

Sobre lo que el Derecho le debe a la Filosofía

Por Miguel Alejandro Herszenbaun

I. Introducción

Es quizá una verdad de Perogrullo. Como dice Borges, una de esas ideas irrefutables en las que nadie cree. Pero el Derecho es una disciplina que se mezcla y se enriquece de otras disciplinas. La filosofía ocupa, sin dudas, un lugar fundamental en este sentido. Un gran número de problemas jurídicos son, en verdad, problemas heredados de la filosofía. Entre ellos podemos contar la relación entre la norma y la acción, el origen y esencia de los derechos naturales, el alcance del poder del Estado. Sin embargo, entre todos ellos, encuentro un problema jurídico fundamentalmente unido a la historia de la filosofía: la relación del dolo con la noción de sujeto.

En lo siguiente, se alegará a favor de la integración entre estas dos disciplinas. Nuestro alegato consistirá en mostrar cómo los problemas teóricos que la ciencia del Derecho encuentra en la noción de dolo son, estrictamente, problemas filosóficos que requieren ser analizados teniendo en cuenta la historia de la filosofía. Así, presentaremos la relación entre el dolo y la noción moderna de sujeto y algunos enfoques distintos que podrían solucionar los problemas originados en la noción de dolo.

II. El dolo y el sujeto moderno o todos somos cartesianos

En lo siguiente presentaremos el problema del dolo y su relación con la noción moderna de "sujeto". Consideramos que la noción de dolo se fundamenta en la noción de sujeto: como una conciencia cerrada sobre sí misma, compuesta de entendimiento y voluntad, y con un acceso privilegiado a sus contenidos y representaciones. Como veremos, desatender el vínculo entre la noción de "dolo" y "sujeto" conduce al Derecho a arrastrar sin saberlo una definición problemática y comprometedoras de la que tampoco podrá desprenderse.

Veamos un poco qué supone la concepción moderna de sujeto y la noción de dolo. Considerado brevemente, el dolo suele ser definido como conocimiento y voluntad de llevar a cabo la acción típica. Esto significa que el sujeto activo del delito en cuestión *sabe* y *quiere* realizar la acción descrita en el tipo penal.¹

¹ Cfr. M. Kierszenbaum, "Las funciones del Derecho penal y del proceso penal", pp. 16, 19-20. Allí también se encuentran desarrolladas y analizadas otras caracterizaciones del dolo.

Ahora bien, la noción de dolo presupone una definición de sujeto. Un sujeto poseedor de voluntad y conocimiento, es decir, entendimiento. La tradición moderna iniciada por René Descartes describe así al sujeto.² Podríamos rastrear cómo Descartes y sus sucesores conciben al sujeto y ver cómo esto se relaciona con el dolo. La concepción típicamente moderna del sujeto es aquella que encontramos como fundamento de nuestra noción jurídica de dolo.

Como se sabe, Descartes comienza metodológicamente sus reflexiones con una duda exacerbada o hiperbólica.³ El objetivo de tal duda es de naturaleza metódica y pretende despejar el camino hacia la verdad: no tomar nada por verdadero que no se nos presente como claro y distinto, es decir, indubitable.⁴ El resultado de esa primera consideración es el descubrimiento del conocido “cogito ergo sum”, esto es, “pienso, luego existo”.⁵

El descubrimiento del cogito es el descubrimiento de la autoconciencia, del pensamiento de sí mismo como núcleo fundamental de la subjetividad. Ser sujeto es poder decir yo, poder reconocer la identidad de mí mismo conmigo mismo: poder reconocer que esto que piensa soy yo mismo.

Y conduce a Descartes a reconocer que soy una cosa que piensa⁶, esto es, una suerte de sustancia inmaterial (digamos, alma) que se diferencia conceptual y ontológicamente de las sustancias extensas, es decir, los cuerpos o la materia.⁷

El núcleo fundamental de la subjetividad está puesto, entonces, en el yo, en el pensamiento que estará dividido en entendimiento y voluntad. Esto es, en la facultad que permite entender y la facultad que permite afirmar o rechazar. Ahora bien, el sujeto autoconsciente hace las veces de fundamento gnoseológico. El terreno de la verdad se encuentra fundado en la autoconciencia, es decir, en el campo abierto al interior del pensamiento privado, de las representaciones que el sujeto posee al interior de sí mismo: si la única verdad indiscutible sobre la cual pueden fundamentarse todas las restantes verdades radica en el propio pensamiento, entonces todas las verdades dependerán de que el sujeto sea capaz de reconocerlas como tales y eso será posible en la medida en que se las encuentre en la interioridad del sujeto como claras y distintas.

El descubrimiento del cogito es el descubrimiento de la autoconciencia, del pensamiento de sí mismo como núcleo fundamental de la subjetividad. Ser sujeto es poder decir yo, poder reconocer la identidad de mí mismo conmigo mismo: poder reconocer que esto que piensa soy yo mismo.

² Descartes, R., *Meditaciones metafísicas*, Barcelona, RBA, 2004, pp. 163-164.

³ *Ob. Cit.* pp. 132-136. Allí Descartes presenta la figura del genio maligno como causa posible de error sistemático.

⁴ *Ob. Cit.* p. 131. Cuestión expresada en el primer principio del método, *Discurso del método*, Barcelona, RBA, 2004, p. 50.

⁵ *Meditaciones*, p. 135.

⁶ *Loc. Cit.*

⁷ *Ob. Cit.* p. 180.

Esta concepción del sujeto, su relación con la verdad y la noción jurídico-teológica de responsabilidad tienen su antecedente, si seguimos a Foucault, en la institución medieval de la confesión (o al menos se entrecruzan ahí). Según Foucault, el medioevo se propone configurar al sujeto como el terreno de la interioridad, de la reflexión interna que debe ser explorada por la institución clerical, pues en la interioridad y aun sin que cada uno lo sepa, puede encontrarse el mal y el pecado. La institución de la confesión se vuelve necesaria: aun en el menor y más intrascendente de los pensamientos no confesados puede encontrarse el pecado, por lo que la vigilancia externa de la interioridad es indispensable.⁸

La consideración de la concepción cartesiana del sujeto y la descripción del sujeto medieval y moderno hecha por Foucault nos permiten vincular más claramente al sujeto con el dolo.

La conciencia moderna, cerrada sobre sí misma, es tanto la cuna de los pensamientos como también el

fundamento de la verdad. Es el origen del sentido y el último depósito de lo verdadero y real. Junto a esta concepción de la verdad, surge la pregunta: cómo podemos conocer la verdad sin introducirnos en la interioridad del sujeto. En otras palabras: si la verdad la descubro en mí, en mi reflexión que revela lo evidente y certero, cómo puede ser compartida la verdad, cómo puede ser aceptada la verdad descubierta por otros, cómo pueden ser reconocidos y aceptados esos otros, cuyo pensamiento no descubro nunca en mí.

Este problema teórico-filosófico se traduce en dos problemas: uno, jurídico-penal; otro, político. En términos jurídico-penales, cómo se conoce el sentido de la acción. La famosa fórmula de los docentes de Derecho Penal suele ser “no existe el dolómetro”. El dolo, que es el núcleo fundamental, la esencia de los tipos penales dolosos –que son, por su parte, paradigma de lo ilícito– es incognoscible: en tanto conocimiento y voluntad de una conciencia, queda en la esfera de la interioridad, de la privacidad absoluta e incognoscible desde afuera, a lo sumo estipulable. No puedo saber *qué quiso* hacer el autor y *qué sabía*. Evidentemente, la concepción jurídica del dolo presupone la concepción moderna de la conciencia y conduce a problemas análogos a los ya descritos.

Se podría objetar que la verdad respecto de los hechos no se encuentra en la conciencia, sino en la conducta exteriorizada. Sin embargo, la referencia de la acción al dolo que la motiva, la impulsa, le da fundamento, es innegable y retrotrae toda posible solución que quiera darse al problema mencionado alegando la exterioridad de la conducta. En la medida en que la conducta es la

La consideración de la concepción cartesiana del sujeto y la descripción del sujeto medieval y moderno hecha por Foucault nos permiten vincular más claramente al sujeto con el dolo.

⁸ Foucault, M., *Tecnologías del yo*, pp. 88-92.

manifestación del dolo, esto es: de lo querido y sabido, como esencia del delito, el sentido de la conducta, su esencia permanece en la interioridad de la conciencia.

Como vemos, la concepción moderna de la conciencia nos obliga a admitir que la verdad de los hechos está en la conciencia. En la medida en que el dolo es el núcleo fundamental del tipo penal, de lo que constituye la acción típica, y en tanto se encuentra en el centro de la conciencia, el fundamento del tipo penal, de la esencia de lo que el tipo penal es está en la acción que exterioriza *algo* que está en su propio terreno solo en la conciencia misma. En otras palabras, la verdad del tipo penal está en la conciencia. Y es lo que expresaríamos en un juicio tal como “solo él sabe si quiso o no matarlo y si sabía lo que hacía”.

Desde esta concepción del dolo, al juez y al fiscal les toca juzgar todo desde sus meras apariencias⁹, desde lo exterior, desde sus manifestaciones, sin poder introducirse en la certeza, en la esencia misma de la cosa, en la esencia misma de la acción: en lo que el autor conoce y quiere, es decir, en su conciencia. En esto radica el segundo problema: el problema político: de ahí la obsesiva sobreestimación de la tortura. La tortura es el triunfo de la concepción de la verdad subjetiva y moderna, porque la tortura en busca de la confesión solo tiene sentido en un paradigma donde se concibe a la verdad como encerrada especialmente en la conciencia privada, en la íntima conciencia, en lo que el sujeto quiere y sabe y no en lo que objetivamente realizó. Su relación con la institución medieval de la confesión es, por tanto, evidente. Confesión y tortura son un par que encuentran su fundamento en la concepción moderna de sujeto y en la noción de verdad en ella fundada.

Consideremos una objeción. Como sabemos, el Derecho Penal juzga acciones. Y las acciones son objetivas, exteriores, públicas. Es decir, el Derecho penal se ocupa de conductas, no de pensamientos: con esto, podría creerse subsanado el problema planteado. Dicho en otras palabras, nadie va a juicio por pensar, sino por actuar con conductas objetivamente observables. Sin embargo, esta objeción no va al punto clave de la cuestión. Nadie discute que se juzguen hechos. Sino que el sentido preciso de esos hechos supone la esfera interna de la conciencia. La esencia de la acción tal como es pensada por el Derecho Penal es el dolo, la intención y el conocimiento. Y, por tanto, el fundamento y esencia de la acción radica allí en la privacidad de la conciencia.

La contraposición a esta concepción moderna de la acción podríamos buscarla tal vez en la fenomenología (quizá en la obra de Sartre, Husserl, Merleau-Ponty). También quizá en la filosofía práctica de Hegel.

⁹ Es interesante considerar que el caso de Kant es tal vez más extremo: no solo no podemos conocer a los otros como sustancias *pensantes*, sino tampoco a nosotros mismos: nos conocemos meramente como fenómenos y no como cosas en sí. Lo que en la esfera ética podría querer decir que nunca podemos garantizar qué es lo que nos motivó para llevar a cabo cierta acción.

En mayor o menor medida, estos autores abren la posibilidad de distanciarse del pensamiento cartesiano. Husserl es el más emparentado con la tradición cartesiana y por ello es víctima de objeciones análogas a las sufridas por Descartes.¹⁰ Pero Merleau-Ponty y Sartre abren el terreno a la consideración de un sujeto que no está necesariamente centrado en su conciencia, sino en su cuerpo. Y el cuerpo, como sabemos, es exterior, público, intersubjetivo.¹¹ Si el significado de la acción pudiera ser explicado en términos intersubjetivos, esto es,

La contraposición a esta concepción moderna de la acción podríamos buscarla tal vez en la fenomenología (quizá en la obra de Sartre, Husserl, Merleau-Ponty). También quizá en la filosofía práctica de Hegel.

en términos de movimientos corporales públicamente observables y cuyo significado se construyera intersubjetivamente o socialmente, la referencia a un presunto sujeto privado con voluntad y conocimiento sería superflua. Esto significa poder reconducir los términos en que consiste el dolo (conocimiento y voluntad) a conductas exteriores y no a representaciones mentales privadas. Con respecto a Hegel, vale preguntarse si su filosofía práctica, además de establecer que la axiología no puede estar fundada en la esfera privada de un particular, establece que el sentido de las conductas observables es dado por el colectivo y en la interacción entre los sujetos involucrados. Quizá podríamos encontrar una respuesta en este sentido en el capítulo de la "Autoconciencia" de la *Fenomenología del espíritu*.¹²

¹⁰ En *Meditaciones cartesianas*, Husserl explica nuestra comprensión de los yo es extraños a través de una síntesis pasiva en la que se da sentido al yo ajeno por medio de una equiparación con el yo propio, cfr. pp. 186-187, 197-198, 222-223. La crítica que se puede realizar a esta explicación de la experiencia del otro es que nunca puede tener experiencia de un otro radicalmente otro, pues el sentido del otro solo puede ser dado a partir de mi yo y, por tanto, debe conservar necesariamente un cierto grado de homogeneidad con éste.

¹¹ Entiendo que el tratamiento de la mala fe supone, precisamente, que los significados de la acción son públicos e intersubjetivos y que se encuentran manifiestos en la propia corporalidad. Por ejemplo, *El ser y la nada*, p. 92. "En una cualquiera de mis conductas siempre me es posible hacer convergir dos miradas, la mía y la del prójimo. Y, precisamente, la conducta no presentará la misma estructura en un caso y en el otro. Pero, como veremos más tarde, y como cada cual lo siente, no hay entres esos dos aspectos de mi ser una diferencia de apariencia a ser, como si yo fuera para mí mismo la verdad de mí mismo y como si el prójimo no poseyera de mí sino una imagen deformada". También el tratamiento del amor, el masoquismo y el sadismo hacen pensar que se despliega una batalla entre dos yoes para establecer quién ocupa el lugar de sujeto dador de sentido y quién el de objeto significado; en esta batalla está supuesta la discusión por el sentido de la corporalidad y la acción, por ejemplo cfr. *ob. cit.* p. 398. "No puedo ni siquiera concebir qué efecto tendrán mis gestos y actitudes, ya que siempre serán recogidos y fundados por una libertad que los trascenderá", también cfr. *ob. cit.* pp. 400-401.

¹² El cuarto capítulo de la *Fenomenología del espíritu* introduce una consideración del yo como saber de sí mismo y como saber que fundamenta el ser de otro objeto, junto con un tratamiento del yo como cuerpo y frente a otros objetos que se presentan también como yoes. En este tratamiento, se despliega un enfrentamiento entre los yoes para ocupar el lugar de fundamento del sentido de la realidad y en tal enfrentamiento se debate también quién queda reducido a ser un mero ser natural, esto es, mera vida o mera corporalidad y no un sujeto que la trasciende. Entiendo que en este tratamiento de la subjetividad e intersubjetividad puede encontrarse una caracterización de la conducta como conformada en su significado por múltiples sujetos.

Quizá la exploración en estos caminos teóricos no solo ofrecería una respuesta estrictamente filosófica sino también un avance para la reflexión teórico-jurídica.

Si se me permite, concluyo con una breve anécdota. En una ocasión, un docente preguntó cómo podríamos probar la existencia de dolo en un caso en el que un conductor atropellara a un peatón. El docente pretendía demostrar la referida incognoscibilidad del dolo. La respuesta vino desde el fondo del aula y fue la siguiente: “Yo propondría probar, primero, si el conductor tenía los ojos abiertos; luego, si en su campo visual tenía al peatón; luego, probar si pisó o no el freno. Si el conductor tenía al peatón en el campo visual de sus ojos facultados para ver y no frenó... ¿qué otra cosa necesitamos saber para saber si hay “dolo”?”.

Yo me pregunto lo mismo: ¿qué otra cosa podría querer significar el *dolo* de matar en este caso sino el llevar a cabo todas estas acciones?

Conclusiones

Como se ha podido ver, la discusión en torno a la noción de dolo es herencia de una tradición filosófica en la que sin saberlo estamos inmersos. No solo se ha vuelto manifiesto que para encontrar nuevas respuestas a la pregunta por el dolo resulta necesario abordar distintas tradiciones filosóficas, sino que ha quedado a la vista la necesidad de integrar disciplinas a la hora de su enseñanza, particularmente, el aprendizaje de la filosofía como un complemento fundamental para una comprensión más profunda del derecho.

Bibliografía

Descartes, René, *Meditaciones metafísicas*, Barcelona, RBA, 2004.

Foucault, Michel, *Tecnologías del yo*, Barcelona, Paidós, 1990.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Fenomenología del espíritu*, México, FCE, 1973.

Husserl, Edmund, *Meditaciones cartesianas*, Madrid, Ediciones Paulinas, 1979.

Kierszenbaum, Mariano, “Las funciones del Derecho penal y del proceso penal”, presentado en IV Seminario de Necochea, Buenos Aires, 2013.

Merleau-Ponty, Maurice, *Fenomenología de la percepción*, Península, 1975.

Sartre, Jean-Paul, *El ser y la nada*, Barcelona, Altaya, 1993.