casos.

Caso	Génesis	Creencia
1	Racional	Verdadera
2	Racional	Falsa
3	Irracional	Verdadera
4	Irracional	Falsa

Quisiera detenerme en el caso 3, con independencia del interés que pudiesen tener las otras situaciones. En ellos el agente se formó de manera irracional una creencia verdadera. Supongamos que el agente sueña que mezclando dos sustancias químicas determinadas (que de manera separada son inocuas) obtiene como resultado un veneno. De hecho, es verdad que ese líquido es un veneno y se lo suministra a su enemigo con intención de matarlo.

20. Con cierta frecuencia es difícil determinar cuándo y cómo se originó determinada creencia. Dado que creer o no creer no son actos voluntarios sino más bien eventos que nos suceden, en muchos casos ni siquiera con la autorreflexión o el análisis es fiable que identifiquemos la génesis de nuestras creencias.

De las consecuencias de la teoría de Pérez Barberá se sigue que la acción ha de ser reprochada como imprudente. En mi opinión, este resultado es implausible. Al igual que en los casos de consumación inesperada, el agente pretende matar a su enemigo, hace lo que cree necesario para hacerlo, su comportamiento era idóneo para eso y consigue el resultado. A diferencia de los casos de consumación inesperada en los que el riesgo es escaso ya que hay una baja probabilidad de que se obtenga el resultado, en estas situaciones el veneno –podemos suponerlo– es letal y el riesgo es inevitable. Éste sería un caso típico de dolo. Es cierto, siempre podremos encontrar contraejemplos a una teoría y no en todos los casos debemos abandonar la teoría por ello.²¹ Sin embargo, éste es un ejemplo que identifica un caso central de aquellos a los que queremos llamar "dolosos" (dado que tenemos buenas razones para reprochar de manera seria). Así, al no capturar el caso paradigmático, la tesis de Pérez Barberá no presenta un modo diferente de hablar de dolo sino que más bien presenta algo diferente al dolo, es decir un modo distinto de atribuir responsabilidad.

VI. Riesgo y selectividad del derecho penal

Luego de exponer y defender su reconstrucción del dolo, Pérez Barberá analiza cuál es el ámbito de aplicación de estas figuras y si su propuesta supone políticamente una ampliación del castigo. Él afirma:

"En casos de falta de representación, el campo de aplicación de la imprudencia es, de todas formas, mucho más vasto que el del dolo, porque frente a puestas en peligro crasas (i.e., de enorme entidad) lo habitual es que el autor 'vea' el peligro y se abstenga de actuar, mientras que no sucede lo mismo frente a puestas en peligro de menor entidad que, precisamente por esa menor entidad, son imputables a lo sumo como imprudentes [...] Si bien es claro que propongo una reducción del ámbito habitual 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

21. Farrell, Martin, "El papel de los contraejemplos en la teoría ética", en *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 128-132.

una ampliación del ámbito del dolo para los casos de ceguera ante los hechos. Pues bien, respecto a esto último, estoy seguro de que dicha ampliación no es funcional a la selectividad del derecho penal, que es, a mi juicio, el más grave problema político que él genera. Pues los autores que se orientan a partir de configuraciones arbitrarias del mundo no son quienes habitualmente son captados por el sistema penal, sino más bien sujetos que fundan su prepotencia contra las normas penales en su conciencia de su baja vulnerabilidad frente a ellas” (p. 198).

Me interesa detenerme brevemente en su último comentario, i.e., la ampliación que propone no es funcional a la selectividad del derecho penal. Sin duda, ésta es una audaz tesis empírica, pero se extraña alguna evidencia que la respalde. Aunque los datos relevantes para avalar o respaldar su conjetura no están aún disponibles (dado que habría que esperar a que los tribunales recogiesen esta doctrina), hay algunos indicios que no nos invitan al optimismo. Por ejemplo, hay autores como Douglas Husak y Craig Callender que sostienen que el reproche por ignorancia deliberada o ceguera ante los hechos genera justo el efecto contrario al que sostiene Pérez Barberá. Para estos autores el reproche a título de esta figura criminaliza conductas mayormente asociada al tráfico de drogas. Al menos para este tipo de delitos, castigar como dolosas conductas donde el agente no tenía conocimiento sirve para implementar fines específicos y probablemente sesgados de políticas criminales conservadoras (la llamada “guerra contra las drogas”).²² Mediante estas políticas, en general, se persigue y condena a los eslabones más bajos de la cadena que, con frecuencia, son los más pobres y necesitados. Por supuesto, no sostengo que Husak y Callender tengan razón, sólo pretendo señalar que hay voces que han defendido la tesis contraria a la de Pérez Barberá y que él debería considerar cuidadosamente.

Por último, no es conveniente pasar por alto una crítica al modo en que actualmente se está abriendo paso en ciertos ámbitos jurisprudenciales la aplicación de figuras como la ceguera ante los hechos o la ignorancia deliberada. Con frecuencia, señala la crítica, estas figuras son invocadas para

22. Husak, D. y Callender, C., “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, *Wis L. Review*, 29, 1994, p. 60.

sustituir el esfuerzo probatorio en el proceso penal. En cierta medida, la propuesta de Pérez Barberá podría tropezar con la misma dificultad. La razón es que para él la diferencia entre dolo e imprudencia radicaría en la cantidad de peligro que el agente genera con su conducta. Su argumento, entonces, se apoya en la siguiente premisa: como quien genera mucho riesgo *suele* estar consciente de dicho riesgo, todos quienes provocan un gran peligro de un resultado dañino deben responder por dolo. Sin embargo, aunque las personas suelen actuar de determinada manera, ello todavía no dice nada acerca de si un agente actuó de esa manera en concreto. Este último dato es, precisamente, lo que se necesita probar.

VII. Responsabilidad, agentes y razones

Para Pérez Barberá que la dogmática tradicional haya asumido que dolo e imprudencia son cualitativamente diferentes, i.e., la imprudencia sea entendida como una categoría normativa mientras que el dolo como un concepto empírico, es uno de los errores más graves que cometió la dogmática del ilícito (p. 172). Ambos conceptos son normativos y cree que una dogmática objetivista está en mejores condiciones de cumplir con los parámetros liberales de la atribución de responsabilidad ya que:

“...es precisamente gracias a ella que resulta factible descartar como jurídicos penalmente irrelevantes toda una serie de sucesos sin que sea necesario acudir al fuero interno del autor” (p. 201).

Comparto la preocupación de Pérez Barberá de que la dogmática aspire a cumplir con ciertos objetivos liberales de la atribución de responsabilidad. Sin embargo, no estoy de acuerdo en que el modo de lograrlos sea haciendo eco de su teoría. Por el contrario, creo que entender el dolo del modo que Pérez Barberá lo entiende genera una brecha entre, por un lado, la noción agente y explicación de la acción humana y, por otro, la atribución de responsabilidad. A continuación, siguiendo a John Gardner, intentaré brevemente dar razones sobre esta intuición.²³

23. Gardner, John, *Ofensas y defensas - Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-São Paulo, 2012.

La noción de responsabilidad ha sido arduamente discutida a lo largo de los años. El término “responsabilidad” –al igual que sucede con nociones como causa, razonamiento, acción– posee más de un significado.²⁴ En general, en el ámbito jurídico utilizamos el término “responsable” o “no responsable” para afirmar que alguien es apto, o no, para sufrir determinadas consecuencias desagradables (responsabilidad consecuencial). Así, si Juan es responsable de matar a Pedro él puede ser castigado. Sin embargo, hay otra acepción que es central pero ha sido pasada por alto en el ámbito jurídico. La llamada responsabilidad en sentido básico.

Una persona es básicamente responsable cuando posee la habilidad de explicar y dar razones por lo que hizo como agente. Es la capacidad de ofrecer justificaciones y excusas por aquellas acciones que uno realizó. Esta habilidad es innata y nos atraviesa como agentes racionales y, como agentes racionales no podemos aspirar a otra cosa que no sea una explicación de nuestra conducta en términos de razones.²⁵ Por supuesto, ello no quiere decir que siempre que demos una explicación de nuestra conducta en términos de razones ella sea suficiente para justificar un comportamiento. Hay malas y buenas razones. No solamente debo ofrecer razones sino que, en un contexto explicativo, ellas deben ser las razones por las que actué. En general, el derecho penal limita las razones por las cuales uno puede obtener con éxito una justificación o una excusa. Sin embargo, ese no es el tema aquí.²⁶ Lo que quiero resaltar es el valor de tener *la posibilidad* de esgrimir razones y *explicar* por qué realizamos determinada conducta.

Dado que ésta es una aspiración que posee todo ser racional, y ella está en el centro de la idea de responsabilidad, un diseño institucional será más o menos adecuado según facilite o dificulte que los agentes ejerzan su responsabilidad en sentido básico. Y, en gran medida para que esté justificado atribuir responsabilidad consecuencial, i.e., imputar consecuencias desagradables a una persona, es necesario que primero ella haya sido considerada

24. Platts, Mark, *Ser responsable - Exploraciones filosóficas*, Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM), México, 2012, pp. 21 y ss.

25. Gardner, John, *Ofensas y defensas*, “El sello de la responsabilidad”, op. cit., pp. 197-202.

26. Para un desarrollo de estas ideas, véase: Gardner, John, *Ofensas y defensas*, “Justificaciones y razones”, op. cit., pp. 125-135.

básicamente responsable. Así, un diseño institucional donde el núcleo de la responsabilidad se encuentra en el riesgo que un agente genera con su comportamiento es un sistema que no da lugar a que el agente explique adecuadamente las razones por las que actuó. Este sistema está estructurado para que ellas sean irrelevantes. En consecuencia, éste es un sistema que disminuye el valor que posee tratar a las personas como agentes racionales.

Si esto es así, un enfoque como el de Pérez Barberá, que posee aspiraciones objetivistas, que no tienen en cuenta aquello que el agente creyó y quiso al momento de hacer lo que hizo, que imputa dolo ante puestas en peligro crasas porque *lo habitual* es que el sujeto haya visto el peligro (p. 198), es un diseño que apunta a eliminar la posibilidad de que el agente ofrezca razones –e.g., excusas o justificaciones– por su comportamiento. Es un enfoque que descuida la responsabilidad en sentido básico, se aleja de la idea de agente como eje central del proceso y, en consecuencia, es un sistema que se aleja, más que se acerca, al ideal liberal.

VIII. Balance

El trabajo de Pérez Barberá es interesante y provocativo. Él propone una noción novedosa del dolo para que ésta supere las dificultades que tradicionalmente ha señalado la dogmática. Aquí, he presentado algunas de las dudas que me genera su trabajo.

- No se debería dar por supuesto que por el hecho de que la dogmática pueda hacer las modificaciones que considere pertinentes (de *lege ferenda*), esas modificaciones puedan ser utilizadas por los jueces al momento de justificar el castigo.

- Con respecto a la noción de dolo como concepto normativo, se debe señalar que por el hecho de calificar como normativo a un concepto no se sigue que éste no pueda explicarse en términos empíricos. Si se insiste en los enfoques no naturalistas como el de Kelsen o Moore, Pérez Barberá debería enfrentarse a preguntas tales como: ¿es el dolo un concepto simple? ¿Asumiría que la explicación del dolo requiere la presuposición de una norma básica?

- Los casos de consumación inesperada, tentativa irreal y ceguera ante los hechos necesitan una mayor argumentación. En particular, se debería explicar por qué motivo el (des)acierto ontológico no compensa el desacierto epistémico.

- La insistencia en la génesis de la creencia puede ocasionar una pérdida de equilibrio conceptual ya que se tornaría incompatible con la explicación paradigmática de ciertos casos de dolo.

- Un diseño institucional como el que propone Pérez Barberá podría conducirnos a dejar al margen al individuo como eje central de la atribución de responsabilidad, es decir, como ser capaz de ofrecer razones (explicar y defender) su comportamiento.

De ninguna manera, estas críticas o sugerencias pretenden opacar la importancia de su trabajo. Las ideas de Pérez Barberá ayudan a replantearnos problemas e intuiciones arraigadas acerca del dolo. Como señala Hart, incluso frente a afirmaciones heterodoxas podemos afirmar que:

“...entendidos en su contexto, tales enunciados son *a la vez* esclarecedores y desconcertantes: se parecen más a gruesas exageraciones de algunas verdades sobre el derecho, indebidamente desatendidas, que a definiciones frías. Arrojan una luz que nos hace ver mucho que permanecía oculto en el derecho; pero la luz es tan brillante que nos ciega respecto del resto y seguimos así sin una visión clara del conjunto.”²⁷

En teoría del derecho y en dogmática jurídica rara vez se avanza sustancialmente al señalar los errores de las teorías rivales. Más bien, es necesario recuperar la intuición central de nuestro adversario conceptual, corregir sus exageraciones e incorporarlo en un nuevo esquema teórico. En este sentido, quisiera concluir subrayando qué intuiciones de Pérez Barberá me parecen especialmente valiosas aun cuando, como he insistido en este trabajo, ellas tengan que ser reformuladas.

- *La dimensión normativa del dolo.* Al igual que Pérez Barberá creo que sería incomprensible una reconstrucción completa y adecuada del dolo que no conectase a este concepto con el carácter normativo de nuestras prácticas de atribuir responsabilidad. Sin embargo, a diferencia de su propuesta, no encuentro dificultades especiales en caracterizar al dolo como un fenómeno mental específico (conocimiento, voluntad, etc.). En mi opinión, los estados mentales son supervinientes respecto de fenómenos físicos neuronales y por

27. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 2-3.

esa razón, la caracterización del dolo como fenómeno mental no compromete necesariamente con una reducción naturalista.

- *La génesis de las creencias.* Un mérito innegable del trabajo de Pérez Barberá es llamar la atención sobre el modo en el que se generan nuestras creencias y su conexión con nuestros estándares de racionalidad. Sin embargo, a diferencia de su propuesta creo que el lugar más apropiado para analizar este fenómeno es en el clásico contexto de las excusas y justificaciones. La explicación de nuestras acciones es una etapa decisiva en la atribución de responsabilidad. Mediante ella fijamos el contexto de aquello que el agente hace, a diferencia de lo que meramente le ocurre o padece. Por ello, la explicación de la acción es inseparable de las creencias y motivaciones del agente. En la medida en que fuese posible una mejor comprensión de la génesis de esas creencias y de su papel en la formación de las premisas prácticas que nos llevan a la acción ganaríamos también un mayor entendimiento de las defensas que un agente puede esgrimir frente a la atribución de responsabilidad.

- *La ceguera ante los hechos.* Es indudable que los fenómenos de ceguera ante los hechos y de ignorancia deliberada nos fuerzan a revisar nuestra manera tradicional de atribuir responsabilidad. En nuestras sociedades contemporáneas nos enfrentamos cotidianamente con situaciones de alta complejidad (movimientos de capitales, supervisión de transacciones comerciales o estructuras productivas, etc.) en las que los agentes tienden a pasar por alto detalles relevantes de lo que están haciendo. Ello puede, como sugiere Pérez Barberá, ser consecuencia del más completo egoísmo y desinterés del agente, y, en este sentido, esas conductas pretenden aprovecharse de las excusas que ofrece el derecho penal para los casos de desconocimiento. Sin embargo, como he tratado de mostrar anteriormente, esas no son las únicas motivaciones relevantes en los casos de ignorancia deliberada. Al igual que Pérez Barberá considero que hay buenas razones para reprochar de una manera más grave a los agentes que fraudulentamente manipulan el contexto epistémico para descargar su responsabilidad, pero creo también que es necesario dejar suficiente espacio para que los agentes puedan explicar las razones de su ignorancia. De esta manera, no es la ceguera ante los hechos o la ignorancia deliberada una doctrina que sustituya a la prueba del dolo sino que resulta un complemento indispensable para atribuir responsabilidad de manera razonable.

IX. Bibliografía

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 439-463.
- Austin, John, *How to do Things with Words*, Clarendon Press, Oxford, 1962.
- Bulygin, Eugenio, “Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Bulygin, Eugenio, “True or False Statements in Normative Discourse”, *In Search of a New Humanism - The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Rosaria Egidi (ed.), Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 1999, pp. 183-191.
- Bunge, Mario, *La invención científica*, Ariel, Barcelona, 1983.
- Carrara, Francesco, *Derecho Penal*, Editorial Mexicana, México, 1997, 107.
- Carnap, R., *The Logical Syntax of Language*, Routledge & Kegan Paul, London, 1971.
- Farrell, Martin, “El papel de los contraejemplos en la teoría ética”, en *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 128-132.
- Gardner, John, *Ofensas y defensas - Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-São Paulo, 2012.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999.
- González Lagier, Daniel, *Las paradojas de la acción*, Universidad de Alicante, Alicante, 2001.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- Hart, H. L. A., “The House of Lords and Attempting the Impossible”, en *Essays on Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 367-392.
- Hart, H. L. A., “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 1-27. También en Betegón, J. y de Páramo, J. (coord.), “Introducción a los principios de la pena”, *Derecho y moral*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 163-181.

- Hudson, W. D., *La filosofía moral contemporánea*, Alianza Editorial, Madrid, 1974.
- Husak, D. y Callender, C., "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", *Wis L. Review*, 29, 1994, pp. 29-69.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 2000.
- Luban, David, "Contrived Ignorance", en *Georgetown Law Review*, 1999, 87, pp. 957-980.
- Manrique, M. L.; Navarro, P. E., y Peralta, J. M., *La relevancia de la dogmática*, Colombia, Universidad del Externado, 2011.
- Moore, George, *Principia Ethica*, Centro de Estudios Filosóficos UNAM, México, 1959, pp. 6-19.
- Moreso, José Juan, "Lenguaje jurídico", en *El derecho y la justicia*, Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.), Trotta, Madrid, 1996, pp. 105-116.
- Pérez Barberá, Gabriel, "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", en *Pensar en derecho*, 2012, 1, 169-211. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-1.php>
- Platts, Mark, *Ser responsable - Exploraciones filosóficas*, Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM), México, 2012.
- Ragués, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 197.
- Searle, John, *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 2001.
- Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- United States v. Heredia, 483 F.3d 913 (9th Cir.) (en banc), cert. denied, 76 U.S.L.W. 3303 (U.S. Dec. 11, 2007) (No. 07-5762).