

Réplicas a Fernando Córdoba e Íñigo Ortiz de Urbina

Gabriel Pérez Barberá
Universidad Nacional de Córdoba
y Universidad Torcuato Di Tella

Respondo aquí a las críticas efectuadas a mi trabajo, titulado “Dolo como reproche”, por mi amigo Fernando Córdoba y por Íñigo Ortiz de Urbina. Que juristas de su talento y prestigio se hayan ocupado con detalle de mis reflexiones sobre el concepto de dolo es algo que me honra, y aquí quiero expresarles, ante todo, mi sincera gratitud. Por razones editoriales absolutamente comprensibles he contado, para mi pesar, con muy poco tiempo para dar forma a esta réplica, por lo que no podré efectuar más que algunos comentarios generales a cada una de ellas. En ese sentido, éste es el lugar también para expresar mis disculpas a los colegas por no responder sus objeciones con la minuciosidad que hubiese correspondido, aunque seguramente no faltará oportunidad para ello, en alguna futura publicación. De hecho, no he dispuesto directamente de tiempo para responder las críticas de mi querida amiga Laura Manrique (recibí su trabajo hace escasos días), pero aprovecho este espacio para comprometerme ante ella a concretar esa respuesta próximamente.

Con Fernando Córdoba (en adelante FC), conforme lo expresado por él en su trabajo, nos unen más acuerdos que desacuerdos. Él acepta como correctas a casi todas mis tesis centrales, por lo que, al respecto, sólo puedo expresar mi beneplácito. Su aporte, como él mismo lo indica, apunta a sugerir como complementaria para mi trabajo la tesis de Günther Jakobs (que él comparte) de la evitabilidad individual. En la medida en que la idea de evitabilidad individual afecta a lo que se denomina “imputación objetiva”, lo que se asuma o no respecto de ella no tendrá repercusiones directas en la dogmática del dolo, aunque sí, desde luego, en la de la imprudencia, y por tanto indirectamente en la del dolo. Por eso, en mi tesis doctoral he dedicado una buena cantidad de páginas a poner de manifiesto muchas

tensiones entre lo objetivo y lo individual que se observan en la construcción del Jakobs de esa época y que sí afectan a la dogmática del dolo.¹ Quizás sea pertinente recordar aquí algunas de esas objeciones, para que en este lugar quede en claro que no es obvio que la idea de evitabilidad individual pueda ser complementaria de mi concepción. Cito textualmente:

“Para afirmar o negar el dolo, Jakobs emplea criterios diferentes a distintos grupos de casos:

a) *Afirma* el dolo fundándose en un criterio *individual*. Ésta es su propuesta genérica para los casos estándares, pero también resuelve conforme a este criterio algunos casos límite, como el de la correa de cuero: ‘...el autor sólo actuará con dolo si –como es de esperar por lo general– se vuelve a representar el carácter letal del procedimiento...’. Conforme a esto, lo que decide en definitiva es lo que el autor se representa, no lo que ocurre en general.

b) *Afirma* el dolo fundándose en un criterio *objetivo*. Ésta es su posición respecto de los casos de habituación a riesgos anormales o excesivos por parte de un autor acostumbrado a una vida demasiado peligrosa.

c) *Niega* el dolo fundándose en un criterio *individual*. Ésta es su posición respecto de los grupos de casos constituidos por supuestos de ceguera ante los hechos y habituación al riesgo debida a la participación normal en el tráfico.

d) *Niega* el dolo fundándose en un criterio *objetivo*. Así procede con relación a los casos de tentativas basadas en representaciones irracionales o supersticiosas, o de los supuestos en que el autor acepta un riesgo demasiado fácilmente por fundarse en condiciones extravagantes.

Lo primero que queda manifiesto tras esta breve enumeración es que Jakobs procede conforme a una tópica muy elemental, dando a cada grupo de casos la solución que juzga necesaria o conveniente, aplicando criterios incoherentes entre sí. Pues lo cierto es que en los casos de habituación a riesgos anormales (personas acostumbradas a un *modus vivendi* demasiado peligroso) el autor no se representa el peligro, y sin embargo Jakobs,

1. Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 428 y ss.

apoyándose en criterios objetivo-generales, abandona aquí el baremo individual y afirma el dolo. Por el contrario, en los casos de ceguera ante los hechos, en los que el autor tampoco se representa el peligro, Jakobs se afirma en el baremo estrictamente individual y niega el dolo”.²

De todas formas, es claro que mi concepción acerca del dolo sí está muy cerca del último Jakobs, a quien también toma especialmente en cuenta FC en sus propios y muy interesantes desarrollos dogmáticos,³ y eso es, en parte, lo que explica algunas de nuestras coincidencias.

Muy diferente es la situación con el trabajo de Ortiz de Urbina (en adelante OdU), quien rechaza enfáticamente mi concepto de dolo a partir de sus fuertes desacuerdos metodológicos y axiológicos con mi construcción. Acerca de sus críticas metodológicas, le expreso mi gratitud y reconocimiento porque algunas de ellas son a mi juicio acertadas. Para mi sorpresa, sin embargo, una vez reacomodadas (no eliminadas) ciertas piezas argumentales, mi tesis no resulta afectada.

Por sólo poner algunos ejemplos, cabe hacer notar que, pese a que en mi libro sobre dolo eventual separaba la aproximación sintáctica al concepto de dolo estrictamente de la aproximación semántica y de la aproximación pragmática, en este artículo uní la aproximación semántica con la pragmática, lo cual me es reprochado por OdU. Dada la importancia de las teorías pragmáticas del significado,⁴ ello no me parece un problema en sí mismo. El cambio, de hecho, obedeció en parte a la necesidad de abreviar, pero también a que en este último tiempo, por otros intereses académicos completamente ajenos a la problemática del dolo, me he ido acercando cada vez más a Habermas, y por consiguiente a teorías pragmáticas del significado, así como a enfoques sociológicos y filosóficos que ponen en primera línea argumentos pragmatistas. El cambio, entonces, no fue arbitrario, pero tampoco estuvo suficientemente justificado, por lo que, hasta que no pueda encarar con detalle esa justificación, renunciaré a él. También es verdad que incluí

2. Pérez Barberá, op. cit., p. 429 y s.

3. La mejor muestra de ellos es su magnífica tesis doctoral, publicada como *La evitabilidad del error de prohibición*, en Marcial Pons, Madrid, 2012.

4. Cf. Acero, Juan J., Bustos, Eduardo, Quesada, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Cátedra, Madrid, 2001, p. 167 y ss.; Fabra, Pere, *Habermas: lenguaje, razón y verdad*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2008, p. 129 y ss.

algunas líneas en la aproximación sintáctica que, en verdad, son propias de la aproximación semántica. Sepárense entonces las tres aproximaciones estrictamente, elimínese toda referencia semántica en la aproximación sintáctica y colóquesela bajo el subtítulo que corresponde, y las conclusiones, en lo pertinente, permanecen igual, es decir, sin debilitamiento alguno por este motivo.

OdU dedica una notable cantidad de espacio a criticar no sólo mi concepto de dolo, sino también mis críticas a otros conceptos de dolo. Quisiera por tanto, aunque sea muy brevemente, responder eso. El núcleo de la objeción de OdU es el siguiente: según él, yo por un lado critico conceptualmente a la idea psicológica de dolo por estar fundada en una falacia naturalista (dado que esa concepción considera que es obligatorio que determinados estados mentales sean elementos del concepto de dolo), pero luego, por otro lado, admito como correcta a esa idea en la medida en que se acepte que es por razones normativas que tales estados mentales deban estar presentes para que pueda decirse que un caso es doloso. Frente a eso, OdU dice:

“[E]n 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)”.

Si yo estuviese criticando *a un mismo concepto de dolo* por razones conceptuales y por razones normativas, sin mayores especificaciones acerca de la índole diferente de esos dos enfoques, sería acertado sugerir –como lo hace aquí OdU– que yo no comprendo la diferencia entre ambos planos. Pero lo que quizás él no ha advertido es que yo estoy criticando a *diferentes conceptos de dolo*: aquellos que incluyen estados mentales por identificarlos directamente con el dolo y aquellos que incluyen estados mentales por considerarlo conveniente. Obviamente, sólo para los primeros corresponde la crítica de la falacia naturalista, y a los segundos está dirigida la crítica axiológica. Esta diferenciación en mi crítica no es, por lo demás, arbitraria. Ella

se justifica porque, sobre todo en Alemania, y aunque parezca sorprendente, hay muchos autores que consideran que el conocimiento debe ser un elemento constitutivo del dolo porque directamente *identifican* conocimiento con dolo (las referencias bibliográficas están en mi artículo). Mientras que hay otros autores que, sin cometer esa evidente falacia naturalista, sostienen que es por razones normativas que determinados estados mentales deben ser considerados requisitos necesarios para que haya dolo. Los primeros, entonces, merecen mi crítica conceptual. Porque, como mínimo, muestran una llamativa despreocupación por expresarse adecuadamente; y, como máximo, cometen falacias naturalistas en virtud de genuinas inadvertencias de ese error categorial. Por supuesto que es posible, caritativamente, reconstruir la concepción tradicional del dolo del modo en que lo hace OdU. Pero antes es necesario señalar que la manera con que algunos de los defensores de esa concepción tradicional caracterizan al dolo es conceptualmente errónea. En no pocos casos la identificación entre dolo y conocimiento es lisa y llana y los autores que la predicán ni siquiera dejan margen como para que pueda decirse que, en realidad, están pensando en otra cosa, i.e., que en rigor estamos ante una fundamentación entimemática de una idea diferente (otra vez: las referencias bibliográficas y jurisprudenciales indispensables están en mi artículo).

Otra rápida consideración que quisiera hacer respecto a la cuestión conceptual, directamente relacionada con la del párrafo anterior, es la siguiente: con su ejemplo del encargado varón de los baños de mujeres, OdU se coloca en una posición a partir de la cual no vería ningún problema en que, por ejemplo, la jurisprudencia alemana hable de “querer en sentido jurídico” (caso de la correa de cuero), y que ese “querer” sea precisamente aquello que, en el lenguaje ordinario, significa “no querer”. Uno puede, ciertamente, comprender esas formulaciones a partir de la obvia consideración de que fueron formuladas así por razones prácticas y no porque sus emisores sean tan incompetentes como para no distinguir la diferencia entre querer y no querer, o ser varón y ser mujer, pero no tiene por qué aceptarlas como no problemáticas, cuando sí lo son. Nada impedía a quien escribió la regla de los baños decir algo así como “no obstante lo anterior, si el encargado es varón podrá ingresar a los baños para efectuar sus tareas”, en lugar de optar por la absurda frase de “a los efectos anteriores, también es mujer el encargado”. El legislador puede estipular conceptos por razones prácticas, desde luego, pero siempre que con ello no deje de lado convenciones

lingüísticas elementales para que el entendimiento sea posible o, al menos, no innecesariamente dificultoso.

Por otra parte, a OdU no le satisface que acuda a teorías tan generales como la de Luhmann o la de Habermas para fundamentar mi concepción. Y en particular no le satisface que las fundamente en *ambos* autores, cuando las distancias teóricas entre ellos son tan obvias y enormes que una fundamentación así generaría, según interpreto, como mínimo perplejidad. Y son en efecto obvias esas distancias entre ambos autores: expresamente lo reconozco en mi trabajo. Tal vez no he sido suficientemente claro en relación con este aspecto de la fundamentación de mi teoría, pero no es mi intención apoyarme en Luhmann y en Habermas como si entre ellos nada pasara. Mi propósito, tanto en mi tesis doctoral como en este artículo, pero más aún en este último, es, antes bien, demostrar que mi concepto de dolo es compatible tanto con una concepción de la sociedad entendida en términos de teoría social de sistemas como con aquella que la entiende en términos de teoría de la acción comunicativa. Y con ello mostrar que si mi concepto de dolo resiste esos dos modelos tan potentes, entonces podría augurarse a mi concepción, tal vez, algún futuro.

Esto muestra que el apoyo buscado en estos autores —y en otros— persigue apuntalar, ante todo, el aspecto descriptivo de mi investigación. Porque, tal como ha sido dicho en ella, una de sus finalidades principales es mostrar que el dolo no es lo que se dice que es. Pero esto no significa que, como afirma OdU, mi trabajo no tenga premisas axiológicas para fundamentar, también, por qué es correcto el concepto de dolo que yo reconstruyo y propongo. Más adelante me ocuparé de la cuestión axiológica. Ahora regresemos a Luhmann y Habermas. Mis convicciones teóricas al momento de escribir mi tesis doctoral hicieron que considerara a Luhmann más próximo que Habermas, y que por lo tanto fundara mis ideas más en aquel que en este último. Pero eso, como dije, ha cambiado ahora. En este momento creo, de hecho, que Habermas ofrece mejores puntos de partida para mi desarrollo dogmático penal sobre el dolo. En el trabajo que ha sido objeto de estas críticas se aprecia, según creo, esta transición, o esta tensión inclusive, que hace que ambos autores estén presentes en la fundamentación teórica, aunque, debo reconocerlo, sin demasiada argumentación de por qué (en gran parte esto último ha sido producto de la falta de espacio en un artículo tan breve). De todos modos, un acercamiento a Habermas no implica dejar de lado a Luhmann. Cualquier lector de Habermas sabe que el gran cometido

descriptivo del tomo II de su *Teoría de la acción comunicativa* es demostrar que una adecuada explicación de la sociedad no es ni aquella que se agota en la idea de sistemas ni aquella que se agota en la idea de mundo de la vida. La teoría de la acción comunicativa de Habermas pretende presentarse, de hecho, como aquella explicación de la sociedad que acepta ambas ideas, esto es, que acepta la existencia de sistemas en el marco de un mundo de la vida estructurado lingüísticamente. Desde Habermas, entonces, la mirada hacia Luhmann no se cierra, todo lo contrario. Es cierto que, para esa mirada hacia la teoría social de sistemas, Habermas toma como referencia fundamentalmente a Parsons, no a Luhmann. Pero es completamente plausible que, hoy, esa mirada atienda más a Luhmann, dado que en la actualidad es él –y no ya Parsons– el principal representante de la teoría social de sistemas.

Y esto es precisamente lo que yo he querido reflejar en mi trabajo: que mi concepto de dolo tiene apoyo tanto en razones vinculadas a los presupuestos pragmático-formales propios del mundo de la vida, como en razones vinculadas al tipo de comunicación que postula la teoría de la acción comunicativa (lingüísticamente mediada y orientada al entendimiento), y también en razones vinculadas al tipo de comunicación que postula la teoría social de sistemas (sin –necesaria– mediación lingüística y orientada a la preservación autopoiética). Traducido a bibliografía, esto implica referencias necesarias tanto a Habermas como a Luhmann. Y si tiene razón Habermas en el punto esencial de que una sociedad no puede ser explicada correctamente sin atender tanto a los sistemas como al mundo de la vida, entonces no debería llamar la atención que yo quiera demostrar que el concepto de dolo que propongo es –descriptivamente– consistente en relación con el derecho entendido como sistema social y *también* en relación con el derecho entendido como parte de un horizonte de racionalidad estructurado a partir de una normatividad lingüística que el mismo derecho contribuye a conformar. Así, con la mirada en los sistemas cabrá analizar qué comunica una acción dolosa, y, con la mirada en el mundo de la vida, qué de ninguna manera puede comunicar o qué de ninguna manera puede dejar de comunicar. Por supuesto que esto es muy general, pero eso está asumido –y expresamente– en mi trabajo. Su relevancia teórica reside en que muestra a mi concepto de dolo como un concepto *posible* en nuestras sociedades contemporáneas, según dos de sus explicaciones más importantes. Y esa es una demostración que es mejor hacer cuando se propone un concepto de dolo tan diferente al tradicional.

Creo, para resumir esta parte de mi réplica a OdU, que en mi trabajo he logrado una reconstrucción conceptual plausible, en términos descriptivos, de aquello que el dolo es en nuestras prácticas jurídico-penales. Creo que no tiene razón OdU cuando afirma que estas fundamentaciones teórico-sociales no sirven para fundamentar conceptos de la dogmática jurídica, o que ellas solamente pretenden dar una mera pátina de “cientificidad” a los análisis dogmáticos. Sí me parece razonable, en cambio, la postura de Milla-leo, que cito en mi trabajo y en la que también se ha fijado OdU, en el sentido de que esas macroteorías sí pueden servir para fundamentar conceptos jurídicos, sólo que desde un lugar muy general, y que la semántica propia de esos conceptos debe ser reconstruida, en lo que hace a los detalles, por la dogmática jurídica. Y ya en ese plano no es muy difícil demostrar, a partir de argumentos sólo dogmáticos, que el dolo es y funciona como la imprudencia; que la diferencia entre ambos es sólo cuantitativa; que sí puede haber imprudencia con y sin representación, entonces puede haber también dolo con y sin representación, etc. Y no encuentro argumentos en la crítica de OdU que refuten específicamente *esto*, que es lo que realmente importa de mi propuesta.

Otra cuestión, ciertamente diferente, es si *está bien* que el dolo sea lo que yo digo que es y que funcione como yo digo que funciona. Con relación a esto la crítica de OdU es arriesgada. Porque no dice simplemente que mi fundamentación axiológica no es adecuada, sino, directamente, que mi propuesta *carece* de fundamentación axiológica, dado que, según él, en mi trabajo no es posible advertir en qué premisas axiológicas fundo la corrección de las consecuencias prácticas que derivó. En ello, sin embargo, hay una exageración evidente, precisamente porque es evidente que sí están, y que son explícitas, esas premisas axiológicas. El segundo axioma del que parte mi teoría es, como puede apreciarse con una simple lectura, tanto descriptivo como axiológico. Él dice:

“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*".

La parte en cursiva indica la premisa axiológica central en el marco de mi propuesta (y de ella derivan muchas otras, igualmente explicitadas cuando abordo la cuestión de la *ratio* del mayor castigo del delito doloso). Cuando, en otra ocasión, me ocupe de las críticas de Laura Manrique, volveré sobre el aspecto axiológico. Para refutar la crítica de OdU ("*no hay premisas axiológicas*") este señalamiento es suficiente.

Lo que a mi juicio es una exageración de OdU no se limita a su afirmación de que en mi trabajo no existen premisas que sí existen. También abarca a su descripción de las consecuencias de mi tesis. Con relación a ello dice que, respecto a si la presencia de representación en quien actúa ilícitamente hace (*ceteris paribus*) más reprochable su conducta, yo entiendo que no (sin más), mientras que la mayor parte de la doctrina entiende que sí. Y a continuación describe a esa (así presentada) respuesta mía como "radical". Con ello –y con el resto de su desarrollo de esta objeción– da a entender que, en mi opinión, la representación del autor *nunca* es relevante para el dolo. Inicia así el camino para hacer con mi tesis lo que él, en uno de sus libros,⁵ tanto ha criticado –y con razón– a otros autores: convertirla, a través de una descripción errónea y estereotipada, en una suerte de "enemigo ideal" para confrontarla con otros puntos de vista. Voy a ser muy breve porque creo que mi posición al respecto está muy clara en múltiples pasajes de mi artículo: a mi juicio, sólo en los casos de "ceguera ante los hechos" la ausencia de representación no desgrava al autor. Y esos son casos muy especiales y, sobre todo, marginales en la praxis. Por las características de estos casos, de hecho, lo que resulta particularmente injusto es que, como opina OdU y

5. En *La excusa del positivismo*, Civitas, Madrid, 2007.

la doctrina mayoritaria, deba considerárselos imprudentes, en vez de dolosos, que es lo que yo sostengo. Creo que en mi trabajo está suficientemente demostrado por qué esa posición mayoritaria es injusta, y por supuesto que esa demostración tiene como punto de partida la premisa que OdU dice que falta, y que aquí he destacado más arriba con una cita textual de mi trabajo.

Si una conducta comunica más intensamente en contra de una norma jurídico-penal, tiene que merecer una pena mayor. Ello es así no sólo en virtud de la razón explicativa de que, de lo contrario, el sistema no se estabiliza, sino también en virtud de la razón normativa (y específicamente axiológica) de que, en el sistema de derecho penal vigente, las conductas más graves (o con más contenido de ilícito) merecen más reproche que las menos graves. Y en mi teoría una conducta que comunica más contra una norma jurídico-penal es una conducta más grave que una que comunica menos. He desarrollado un argumento para demostrar eso y he desarrollado, a su vez, un argumento para demostrar por qué un caso de ceguera ante los hechos comunica una toma de posición muy intensamente contraria a la norma. Podrán considerarse insatisfactorias esas demostraciones, o erróneas, al igual que aquella identificación entre grado de poder comunicativo y grado de reprochabilidad. Pero no puede negarse que en mi trabajo *hay* una fundamentación axiológica (que es precisamente ésta) para esta consecuencia que preocupa –no sin buenas razones– a OdU, tal como lo ha expresado en sus muy fundamentadas y estimulantes objeciones.