

SOBRE LA CERTEZA Y EL ERROR DE TIPO OBJETIVAMENTE INVENCIBLE ON CERTAINTY AND THE UNAVOIDABLE MISTAKE ABOUT AN ELEMENT OF THE CRIME

José Antonio Ramos Vázquez

*Profesor contratado doctor de Derecho penal
Universidade da Coruña*

RESUMEN

El error es uno de esos conceptos cuyo significado muchas veces se da por supuesto en la doctrina penal cuando, en realidad, dista mucho de poder ser definido pacíficamente. En este trabajo se analiza, desde la perspectiva de la filosofía del lenguaje y la epistemología, el significado de «certeza» y «error» para, acto seguido, extraer algunas consecuencias a la hora de interpretar la regulación del error prevista en el art. 14 del Código Penal. Por último, se analiza si es posible hablar, como ha hecho algún autor, de un error objetivamente invencible sobre el tipo.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal, filosofía del lenguaje, filosofía de la ciencia, epistemología, error de tipo.

ABSTRACT

Mistake' is just one of those concepts whose meaning is often taken for granted by many scholars. Nevertheless, that meaning is far from being clear. In this paper, the Author discuss from the perspective of the philosophy of language and epistemology, the meaning of «certainty» and «mistake». Then, some consequences are drawn in order to interpret the criminal defence of mistake in the Spanish Penal Code. In the last part of the paper, the Author analyses if it is possible to speak of an objectively unavoidable mistake about an element of the crime.

KEY WORDS

Criminal Law, philosophy of language, philosophy of science, epistemology, mistake of fact defence.

SOBRE LA CERTEZA Y EL ERROR DE TIPO OBJETIVAMENTE INVENCIBLE

José Antonio Ramos Vázquez

Profesor contratado doctor de Derecho penal
Universidade da Coruña

Sumario: 1. Introducción. 2. Dos precisiones preliminares. 3. La urgencia y la grandeza del tema del error. 4. Sobre la certeza: planteamiento. 5. Sobre la certeza: nudo. 6. Sobre la certeza: desenlace. 7. Algunas implicaciones para (no solo) el error *penal*. 8. Sobre el error de tipo objetivamente invencible. 9. *Nullius addictus iurare in verba magistri*. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En su magnífica monografía, recientemente publicada, sobre el error en la teoría jurídica del delito, mi maestro, el profesor Martínez-Buján, afirma lo siguiente: «Cuando el error sobre el tipo sea *objetivamente invencible*» (las cursivas, tanto en este fragmento como en los posteriores, son tuyas) no cabrá afirmar ya la *predecibilidad* general: en el momento de realización de la conducta no resulta objetivamente predecible que vaya a desarrollarse el nexo causal que desemboque en el resultado. [...] Faltará ya, pues, en todo caso, la causalidad (o imputación objetiva) y consiguientemente no existe ya una acción relevante para el Derecho penal, al no cumplirse la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia (Martínez-Buján, 2017: 19).

El objetivo de este trabajo no es rebatir las tesis centrales de la mencionada monografía (la mayoría de las cuales comparto), sino tan solo la que acaba de transcribirse (que es, a su vez, compartida por muchos otros compañeros) y utilizarla para reflexionar sobre distintas cuestiones vinculadas con la idea de *error* y su hermana siamesa: la idea de *certeza*.

Como es natural, dicha pretensión no implica, ni mucho menos, abordar en su integridad todos los temas presentes en el ordenamiento jurídico-penal que están conectados con dichas nociones (pues, lejos de lo que pueda parecer, no solo la regulación del error —art. 14 del Código Penal—, sino también otras muchas categorías penales, están vinculadas de un modo u otro a la idea de *certeza*). Pretendo, más bien, llamar la atención del lector sobre la profundidad de los interrogantes a los que nos vemos abocados si indagamos en el significado de *error* (máxime cuando se le adjetiva como *objetivamente invencible*).

2. DOS PRECISIONES PRELIMINARES

Antes de entrar en materia, es importante destacar dos cosas para situar en sus justos términos la posición de Martínez-Buján.

La primera es que, por más que dicho autor utilice profusamente la terminología vencible/invencible a lo largo de la obra arriba citada, lo cierto es que él mismo pone de relieve al comienzo de su monografía que «de conformidad con los postulados de la concepción *significativa* (en concreto con la *gramática* de la *intención subjetiva*, concebida como compromiso del sujeto de llevar a cabo la acción y la vulneración del bien jurídico), tal terminología no resulta en rigor adecuada porque nunca podremos penetrar en la mente del agente para averiguar si le habría resultado factible vencer o no vencer el error. Consecuentemente, sería preferible recurrir a otra terminología, como, *v. gr.*, la de error *censurable* y error *no censurable*, usada por Vives Antón en diversos seminarios y conferencias» (Martínez-Buján, 2017: 17, n. 7).

Esta afirmación, por supuesto, matiza lo expresado en el primer fragmento y, dicho sea por adelantado, está en la línea de las reflexiones que realizaré sobre el propio concepto de *error*. No obstante, veremos hasta qué punto puede cohonestarse esta idea de *censurabilidad* con la hipótesis de un error *objetivamente* invencible (o, si se quiere, cómo puede conjugarse la idea de error censurable con la de un error que impide «afirmar la *predecibilidad* general»).

En segundo lugar, la mención realizada por Martínez-Buján a Vives Antón es fundamental para situar el fragmento de su monografía que motiva estas páginas. En efecto, en él se hace referencia a «la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia», lo que debe ser explicado a la luz de lo expuesto por Vives Antón en su obra *Fundamentos del sistema penal*.

Seguramente, el lector no necesita ninguna presentación de dicha obra, pero quizás sí (si está habituado a las sistemáticas habituales) un brevísimo apunte sobre esa «primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia» a la que Vives Antón alude al final de la primera edición de su obra (final de la primera parte, en la segunda edición).

En efecto, Vives Antón indica en ella que una sistemática adecuada debe partir de las pretensiones de validez de la norma; *in primis*, de la de validez. Por tanto, un primer estadio de análisis del delito es el que exige comprobar si ha tenido lugar una acción de las que al Derecho penal interesan, lo cual implica verificar, en primer lugar, si dicha acción puede ser entendida conforme a alguno de los tipos de acción previstos en la legislación penal y, en segundo lugar, si dicha acción ha resultado lesiva, en el sentido de que haya revestido el carácter peligroso o lesivo que llevó al legislador a aparejar una pena a su realización.

De este modo, esta pretensión es epistémica —dado que tiene por objeto la afirmación de que una acción dada es penalmente relevante— y estaría constituida por dos subpretensiones: una pretensión de inteligibilidad y una pretensión de ofensividad (Vives Antón, 2011: 491).

Es esta, por tanto, la clase de relevancia que Martínez-Buján afirma que quedaría excluida en caso de que se diese un error objetivamente invencible sobre el tipo: la acción no sería encuadrable en alguno de los tipos de acción penados por el legislador o no revestiría la lesividad que condujo a dicha penalización.

Habría, en mi opinión, mucho que decir sobre la recepción que la doctrina ha hecho de la obra de Vives Antón, tanto por defecto (al no haber recibido la atención que, por su importancia y originalidad, en mi opinión merecía) como por exceso (al haberle otorgado algunos autores a su propuesta de estructuración sistemática un carácter *constitutivo* del que, a mi juicio, carece, dado que no se trata de sustituir una dogmática por otra, sino de poner en tela de juicio la idea misma de dogmática). No obstante, como señalaba antes, aquí me detendré, pues solo pretendía centrar al lector en las implicaciones sistemáticas que Martínez-Buján encuentra en la concurrencia de un error objetivamente invencible sobre el tipo, ya que el auténtico objetivo de este trabajo es analizar qué pueda significar esa *invencibilidad objetiva*.

3. LA URGENCIA Y LA GRANDEZA DEL TEMA DEL ERROR

Señala Padilla Gálvez que «el problema de la verdad es, generalmente, tratado con urgencia» (Padilla Gálvez, 2007:9). Otro tanto podría decirse del tratamiento de su problema gemelo, el del error, por la doctrina penal.

No me refiero, por descontado, a que no se aborden en profundidad los efectos que, *ex artículo 14 del Código penal*, ciertos errores tienen en la responsabilidad criminal, cuestión que, lógicamente, ha generado una ingente cantidad de bibliografía, sino a que, por lo general, se da por supuesto qué es un *error*.

En efecto, un repaso a los trabajos que la doctrina española ha dedicado en los últimos 20 años al tema del error revela que, en la mayoría de las ocasiones, se parte de la base de que el lector sabe perfectamente lo que *es* un error. De este modo, o se explica directamente la regulación del Código Penal (obviando toda definición) o se utiliza una definición puramente *penal* (vinculando la idea de error con el desconocimiento de los «elementos objetivos del tipo» o la «significación antijurídica de la conducta») o, en fin, se da una definición meramente *operativa*, acudiendo, mayoritariamente, al cliché de la «falsa representación de la realidad» o, sin más, a la definición de la Real Academia Española de la Lengua.

Son pocos, por tanto, los autores que se paran a ofrecer alguna disquisición sobre el concepto de error, normalmente realizada con suma urgencia. Así, por poner un ejemplo, Díaz y García Conlledo, indica que «una definición amplia de error sería aquella según la cual existe error cuando el conocimiento del sujeto y la realidad no coinciden, de manera que existe un conocimiento y falta la realidad a la que cree referirse; o existe, al revés, una realidad que no se conoce. Es decir, que esta discrepancia entre la realidad objetiva y el conocimiento puede deberse a que el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (ignorancia, error negativo) o a que tiene una representación falsa de la realidad (equivo-

cación, error positivo)» (Díaz y García Conlledo, 2008: 140). Acto seguido, en una nutridísima nota a pie de página, el autor matiza dicha «definición amplia», incluyendo una alusión al problema de la existencia de una «realidad objetiva», con multitud de referencias bibliográficas, todas ellas de penalistas.

Que la doctrina soslaye el problema de la definición de *error* y que cuando entra en él lo haga autorreferencialmente revela, a mi juicio, la necesidad de que los estudiosos del Derecho penal —y, en particular, aquellos que consideran su tarea un elevado ejemplo de reflexión teórica— acudan a la filosofía, si no para encontrar todas las respuestas, al menos sí para cobrar conciencia de la insuficiencia de las suyas. O, por decirlo de otro modo, para percatarse de hasta qué punto abordan solo la superficie de problemas tan cruciales que, planteados en serio, suscitan muchos más interrogantes que los detectados por el radar de la dogmática penal al uso.

En suma, como señalaba antes, el problema del error es, ante todo, el problema de la verdad. Y este, cuando no se plantea (como hace la práctica totalidad de la doctrina penal), sencillamente se convierte en un axioma o, lo que es lo mismo, en un problema que se entierra en la obviada.

Por ello, conviene tratar el tema del error con la seriedad y la precaución que demanda una cuestión que entronca con aspectos básicos de la filosofía. Es decir, tratarlo con detenimiento y no con urgencia, dado que, como señala el propio Padilla Gálvez en la obra antes mencionada, «el problema de la verdad posee a su vez cierta grandeza y puede demostrarnos asimismo las propias miserias de quien lo aborda. Cuando no se esboza ninguna pregunta acerca de la verdad, no da respuestas, sino que todo parecen ser evidencias insalvables; si preguntamos pedantescamente acerca de la verdad, respondemos torpemente; si se la examina desde alguna de las preferencias filosóficas propuestas, argumenta según cada uno de los sistemas epistemológicos presupuestos. El problema de la verdad es el mejor espejo en el que se reflejan todos nuestros modelos metodológicos, generando, así, ciertas aberraciones subrepticias» (Padilla Gálvez, 2007: 21).

4. SOBRE LA CERTEZA: PLANTEAMIENTO

A fin de evitar tales aberraciones metodológicas, dejaré claro desde el inicio que parto del paradigma wittgensteiniano, con las matizaciones que posteriormente pondré de relieve.

Las razones de esta elección son varias. En primer lugar, lógicamente, considero que es paradigma más adecuado para abordar esta clase de problemáticas: ayuda a replantearlas y, en último término, a disolverlas. En segundo lugar, sigue resultándome sorprendente que, si se toma en serio la idea de elaborar un edificio conceptual sólido, la doctrina penal pretenda hacerlo de espaldas a una de las corrientes filosóficas más influyentes de las últimas décadas. Por ello, considero importante mostrar hasta qué punto dicho paradigma puede ser una herramienta valiosísima en los sempiternos problemas penales. En tercer y último

lugar, tengo la impresión de que la aportación clave a la epistemología que llevó a cabo Wittgenstein —sobre todo en sus últimos años— se ha visto oscurecida incluso dentro de la propia disciplina filosófica. En este sentido, me parece importante seguir explorando la senda que sus reflexiones epistemológicas han abierto, pues conducen a un estimulante escenario que no merece ser menospreciado y, sobre todo, porque, como señala Broncano, «la cuestión de la objetividad sigue estando ahí fuera, como la excavadora de la película de Fellini» (Broncano, 2003: 83).

Dicho lo anterior, preliminarmente podemos acudir a la somera síntesis que Kenny ha hecho de los postulados de Wittgenstein sobre la duda y la certeza, los cuales dicho autor agrupa del siguiente modo (Kenny, ²1984: 21):

i) La duda necesita fundamentos.

ii) La duda debe consistir en algo más que en la formulación verbal de la duda.

iii) La duda presupone el dominio de un determinado juego de lenguaje (sobre este concepto clave de «juego de lenguaje», remito al lector a la nota bibliográfica final).

iv) Una duda que se plantee fuera de un juego de lenguaje o que venga referida a un juego de lenguaje en su conjunto carece de sentido.

v) La duda presupone certeza.

La primera de las tesis que extrae Kenny de Wittgenstein se repite incesantemente a lo largo de *Sobre la certeza*. Por ejemplo, en uno de los primeros párrafos que componen dicha obra, Wittgenstein afirma: «¿Qué sucede con una proposición del tipo de “sé que tengo un cerebro”? ¿Puedo ponerla en duda? ¡Me faltan razones para la duda! Todo habla a su favor, nada en contra de ella» (Wittgenstein, ²1999: 2c). Por consiguiente, la mera imaginabilidad de *no-p* no es base para dudar de que *p*, ya que, como más adelante nos dirá Wittgenstein, «se duda por razones bien precisas» (Wittgenstein, ²1999: 60c).

La segunda tesis —la duda debe consistir en algo—, quiere decir que hay dudas que, en la práctica, se mostrarían irrelevantes. Indica Wittgenstein a título de ejemplo que los seres humanos creemos que los objetos —*v. gr.* una mesa— no desaparecen cuando no los miramos: «Sin embargo, si alguien lo pone en duda, ¿cómo se habría de manifestar en la práctica su duda? Y ¿no sería posible dejarlo dudar tranquilamente dado que no hay ninguna diferencia?» (Wittgenstein, ²1999: 18c). Más adelante, apunta algo que entroncará con la tercera tesis que Kenny extrae de las reflexiones wittgensteinianas sobre la certeza: «¿En qué habría de consistir dudar ahora de que tengo dos manos? [...] ¿Qué creería si no creyera eso? No tengo ningún sistema dentro del que pudiera darse tal duda» (Wittgenstein, ²1999: 33c).

La duda, por tanto, no aparece aisladamente, como un ente flotante en el *Begriffshimmel*, sino enmarcada en un juego de lenguaje. Wittgenstein lo expresa por primera vez de la siguiente manera: «La pregunta del idealista podría formularse, más o menos, del siguiente modo: ¿qué derecho tengo a no dudar de la existencia de mis manos? (y la respuesta a ella no puede ser: “sé que existen”). Pero quien hace tal pregunta se olvida de que la duda sobre la existencia solo tiene lugar en un juego de lenguaje. En vez de comprenderla sin más,

deberíamos preguntarnos antes: ¿cómo sería una duda de semejante tipo?» (Wittgenstein, ²1999: 5c).

La duda solo tiene sentido, por tanto, cuando se asienta dentro del juego de lenguaje adecuado. Por este camino llegamos a uno de los puntos fundamentales de la obra de Wittgenstein: «Quien quisiera dudar de todo, ni siquiera llegaría a dudar. El mismo juego de la duda presupone ya la certeza» (Wittgenstein, ²1999: 18c).

En efecto, una duda que dudase de todo no sería propiamente una duda: «Wittgenstein nos invita a imaginar un estudiante que no deja que su profesor le explique nada porque constantemente le interrumpe con dudas acerca de la existencia de cosas, del significado de las palabras, etc. La impaciencia del profesor está justificada, porque la duda del alumno es hueca: no ha aprendido cómo plantear cuestiones, no ha aprendido el juego que se le está enseñando» (Kenny, ²1984:182).

No dudar de *todo* constituye, por tanto, la forma que tenemos de juzgar y, en último término, de actuar. Y nuestro hablar, conviene tenerlo siempre presente, cobra sentido a través del resto de nuestra actuación pues, para Wittgenstein, es parte de una actividad comunal, un modo de existencia humana en sociedad, una forma de vida: el lenguaje es, en suma, una más de las actividades del hombre y solo puede ser comprendida si se observa cómo se entrelaza con todas las demás, conformando un todo complejo y dinámico. En definitiva, «el lenguaje es considerado por Wittgenstein desde una perspectiva pragmática, como una actividad social regida por reglas que se diversifica en un conjunto plural y abierto de juegos de lenguaje» (Marrades Millet, 1993: 98) y, por consiguiente, la certeza, como señala King Dávalos, «involucra un tipo de normatividad implícita en el hacer cotidiano de una comunidad en un contexto histórico y social determinado» (King Dávalos, 2013: 33).

Todo lo expuesto pone el foco en la duda y en el escepticismo, pero aún queda lo más importante: percatarnos de que la duda (*toda* duda) presupone certeza (*ciertas* certezas).

5. SOBRE LA CERTEZA: NUDO

En efecto, una duda sin término —nos dice Wittgenstein— no es ni siquiera una duda. Y el hecho de que podamos dudar conlleva la existencia de certezas. Pero, asumido esto, ¿de qué no podemos, entonces, dudar?

Wittgenstein señala que no podemos dudar de lo que queramos porque el hombre razonable no tiene ciertas dudas (Wittgenstein, ²1999: 29c). Por esta razón, el filósofo austriaco señala que existen ciertas proposiciones que gozan de un estatus especial, proposiciones que aceptamos sin una comprobación especial, en la medida en que dichas proposiciones ocupan un lugar privilegiado en el sistema de nuestras proposiciones. «¿Por qué estoy tan seguro de que eso es mi mano? —señala Wittgenstein— ¿No descansa el conjunto del juego de lenguaje sobre este tipo de seguridad? O ¿no está (ya) presupuesta esta seguridad en el juego de lenguaje? Es decir, en el hecho de que *quien* no reconoce los objetos con seguridad no juega, o juega mal» (Wittgenstein, ²1999: 58c, cursiva mía).

En conclusión, toda duda descansa sobre el hecho de que algunas proposiciones están fuera de toda duda, al ser, ni más ni menos, los ejes sobre los que nuestras preguntas y nuestras dudas giran.

Esto último no debe confundirnos: no se trata de verdades trascendentales ni de evidencias objetivas; «su carácter no es el de base inamovible sino, más bien, el de *nódulo temporal de significado*» (Muñoz Sánchez, 2015: 37-38), en el sentido de que son certezas móviles, temporales, no universales y —esto es fundamental— interdependientes entre sí y en su relación con nuestro lenguaje y nuestras formas de vida.

A este respecto Wittgenstein escribe en los párrafos 94 y siguientes de *Sobre la certeza*:

«94. Pero no tengo mi imagen del mundo porque me haya convencido a mí mismo de que sea la correcta; ni tampoco porque esté convencido de su corrección. Por el contrario, se trata del trasfondo que me viene dado y sobre el que distingo entre lo verdadero y lo falso.

95. Las proposiciones que describen esta imagen del mundo podrían pertenecer a una suerte de mitología. Su función es semejante a la de las reglas del juego, y el juego también puede aprenderse de un modo puramente práctico, sin necesidad de reglas explícitas.

96. Podríamos imaginar que algunas proposiciones, que tienen la forma de proposiciones empíricas, se solidifican y funcionan como un canal para las proposiciones empíricas que no están solidificadas y fluyen; y también que esta relación cambia con el tiempo, de modo que las proposiciones que fluyen se solidifican y las sólidas se fluidifican.

97. La mitología puede convertirse de nuevo en algo fluido, el lecho del río de los pensamientos puede desplazarse. Pero distingo entre la agitación del agua en el lecho del río y el desplazamiento de este último, por mucho que no haya una distinción precisa entre una cosa y la otra» (Wittgenstein, ²1999: 15c).

Así pues, hay un conjunto de certezas que aceptamos sin más, y las aceptamos en el conjunto que conforman, constituyendo una suerte de estructura que provee un entramado para el resto de nuestras creencias. El papel que juegan no es el de base sino el de red, una red gracias a la cual podemos evaluar otras creencias, «de modo que no se trata de pensar un sistema de creencias que se sostiene sobre la base de un conjunto de proposiciones indubitables —recuerdo ahora la famosa metáfora sellarsiana de la *tortuga* sosteniendo un *elefante*—. Más bien, tenemos que entender que [...] son ajenas a la lógica misma de la evaluación epistémica. Y no están sujetas a evaluación epistémica porque constituyen la estructura que permite la evaluación epistémica» (Muñoz Sánchez, 2015: 39, cursiva de la autora).

La idea de sistema es, en este sentido, fundamental: «[...] no son los axiomas aislados los que nos parecen evidentes —dice Wittgenstein—, sino todo un sistema cuyas consecuencias y premisas se sostienen *recíprocamente*» (Wittgenstein, ²1999: 21c., cursiva del autor). Y «cualquier prueba, cualquier confirmación y refutación de una hipótesis, ya tiene lugar en el seno de un sistema. Y tal sistema no es un punto de partida más o menos arbitrario y dudoso de nuestros argumentos, sino que pertenece a la esencia de lo que denomi-

namos una argumentación. El sistema no es el punto de partida, sino el elemento vital de los argumentos» (Wittgenstein, ²1999: 16c).

Pero no solo constituyen un sistema estas certezas corporizadas en contextos, sino también la duda. «Mis dudas —señala Wittgenstein en este sentido— constituyen un sistema» (Wittgenstein, ²1999: 19c).

Por de pronto, todo ello supone como resume King Dávalos, que «no pueden contar como razón de las certezas:

1. Ni las imágenes del mundo, porque estas cambian históricamente y no son ni verdaderas ni falsas;

2. Ni la experiencia, porque esta no nos enseña cómo hacer juicios ni cómo dar razones.

3. Ni las reglas, pues estas no son suficientes para fijar las prácticas mediante las cuales se adquieren las certezas de una comunidad de hablantes.

4. Ni la evidencia empírica, porque no puedo asegurar que esté efectivamente de acuerdo “con el mundo de los hechos”, ni que la toda la evidencia acumulada en los libros de ciencia contemporáneos sea en efecto verdadera.

5. Conclusión 1: por lo tanto, no hay argumento alguno capaz de ofrecer razones más seguras que nuestras certezas.

6. Conclusión 2: por lo tanto, las certezas no son conocimiento» (King Dávalos, 2013: 49-50).

Esto supone también, lógicamente, que no haya «ninguna descripción del mundo —ni la del sentido común ni la de la ciencia ni ninguna otra— que pueda aspirar a ser correcta en sentido absoluto» (Vives, ²2011: 958). Y, por descontado, que la duda y el error han de repensarse desde una óptica que no parta de la existencia de una única descripción del mundo correcta o una *realidad en sí, objetiva* o como queramos calificarla.

6. SOBRE LA CERTEZA: DESENLACE

«El intelectual postfilosófico de Rorty es irónico porque no se da cuenta de que la verdad no es todo aquello que él habría querido que fuera. La ironía depende esencialmente de una especie de *nostalgie de la verité*» (Williams, 1996: 365, n. 51).

Ciertamente, la verdad, desde la perspectiva que he bosquejado en las páginas anteriores, no es, en absoluto, todo lo que querríamos que fuese. Por ello, como sugiere Habermas, conviene hacer un uso *cautelar* del predicado *verdadero* en el que *verdad* no sea un concepto epistémico, sino pragmático (Habermas, 2002: 49-50) y la racionalidad deje de estar dogmáticamente vinculada a la lógica, es decir, conviene pasar del pensamiento estático-estructural del fundamentalismo lógicamente cerrado al pensamiento dinámico y abierto de los juegos de lenguaje.

Sin duda, esto puede causar auténtico vértigo: «[...] lo difícil —dice Wittgenstein— es percibir la falta de fundamentos de nuestra creencia» (Wittgenstein, ²1999: 24c). Y es que, desde su perspectiva, «en el fundamento de la creencia bien fundamentada se encuentra [ni más ni menos que] la creencia sin fundamentos» (Wittgenstein, ²1999: 19c). Eso es todo. Cualquier cadena de razones tiene un fin (si no lo tuviese, no podría constituir una justificación) y la seguridad con la que actuamos o con la que aceptamos ciertas cosas muestra sencillamente cómo pensamos y cómo vivimos.

Pero si el fundamento no es verdadero ni falso (Wittgenstein, ²1999: 28c), sino que el límite a la justificación es sencillamente nuestra actuación en el marco de nuestras prácticas lingüísticas, el problema de la búsqueda de la verdad y su acreditación se parece decisivamente (¿cómo no!) a un proceso, al campo de batalla argumental y persuasivo en que el jurista (y no lo calificaré como *práctico* porque «jurista teórico» es una *contradictio in adiecto*) se mueve.

El propio Wittgenstein se remite en más de una ocasión a la idea del tribunal, pero, como sagazmente apunta Vives Antón, «no al tribunal de Dios, ni al tribunal de la razón (al que tan a menudo y con tan magra respuesta apelan los filósofos); sino a los jueces y tribunales reales, que sentencian en los litigios en la ciudad secular. Con ello, desde el problema “filosófico” de la verdad nos conduce al problema *real* de lo que es y no es *verdadero*, esto es, de cómo usamos en la vida ordinaria esa expresión y de cómo deberíamos usarla» (Vives Antón, ²2011: 959, cursiva del autor).

A uno de esos tribunales reales que muchos filósofos (y quizás también muchos dogmáticos) tildarían de prosaicos y que, en realidad, son los únicos que existen, se refiere Wittgenstein, por ejemplo, en el parágrafo 607 de *Sobre la certeza* en estos términos: «El juez podría decir, incluso, “eso es la verdad —hasta donde un ser humano puede saberla—”. Pero ¿de qué serviría esta cláusula añadida? (*beyond all reasonable doubt*)» (Wittgenstein, ²1999: 80c, último inciso en inglés en el original). Ciertamente, como responde Vives Antón, «solo querría decir que eso es lo que *nosotros* los hombres, que, aunque pretendemos otra cosa, solo hablamos en nombre nuestro, podemos llamar *verdad*» (Vives, ²2011: 960, cursiva del autor).

7. ALGUNAS IMPLICACIONES PARA (NO SOLO) EL ERROR PENAL

Todas las anteriores consideraciones tienen, a mi juicio, indudables consecuencias en materia de error, entendido este desde la perspectiva *penal* (que no es sino uno de los muchos ámbitos *prácticos* en los que el ser humano vive su día a día). Por ello, es hora de recapitular y retomar el objeto de este trabajo.

En las anteriores páginas he argumentado, en primer lugar, que, desde la perspectiva que asumo, la veracidad de ciertas afirmaciones (en ciertos contextos) pertenece a nuestro marco de referencia y no tiene sentido dudar de ellas (ni afirmar que lo que enuncian *se*

sabe). O, dicho de otro modo, «en determinadas circunstancias, algunas proposiciones que parecen hablar de hechos solo hablan del lenguaje» (Vives Antón, ²2011: 957).

Esas afirmaciones, que componen el trasfondo sobre el que justificamos y aseveramos, no son, a su vez, justificables ni demostrables, pues están presupuestas en todo momento y constituyen el límite de nuestras justificaciones. Y ello, como afirma Gallardo, tiene indudables consecuencias en materia de error: «[...] para Wittgenstein la relación de interdependencia de los conceptos saber y dudar es del todo “compatible” con la de los conceptos error y acierto. En la utilización del concepto de error (es decir, para que este sea inteligible) debe existir un “fondo fijo” de creencias que se esté dispuesto a dar por sentado, de lo contrario, el concepto mismo de error carecería de sentido, pues si todas las creencias estuviesen equivocadas, ¿en qué consistiría el error? En otras palabras: solo es posible hablar de “errores” allí donde existe un contexto general (un fondo fijo) que establece un criterio de corrección para ciertos enunciados (los enunciados epistémicos). Las proposiciones básicas del marco de referencia constituirían este “fondo”, por ello, es un sinsentido hablar de error en lo que respecta a ellas. Esto sería, en último caso, como hablar del error allí donde no hay espacio para los usos adecuados y correctos de ciertas expresiones» (Gallardo, 2011: 94).

Es decir: hay afirmaciones sobre las que no cabe dudar (o sobre las que no cabe error), pues constituyen nuestro marco de referencia, una suerte de *mitología* que da sentido a nuestro hablar y a nuestro actuar. Al que sostiene afirmaciones que la contradicen no se le puede entender o se le toma, sencillamente, por un loco (Wittgenstein, ²1999: 23c).

De hecho, «la expresión “aquí no hay error” o “aquí no hay nada como una duda”, se introduce para trazar un límite entre las afirmaciones que funcionan como descripciones y las que sirven como punto de apoyo o fundamento para esas descripciones» (Chica Pérez, 2015: 153-154). Partiendo de esta base, una primera conclusión sería que existe, por así decirlo, un *límite superior* del error: de quien afirma algo que contradice frontalmente ese *background* de certezas sobre el que construimos nuestras afirmaciones «esto es verdad» y «esto no es cierto» no puede decirse, en puridad, que esté en un error. A lo sumo, no creemos que lo diga en serio o lo tomaremos por un loco.

Con esto no estoy en absoluto tomando posición sobre el viejo debate acerca de la relación entre la categoría dogmática del error y la de la inimputabilidad, que requeriría un estudio más pormenorizado de las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales —estudio que excede los propósitos de este trabajo—, pero sí me gustaría plantear hasta qué punto podemos considerar que alguien que, *v. gr.*, mata a otro creyendo que es la reencarnación del Mal actúa bajo error. Y con la expresión «podemos considerar» quiero indicar «podemos decir», esto es: ¿diríamos que esa persona estaba *equivocada*?

No me encuentro en disposición de poder contestar categóricamente a esta pregunta, pues hay muchos factores a tener en cuenta para hacerlo, entre ellos la capacidad de los sujetos para dar razones de su creencia y el grado en que estas creencias componen un *sistema* establecido opuesto en todo o en parte a otro sistema de creencias (por no decir a otra *forma de vida*). Por ejemplo, muchas religiones (sistemas de creencias por antonomasia)

creen en la posesión demoníaca. ¿Hay alguna diferencia entre el hecho de que una persona mate a otra en un contexto en el que se dan las circunstancias que, según su religión, una persona está endemoniada y el hecho de que una persona mate a otra por creer que es un extraterrestre que lo quiere abducir? ¿Cuál/es de ello/s actúa/n bajo error?

En mi opinión, si utilizamos una óptica de filosofía del lenguaje, el uso del concepto *error* deja de tener sentido cuando quien actúa lo hace bajo una creencia que se opone frontalmente a la de aquellas certezas que estructuran la comprensión del mundo que tiene nuestra comunidad social. Ciertamente, no son tantas esas situaciones (y, dicho sea de paso, también resulta problemático concebirlas a todas como situaciones de inimputabilidad), pero a mi juicio sí podemos circunscribir el término *error* a su significado en la medida en que está emparentado con las nociones de saber, aportar razones y persuadir.

En efecto, por poner otro ejemplo, ¿diríamos que *yerra* quien tiene relaciones sexuales con un menor de corta edad creyendo que es un adulto que, a voluntad, puede transformar su cuerpo en el de un niño? ¿Intentaríamos razonar con él y aducir argumentos frente a su afirmación? ¿Y si nos explicase detalladamente las condiciones bajo las que esa transformación se produce, pistas para saber si un niño es tal niño o solo un adulto revestido de su apariencia, etc.? ¿Continuaríamos *razonando* con él para sacarlo de su *error*? Hay, creo, un punto en el que abandonaríamos esa empresa; personalmente, no diría que esa persona está en un error. No, evidentemente, porque esté en lo cierto, sino, sencillamente, porque ninguno de los dos está dispuesto a aceptar las razones del otro.

Un punto de vista similar adopta Wittgenstein en los párrafos 608 y siguientes de *Sobre la certeza*, donde señala lo siguiente:

«608. ¿Es incorrecto que guíe mi conducta por las proposiciones del físico? ¿He de decir que no tengo ninguna buena razón para ello? ¿No es precisamente eso lo que denominamos *una buena razón*?

609. Supongamos que encontramos algunas personas que no lo consideran una razón concluyente. ¿Cómo nos lo deberíamos imaginar? En lugar del físico, consultan al oráculo. (Es por eso por lo que los consideramos primitivos). ¿Es incorrecto que consulten al oráculo y se dejen guiar por él? —Si decimos que es “incorrecto”, ¿no partimos de nuestro juego de lenguaje para *combatir* el suyo?

610. Y ¿tenemos o no derecho a combatirlo? Por supuesto, apoyaríamos nuestra manera de actuar en todo tipo de frases hechas.

611. Cuando lo que se enfrenta realmente son dos principios irreconciliables, sus partidarios se declaran mutuamente locos y herejes.

612. He dicho que “combatiría” al otro —pero ¿no le daría razones? Sin duda; pero ¿hasta dónde llegaríamos? Más allá de las razones, está la persuasión» (Wittgenstein, ²1999: 80c y 81c).

Por ello, en segundo lugar, una vez excluidos aquellos *errores* que, por no ser en absoluto conciliables con nuestras certezas básicas, caen fuera del propio juego del lenguaje del error (y del dar y recibir razones), existen situaciones que excluyen, salvo circunstancias

anómalas, la posibilidad de error por ser este poco razonable. Es decir, podemos tener por cierto no solo aquello cuyo cuestionamiento dinamitaría nuestro modo de ver el mundo, sino también aquello respecto a lo que no es razonable dudar (aunque subsista la —siempre anómala— posibilidad de error).

Como resume Vives Antón, «Wittgenstein ofrece abundantes ejemplos que ilustran lo que con la exclusión de toda duda razonable se quiere decir. Junto a todos los casos en que la duda es imposible —se trata de aquellos que yacen en el fondo de nuestra imagen del mundo o de aquellos otros en que la duda comporta una contradicción—, puede afirmarse que no es *razonable* dudar de las evidencias científicas, ni de la corrección de un cálculo repetidamente comprobado [...], ni de los enunciados que expresan experiencias inmediatas, ni de las afirmaciones que se infieren de cualquiera de tales premisas de forma cerrada, unívoca, inatacable» (Vives Antón, ²2011: 961).

Evidentemente, no hay una frontera nítida entre todas estas categorías y Wittgenstein alude, una vez más, a la idea de unos «jueces ilustres» a los que podría encargárseles la tarea de dilucidar qué dudas son razonables y cuáles no (Wittgenstein, ²1999: 59c).

Ilustres o no, lo cierto es que los jueces tienen que tomar una decisión sobre las alegaciones de error y, en mi opinión, el mejor eje sobre el que hacer gravitar la decisión es justamente la *razonabilidad*. El primer motivo, como intenté justificar antes, es que la absoluta *irrazonabilidad* de una creencia la sitúa fuera del debate sobre el error, puesto que (segundo motivo) es el juego de dar y recibir razones el que subyace a las nociones de saber, creer y errar.

En este sentido, el núcleo del problema del error es que el *saber* está vinculado con la posibilidad de dar razones, transformándose en una cuestión más práctica que epistémica. Como ha señalado Habermas, «la cuestión relativa a la relación interna entre justificación y verdad —que explica por qué a la luz de las evidencias disponibles podemos plantear una pretensión de verdad que apunta más allá de aquello que está justificado— no es una cuestión epistemológica. No trata del ser o de la apariencia. Lo que está en juego no es la representación correcta de la realidad, sino una práctica que no puede quebrarse» (Habermas, 2002: 240). El trasfondo de esta práctica, como señalaba antes, lo constituyen una serie de afirmaciones indubitadas e incuestionables y su dinámica de juego estriba en ofrecer razones, de modo que *saber* se utiliza cuando se está en condiciones de ofrecer razones apropiadas.

Pero, y esto es importante, también la duda está sujeta a razones. Es decir, ni se puede dudar de todo ni se puede dudar por cualquier razón: las expresiones de duda y el escepticismo no pueden entrar en el juego de dar y pedir razones sin una motivación, pues devendrían incoherentes. Si a ello se suma que, como expresivamente dice Wittgenstein, «no soy yo quien decide lo que es una razón convincente para algo» (Wittgenstein, ²1999: 35c), es decir, que es la comunidad social de hablantes la que acepta o deja de aceptar ciertas razones y no los individuos que están convencidos de algo, nos encontramos con que el error está sujeto a una *aceptabilidad contextual*. Lo que es razonable creer, dudar o decir que es cierto depende del contexto de actuación de la persona, dicho esto en el sentido de

que solo aceptamos algo como cierto, una duda como legítima o un error como razonable si se dan las circunstancias que entendemos necesarias para ello.

Por ello, en mi opinión, quedarían fuera del error penalmente relevante aquellas creencias —por más subjetivamente profundas que puedan ser— que muevan al sujeto a actuar, pero de las que no sepa dar razón alguna (o alguna razón que sea intersubjetivamente aceptable). Como sucedía con los errores de *visión del mundo* a los que antes aludía, al alegar esta clase de error el sujeto se sitúa fuera del propio juego de lenguaje pues este, como procuré argumentar arriba, se basa precisamente en la aportación de razones. La única diferencia entre ambas clases de error es que el primero implica, en cierto modo, una confrontación entre dos *formas de vida*, dos concepciones del mundo, mientras que, en el segundo caso, el sujeto afirma algo que, sencillamente, no puede sustentar (de hecho, en los dos sentidos del verbo *poder*: ni es *capaz* de sostenerlo ni *puede* creer algo semejante).

Por ejemplo, imaginémos a una persona que, sin mediar palabra, golpea a otra en la cola de un supermercado. Alega que ha actuado bajo error, pues creía que el agredido le iba a atacar. Si le preguntamos qué razones le han llevado a creer semejante cosa y nos da respuestas que, de hecho, no son las razones que aceptamos como válidas para caer en un error (por ejemplo, «vi un destello de maldad en sus ojos», «me di cuenta de que solo tenía en su carrito de la compra objetos contundentes y pensé que los utilizaría para atacarme», etc.), aparte de la mayor o menor perplejidad que nos pueda suscitar o de la sospecha de enfermedad mental que podría afectar al sujeto alegante (al igual que sucedía con las creencias ya no *irrazonables*, sino totalmente *irracionales*), creo que nadie estaría dispuesto a aplicar el artículo 14 de nuestro Código Penal, ni siquiera aunque una eventual grabación de la cámara de seguridad del supermercado nos lo muestre, efectivamente, actuando *como si* creyese genuinamente que estaba siendo atacado.

Aunque no hay una frontera bien nítida entre los errores no conciliables con nuestro modo de concebir el mundo y estos a que los me refero ahora (pues pueden resultarnos tan ininteligibles o más, puesto que, por lo demás, el sujeto no afirma nada que, de hecho, contradiga nuestra realidad en su conjunto), el resultado, a mi juicio, sí es igual de claro: no es un error, faltan las razones para ello. Falta lo que lo deviene *acceptable como error* desde nuestros parámetros.

Una muestra de que mi hipótesis al respecto bien pueda ser correcta la encontramos, en mi opinión, en uno de los *leading cases* que rigen la materia del error en el *Common Law* de Inglaterra y Gales: la sentencia *Regina vs. Gladstone Williams* (1983). En ella, se dirime la apelación de una persona (el mencionado Gladstone Williams) que agredió a otra al creer que esta estaba, a su vez, atacando a un tercero (lo que era incierto). Fue condenado porque el jurado consideró que su error carecía de una base razonable y apeló alegando que su error podría, efectivamente, no ser razonable, pero que, en todo caso, la cuestión no era esa, sino que debería haberse examinado si su error era *honesto*, es decir, si lo creía sinceramente.

Lo cierto es que, hasta esa época, los tribunales venían aplicando, efectivamente, el estándar del error *razonable*, pero, en este caso, la England and Wales Court of Appeal dio la razón a Gladstone Williams, señalando lo siguiente: «The reasonableness or unreasonable-

ness of the defendant's belief is material to the question of whether the belief was held by the defendant at all. If the belief was in fact held, its unreasonableness, so far as guilt or innocence is concerned, is neither here nor there. It is irrelevant». La conclusión, por tanto, fue que «even if the jury come to the conclusion that the mistake was an unreasonable one, if the defendant may genuinely have been labouring under it, he is entitled to rely upon it».

Soy perfectamente consciente de que este viraje hacia la idea del error entendido como error estrictamente subjetivo —es decir, basado en una creencia sostenida *honestamente*, por más que carente de base razonable— se circunscribe en este caso a la legítima defensa putativa y está conectado con el problema de la *mens rea*. Y también soy consciente de que, así planteada la cuestión del error, entra en contradicción con lo que sostengo sobre la necesidad de que exista una base razonable para la creencia equivocada (que es, a su vez, *grosso modo*, lo que sostenía la vieja doctrina del *Common Law*). No obstante, hay un pasaje de la sentencia *Regina vs. Gladstone Williams* que me parece particularmente revelador y que, de algún modo, *reconecta* con mi posición al respecto.

En efecto, tras haber llegado a la conclusión de que la razonabilidad del error es irrelevante a los efectos juzgados y de que basta con que el sujeto lo haya creído sinceramente como cierto, el ponente, Lord Lane, indica: «If however the defendant's alleged belief was mistaken and if the mistake was an unreasonable one, that may be a peaceful reason for coming to the conclusion that the belief was not honestly held and should be rejected». En suma, no es relevante si el error estaba basado en razones o no. Pero si no lo estaba, si la creencia alegada carece absolutamente de razones que la sostengan, el jurado es libre de considerar que el sujeto en realidad no actuó bajo error, al no ser sincera su creencia. Es decir, lisa y llanamente, el jurado puede considerar que el alegante no *podía* estar creyendo tal cosa y que está, consecuentemente, mintiendo.

Sin ánimo, insisto, de llevar a cabo un análisis pormenorizado de una cuestión atinente a un ordenamiento con sus propias claves interpretativas (y en el que el error tiene un ámbito mucho más limitado que en el nuestro), lo cierto es que el caso resume paradójicamente bien la conexión inevitable entre error y capacidad de dar razones. Incluso una afirmación tajante como la de que la razonabilidad del error es irrelevante viene acompañada por el reconocimiento de que cierto nivel de *irrazonabilidad* es una más que buena razón para rechazar una alegación. Y esto es tanto como reconocer que no estamos dispuestos a aceptar que una persona pueda *realmente* creer ciertas cosas sin sólidas razones para ello. Por tanto, incluso un ordenamiento que excluye expresamente —en ciertos ámbitos— la idea del error razonable acaba negando no solo los eventuales efectos jurídicos de ciertos errores no razonables, sino —incluso— la propia existencia de estos.

Creo que de todo lo anterior se colige claramente que, al igual que Martínez-Buján, considero mejorable la dicción legal del artículo 14 de nuestro Código penal en lo que concierne a la distinción entre error *vencible e invencible*, por cuanto engañosa pueda ser respecto a qué ha de valorarse en una alegación de error.

Asimismo, creo que, partiendo siempre de mis premisas, se llega a una conclusión que puede parecer sorprendente: el desplazamiento, por así decirlo, de la cesura radical desde el eje *cierto/incierto* al eje *razones/no razones*. Es decir: usualmente se entiende que, si existe

una separación lógica (*ontológica*, incluso, se llega a decir) en este ámbito, se da entre lo que es verdad y lo que no lo es. Se trataría de dos compartimentos estancos, de dos mundos distintos: la verdad y el error. Y esto es perfectamente coherente con una perspectiva llamémosle *racionalista* (y con la idea de que *hay* una realidad y que la verificación se realiza contrastando cualquier proposición con lo que *de hecho* se da en aquella). En cambio, desde mi perspectiva, el juego del lenguaje de *certeza* y de *error* es exactamente el mismo. Como he intentado argumentar, ambas ideas se nutren del juego de dar y pedir razones. Solo aquellas certezas que componen el trasfondo de nuestros propios juegos de lenguaje y nuestra forma de vida (nuestra concepción del mundo, en pocas palabras) quedan fuera del juego, con las consecuencias que antes apuntaba.

No hay, por tanto, una ruptura *ontológica* entre la verdad y el error, sino que se trata, más bien, de un *continuum* fluido de hechos, comprensiones de estos, razones que justifican o no una certeza (o un error), persuasiones, etc. que se dan en el marco de una serie de certezas presupuestas. Por eso, como señala Wittgenstein: «Uno dice “yo sé” allí donde podría dudar, mientras los filósofos dicen que sabemos algo directamente donde no hay dudas; y, de este modo, donde las palabras “yo sé” son superfluas como introducción a la afirmación» (Wittgenstein, 1996: 137).

Todo ello, creo, me lleva finalmente a considerar críticamente la idea del «error sobre el tipo *objetivamente invencible*» sostenida por Martínez-Buján.

8. SOBRE EL ERROR DE TIPO OBJETIVAMENTE INVENCIBLE

Al comienzo de este trabajo señalaba que el punto de partida de estas reflexiones era la siguiente afirmación de Martínez-Buján: «[...] no cabrá afirmar ya la *predecibilidad* general: en el momento de realización de la conducta no resulta objetivamente predecible que se vaya a desarrollar el nexo causal que desemboque en el resultado. [...] Faltará ya, pues, en todo caso, la causalidad (o imputación objetiva) y consiguientemente no existe ya una acción relevante para el Derecho penal, al no cumplirse la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia» (Martínez-Buján, 2017:19). Pues bien, dicha afirmación me parece problemática por varias razones.

La primera, y no menor, es que suscita un problema epistémico bastante evidente. En efecto, la conclusión a la que llega Martínez-Buján parte de una premisa —su concepción de la causalidad— a la que hace referencia en el párrafo inmediatamente anterior al transcrito, en los siguientes términos: «Se parte de una concepción estrictamente *objetiva* de la causalidad, conforme a la cual habrá que demostrar que una conducta podía producir el resultado que efectivamente produjo y que tal cosa era “predecible según leyes generales” (la fórmula es de Popper). De ahí que se utilice un criterio general, que necesariamente tendrá que ser situado en el nivel más alto posible de conocimientos teóricos y prácticos hasta un punto que pueda ser común a todos los posibles espectadores objetivos, a saber, todos aquellos conocimientos que estuviesen al alcance de la sociedad en el instante de realización de la acción, de tal manera que a nadie pueda exigírsele dicho nivel, dado que

ninguna persona puede poseer la totalidad del saber social» (Martínez-Buján, 2017:18-19, cursivas del autor).

Dada esta concepción de la causalidad (en la que no entraré, porque no es objeto de este trabajo), me pregunto cómo es posible que exista un error objetivamente invencible sobre el tipo tal y como es caracterizado en el fragmento de la obra de Martínez-Buján que motiva estas páginas. Es decir: si nadie, ni siquiera provisto del nivel más alto posible de conocimientos teóricos y prácticos de una sociedad dada, habría sido capaz de predecir el resultado, ¿cómo es posible determinar que el sujeto concreto estaba equivocado?

Recordemos que, desde la perspectiva que he adoptado en este trabajo, toda certeza involucra un tipo de normatividad implícita en el hacer cotidiano de una comunidad en un contexto histórico y social determinado. Por ello, la afirmación de Martínez-Buján conlleva, en mi opinión, el problema de lo que Rorty llamaría «el punto de vista del ojo de Dios»: solo podemos predecir el resultado acaecido si somos sujetos que observamos la conducta desde *fuera* del contexto social de la persona que ha actuado —*nuestro* contexto social—, pues nadie que pertenece a nuestra sociedad, ni siquiera quien tenga todo el bagaje cultural y científico de esta (prácticamente un semidiós), habría sido capaz, en la hipótesis de Martínez-Buján, de hacerlo.

Pero no hay un *afuera* posible, pues la idea de entender la realidad *sub especie aeternitatis* es una ilusión. Solo podríamos considerar que el sujeto está *errado* si contemplásemos el mundo al estilo de Laplace, quien, en plena coherencia con su visión cientifista del mundo, señaló en su día que «se podría concebir un intelecto que en cualquier momento dado conociera todas las fuerzas que animan la naturaleza y las posiciones de los seres que la componen; si este intelecto fuera lo suficientemente vasto como para someter los datos a análisis, podría condensar en una simple fórmula el movimiento de los grandes cuerpos del universo y del átomo más ligero; *para tal intelecto nada podría ser incierto* y el futuro así como el pasado estarían frente sus ojos» (Laplace, ⁵1819: 223, cursiva mía).

Por supuesto, no hay nada parecido a tal intelecto en el planteamiento de Martínez-Buján, por lo que su argumentación deviene, a mi juicio, incoherente. No hay nadie que vaya a detectar el error. Ninguna razón puede ser aportada en apoyo de una eventual duda sobre lo sucedido. Y, por ello, sencillamente, *no* se trata de un error (recordemos que, a juicio de Wittgenstein, es inútil añadir la cláusula «hasta donde un ser humano puede saberla» a la afirmación «esto es verdad»).

La otra hipótesis sería aquella en la que la situación se estuviese observando no *desde fuera* sino *desde después*, es decir, que con posterioridad fuésemos capaces de determinar que lo sucedido fue causado por el agente (y hay mucho de *reconstrucción* en todo proceso de acreditación causal). Quizás el lector haya pensado exactamente esto al leer la conclusión del párrafo anterior: «¿cómo no va a tratarse de un error? Simplemente, no se sabía en ese momento, pero puede haberse sabido después: ¿acaso no estaban equivocados los antiguos cuando creían que las tormentas eran causadas por la ira de los dioses?».

Pero esta clase de argumentación *ex post facto* resulta altamente problemática por las siguientes razones:

En primer lugar, ese *después* deberá ser (o situarse) en un momento muy posterior al del acaecimiento de los hechos. Evidentemente, todos conocemos cambios radicales en el ámbito de la ciencia, la medicina, etc., pero ¿cuánto tardaron en producirse? Ningún descubrimiento se acepta por la comunidad científica de la noche a la mañana. Máxime si, *ex hypothesi*, no hay nada en el estado del conocimiento del momento dado que lleve a pensar (ni siquiera a presagiar) la existencia de anomalía alguna en la explicación causal.

Es decir: por supuesto que es posible que, con el tiempo, se demuestre que todo el conjunto de conocimientos teóricos y prácticos de una sociedad no podían predecir una determinada cadena causal. Pero si, efectivamente, son *todos* los conocimientos de los que se disponía en ese momento, no encontraremos a nadie de ese contexto que ni tan siquiera dude. Falta que esto suceda, que motive una investigación que vaya más allá de todo lo que se sabe en ese momento, que se lleven a cabo los experimentos pertinentes y que se alcancen unos resultados lo suficientemente estables y recurrentes como para que la comunidad científica los acepte, modificando sus paradigmas anteriores. Es decir, poco menos que una revolución científica en el sentido de Kuhn.

En efecto, el mencionado autor (cuya importancia capital en la evolución de la filosofía de la ciencia no creo necesario señalar) sostenía que, tras el período precientífico, la historia de la ciencia nos muestra que existen dos fases: la fase de ciencia normal, esto es, aquel periodo en el que hay una «investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior» (Kuhn, 1987: 33), y los periodos de crisis, que desembocan en las revoluciones científicas (que, a su vez, dan lugar a un nuevo periodo de ciencia normal). Los periodos de ciencia normal son, por tanto, los que conforman la mayor parte de la actividad científica, y en ellos la labor de investigación se desarrolla bajo el dominio de un *paradigma*, de suerte que «un paradigma es lo que los miembros de una comunidad científica comparten, y, recíprocamente, una comunidad científica consiste en hombres que comparten un paradigma» (Kuhn, 1987: 271).

En la visión de Martínez-Buján, el paradigma científico de un momento dado no podría explicar la relación entre la conducta del agente y el resultado. Nada obsta, insisto, que el paradigma cambie, pero se trataría de supuestos muy limitados y la consideración como *error* advendría a tanta distancia temporal que sería totalmente irrelevante a efectos procesales (es decir, valga la sinécdoque, a efectos *penales*).

Y ello, en segundo lugar, muestra, ni más ni menos, que la verdad y el error son nociones *datadas*. Es decir, como he procurado argumentar, solo tiene sentido plantearlas en un contexto determinado (aunque no sea inalterable) y por referencia a este. Por ello, creo que debe rechazarse toda visión del binomio verdad/error desconectada de dicho contexto. Esto nos comprometería no solo con una concepción absoluta del mundo (tan cara al pensamiento cientificista) sobre cuya improcedencia me he pronunciado a lo largo de estas páginas, sino también, en gran medida, con una concepción de la propia ciencia y sus avances altamente discutible.

En efecto, citando nuevamente a Kuhn: «[...] la recepción de un nuevo paradigma frecuentemente hace necesaria una redefinición de la ciencia correspondiente. Algunos pro-

blemas antiguos pueden relegarse a otra ciencia o ser declarados absolutamente no científicos. Otros que anteriormente eran triviales o no existían siquiera, pueden convertirse, con un nuevo paradigma, en los arquetipos mismos de la realización científica de importancia. Y, al cambiar los problemas, también lo hacen, a menudo, las normas que distinguen una solución científica real de una simple especulación metafísica, de un juego de palabras, de un juego matemático. La tradición científica normal que surge de una revolución científica es no solo incompatible, sino también a menudo realmente incomparable con la que existía con anterioridad» (Kuhn, 1987: 149-150). Por todo ello, dando una vuelta de tuerca a la cuestión, Feyerabend llegaría a proponer las siguientes 4 proposiciones «en contra de la tiranía de la ciencia»:

«Primera proposición: el progreso de la ciencia (en el sentido de sus defensores) depende de una apertura a visiones del mundo que entra en conflicto con los totalitarios pronunciamientos de muchos de dichos defensores.

Segunda proposición: las visiones del mundo pueden precisar un largo tiempo, incluso siglos, antes de que muestren resultados que “exijan reconocimiento”.

Tercera proposición: lo que “exige reconocimiento” en una comunidad carece a menudo de interés —e, incluso, puede resultar dañino— en otra comunidad.

Cuarta proposición: una visión del mundo que contradice “resultados bien establecidos” puede entrar en conflicto con una moda o un fundamentalismo religioso temporal. Sin embargo, no entra en conflicto con la manía que todos los científicos y amantes de la ciencia tienen, llamada racionalismo» (Feyerabend, 2011: 43).

En resumen, y para no extenderme demasiado: la idea expresada por Martínez-Buján de un error objetivamente invencible ligado a la existencia de una incapacidad de todos los conocimientos teóricos y prácticos de un momento dado para explicar un determinado fenómeno no es, desde mi perspectiva, aceptable, pues presupone bien la existencia de un sujeto epistémico que, de hecho, no puede existir, bien un cambio en la comprensión del fenómeno mismo que, aparte de sobrevenir mucho tiempo más tarde, supondría una mutación del paradigma utilizado (y con ella, previsiblemente, una inconmensurabilidad entre los sucesivos valores de verdad y error, es decir, que llamemos ahora *error* a lo que, en su día, bajo otros parámetros inconmensurables con los nuestros, era, lisa y llanamente, una *verdad*).

Por último, no debemos olvidar que el error puede versar sobre muchos y muy variados aspectos de la conducta humana, de modo que enfocarlo solo en la predictibilidad de la producción de un resultado es reducirlo a una casuística muy concreta (precisamente, aquella que más comprometida con el cientificismo). Por poner un ejemplo muy prosaico: el error más comúnmente invocado ante los tribunales españoles es el error sobre la edad de la persona con la que se han mantenido relaciones sexuales. Y me parece claro que el debate sobre dicha alegación de error está absolutamente desconectado de las ideas de predictibilidad, objetividad, nexo causal, etc.

En este sentido, parece que Martínez-Buján vincula la idea de *predictibilidad objetiva* con aquello que se puede demostrar científicamente, perspectiva que genera los problemas antes apuntados: que gran parte de nuestra vida transcurre lejos de cuanto se puede explicar cientí-

ficamente, que la vida humana no puede ser observada *sub specie aeternitatis* y que la ciencia dista de ser la empresa racional y en continuo progreso de la que nos hablan sus seguidores.

Es decir, la actividad científica es una más de nuestras empresas colectivas de conocimiento, y el problema de la racionalidad no debe ser situado en la argumentación lógica o en los sistemas conceptuales, sino en el contexto de las actividades humanas. Si hacemos esto, podremos dar la razón a Toulmin cuando indicaba que «lo que señala como racional a la obra de un científico no es su competencia para la manipulación formal de conceptos y argumentos establecidos, sino su disposición a concebir, explorar y criticar nuevos conceptos, argumentos y técnicas de representación, como maneras de abordar los problemas principales de su ciencia» (Toulmin, 1977: 375), de modo que «en la ciencia, el significado se muestra por el carácter de un procedimiento explicativo; y la verdad, por el éxito de los hombres en hallar aplicaciones para ese procedimiento» (*Ibid.*, 1977: 182).

Desde esa óptica, creo que se podría sustituir la racionalidad clásica por la razonabilidad —es decir, con el permanente *reexamen* de los fundamentos de nuestro conocimiento— y asumir que «razón y práctica no son dos realidades distintas, sino partes de un único proceso dialéctico» (Feyerabend, 1998: 23). Y es precisamente en este proceso dialéctico, nutrido de nuestras prácticas y nuestros procesos de dar y recibir razones donde, a mi juicio, cabe situar la idea del error objetivamente invencible.

Haciéndolo, creo que podemos poner en tela de juicio la propia idea de una invencibilidad objetiva, si con ello queremos expresar que hay errores que lo son más allá de la razonabilidad intersubjetiva a la que reiteradamente he aludido en este trabajo. Es decir, resulta engañoso, en mi opinión, hablar de un error *objetivo*. «Todo habla a su favor y nada en su contra», nos dice Wittgenstein en *Sobre la certeza* como ejemplo de expresión que usaríamos como garantía de la veracidad de algo que creemos. Y añade: «[...] si digo “nada habla a su favor y todo en contra”, eso presupone ya un principio del hablar a favor o en contra. O sea, he de poder decir qué hablaría a favor» (Wittgenstein, ²1999: 18c).

En realidad, por tanto, lo que habrá serán situaciones en las que el sujeto tiene *todas* las razones para caer en un error, y estas razones —de las que puede dar cuenta para someterlas al debate intersubjetivo— pueden ser de muy variado tipo; tanto, que resulta complicado delimitar si se trata de razones «objetivas» o «subjetivas» (en el sentido usual de ambos términos). Por ello, aunque, como señalaba antes, la referencia a la *vencibilidad* del art. 14 del Código Penal me parece más que discutible y la remisión a «las circunstancias del hecho y las personales del autor» como elementos a los que prestar atención a la hora de valorar la alegación de error me parece, sin más, la única solución viable. Por supuesto, enmarcando ambas circunstancias (las del hecho y las del agente) en un marco de razonabilidad que, a fin de cuentas, desde mi perspectiva es el eje rector de esta institución.

9. NULLIUS ADDICTUS IURARE IN VERBA MAGISTRI

Hasta aquí he expuesto todo cuanto creo pertinente decir sobre un tema que tiene, como se puede apreciar, múltiples aristas.

A lo largo de estas páginas he intentado llamar la atención sobre el hecho de que la doctrina penal dé por supuesto que es un error, cuando la cuestión merece un análisis más detallado. Dicho lo anterior, he presentado una visión plausible del error desde el paradigma metodológico y filosófico que sigo, y he extraído algunas consecuencias aplicables a la regulación del Código Penal. Por último, he criticado una afirmación, a mi juicio muy discutible, de Martínez-Buján acerca del error objetivamente invencible sobre el tipo.

Decía Horacio que no se sentía «inclinado a jurar por las palabras de ningún maestro». Esta frase —por cierto, lema de la Royal Society of London— ha servido tradicionalmente para expresar la idea de que no hay que seguir acríticamente lo que los maestros dicen ni abstenerse de debatir sus tesis solo por la autoridad de su figura. Esto último fue también criticado ya por Quintiliano, quien proclamaba: «No lamentaré, en efecto, después de tantos y tan importantes autores, haber dado mi opinión en algunas ocasiones. Pues no me sumé a la escuela de nadie como si fuese una superstición».

En este trabajo he hecho ambas cosas: no solo me he atrevido a dar mi opinión después de que hayan expuesto muchos y muy relevantes autores, sino que he intentado rebatir a mi propio maestro. Espero haberlo logrado con argumentos razonables (pues, como reiteradamente he señalado en este estudio, no solo lo cierto se nutre de razones, sino también lo errado) y, sobre todo, espero haber estado a la altura académica de un debate con quien no solo admite críticas a sus trabajos, sino que incluso las estimula.

Espero, por último, que esta publicación sirva para que más compañeros se tengan por invitados y se unan a este fluido ir y venir de argumentos y razones entre un maestro y su discípulo.

BIBLIOGRAFÍA

Apartado 1

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (2017): *El error en la teoría jurídica del delito: un estudio a la luz de la concepción significativa*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Apartado 2

VIVES ANTÓN, Tomás S. (2011): *Fundamentos del sistema penal*, Valencia: Tirant lo Blanch. Como es sabido, esta obra está en la base de muchas (y relevantes) aportaciones posteriores de autores como el propio Martínez-Buján —ya en MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (1999): «La concepción significativa de la acción de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1, y, posteriormente, en MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (2013): *El contenido de la antijuridicidad: un estudio a partir de la concepción significativa*, Valencia: Tirant lo Blanch—; Carbonell Mateu —por ejemplo, entre otras, CARBONELL MATEU, Juan Carlos (2014): «La equivalencia significativa en la comisión por omisión», *Cuadernos de política criminal*, 113, 5-44—; Busato —de nuevo, por citar uno entre otros muchos trabajos, BUSATO, Paulo César (2007): *Derecho penal y acción significativa*, Valencia: Tirant lo Blanch—; y González Cussac y Orts Berenguer, quienes han llevado a cabo la labor de introducir la mencionada sistemática de Vives en la manualística (y, por tanto, en el ámbito docente): GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y Enrique ORTS BERENGUER (2017): *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch. Aunque no sea objeto de este trabajo, insisto en mis cautelas sobre la atención que se le presta a una propuesta de

sistematización (la de Vives Antón) de los problemas de la teoría jurídica del delito que ocupa 4 páginas (literalmente) de una obra de más de mil. Conviene estar alerta para no convertir una demoleadora crítica a la idea de dogmática jurídico-penal en una criptodogmática, rellenando odres viejos con vino nuevo.

Apartado 3

PADILLA GÁLVEZ, Jesús (2007): *Verdad y demostración*, Madrid: Plaza y Valdés. Eximo al lector del tedio de leer las referencias a todas las obras que he consultado a fin de hacerme una idea cabal de hasta qué punto se obviaba en la doctrina la tarea de definir el concepto «error». Baste decir que he consultado la práctica totalidad de manuales, comentarios y códigos penales comentados que se han publicado en los últimos 20 años y las siguientes monografías sobre la materia: CASTRO MORENO, Abraham (2003): *El error sobre las circunstancias atenuantes*, Valencia: Tirant lo Blanch; TRAPERO BARREALES, María (2004): *El error en las causas de justificación*, Valencia: Tirant lo Blanch; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2008): *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid: La Ley; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila (2009): *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (2013): *El error sobre las circunstancias del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch; VARELA, Lorena (2016): *Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Barcelona: Bosch. Por otra parte, como es lógico, no remito al lector a la vasta bibliografía penal sobre el tema del error en su conjunto, al no ser este un trabajo dogmático, sino *metadogmático*.

Apartado 4

BRONCANO, Fernando (2003): *Saber en condiciones: epistemología para escépticos y materialistas*, Madrid: A. Machado. Asumo (quizás sin fundamento) que se está refiriendo el autor a *Roma*, la película felliniana de 1972 en la que una broca horada el subsuelo de la ciudad, para ampliar el metro, encontrando una *domus* romana intacta, cuyos frescos desaparecen al ser vistos. Wittgenstein, aunque por supuesto ya se había ocupado de problemas epistemológicos en escritos anteriores, centró su atención en la cuestión de la duda y la certeza en sus últimos meses de vida. Las anotaciones que dejó al respecto (la última de las cuales es de dos días antes de su muerte) fueron recopiladas, ordenadas y publicadas casi dos décadas más tarde por sus albaceas literarios, Elisabeth Anscombe y Georg Henrik von Wright, bajo el título *Über Gewißheit*. Uso la única traducción al castellano existente: WITTGENSTEIN, Ludwig (²1992): *Sobre la certeza*, Barcelona: Gedisa. El libro de Kenny al que me refiero (y que constituye una estupenda introducción a la filosofía de Wittgenstein) es: KENNY, Anthony (²1984): *Wittgenstein*, Madrid: Alianza. La cita de Marrades Millet es del siguiente trabajo: MARRADES MILLET, Julián (1993): «Gramática y naturaleza humana», en Vicente Sanfélix Vidarte (ed.), *Acerca de Wittgenstein*, Valencia: Pre-textos, 98-111 y la de King Dávalos la he tomado de KING DÁVALOS, Patricia (2013): «El estatus de la noción de certeza en Wittgenstein», *Praxis. Revista de Filosofía*, 70 (1), 31-50. Respecto a la noción —clave en el pensamiento de Wittgenstein— de «juegos de lenguaje», señala dicho autor en el parágrafo 5 de las *Investigaciones filosóficas* que llamará «juego de lenguaje al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretejido», añadiendo que «la expresión “juego de lenguaje” debe poner de relieve aquí que hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida». De este modo, la noción de juego de lenguaje subraya que la actividad lingüística es una actividad más entre las muchas que el ser humano realiza y no puede ser entendida sino aludiendo a estas. Así, el lenguaje no refleja ninguna esencia y las ideas, firmemente arraigadas, de que toda palabra designa un objeto y de que la veracidad de las proposiciones depende de su cotejo con la realidad se revelan pura ilusión. Incluso una aproximación superficial a nuestro comportamiento lingüístico ordinario nos lo muestra como un conjunto de actividades que difícilmente pueden ser aprehendidas bajo los parámetros usuales (nombrar, describir...). Según el filósofo austriaco, el lenguaje consiste en un conjunto de hábitos determinados por reglas que rigen su uso y debe ser observado en su medio natural de desenvolvimiento, esto es, en su funcionamiento en el contexto de la vida humana, no como un sistema de palabras y oraciones en sí mismas consideradas, es decir, con abstracción de sus posibles usos. Simplemente, Wittgenstein intenta

llamar nuestra atención sobre el modo en que el lenguaje se inscribe en las diversas actividades vitales del ser humano, componiendo una tupida red de interrelaciones cuya complejidad y riqueza suelen pasarse por alto, previniéndonos explícitamente frente a los peligros de mantener una visión demasiado angosta del lenguaje, obviando el gigantesco acervo cultural del que es representante y en el que se desarrolla. En suma, el lenguaje se nos muestra, desde esta perspectiva, como una pluralidad de juegos que son muestra de la especial relación que entablan los seres humanos entre sí y con el mundo.

Apartado 5

Las citas de Muñoz Sánchez provienen de su magnífico trabajo: MUÑOZ SÁNCHEZ, María Teresa (2015): «Wittgenstein: terapia frente a fundacionismo epistémico», *Revista de Filosofía*, 80 (2), 29-42. La cita de Sellars —que, a su vez, hace referencia al ancestral mito hindú de que la Tierra se apoya en unos elefantes que, a su vez, son sostenidos por una colosal tortuga— es la siguiente: «La metáfora de los “cimientos” es engañosa [...] parece que nos obliga a escoger entre la imagen de un elefante montado sobre una tortuga (¿qué es lo que soporta a esta?) y la de una gran serpiente hegeliana del conocimiento que se muerde la cola (¿dónde empieza?). Ninguna de las dos, sin embargo, nos sirven, ya que el conocimiento empírico (como su alambicada ampliación, la ciencia) es racional no porque tenga un fundamento, sino porque es una empresa que se autocorriga, capaz de poner en peligro cualquiera de sus afirmaciones, mas no todas a la vez» (Sellars, 1956: 300); en SELLARS, Wilfrid (1956): «Empiricism and the Philosophy of Mind», en H. Feigl y M. Scriven (eds.), *Minnesota Studies in the Philosophy of Science, Volume I: The Foundations of Science and the Concepts of Psychology and Psychoanalysis* Minneapolis: University of Minnesota Press, 253-329.

Apartado 6

La cita de Williams procede de WILLIAMS, Michael (1996): *Unnatural doubts*, New Jersey: Princeton University Press y la de Habermas de una obra en la que somete, certera y encomiablemente, sus previas concepciones de *verdad* a un duro escrutinio: HABERMAS, Jürgen (2002): *Verdad y justificación*, Madrid: Trotta. Sobre las supuestas similitudes entre el fundamentalismo de Stroll y la postura wittgensteiniana, *vid.* ARISO SALGADO, José María (2008): «Acerca del supuesto fundamentalismo de Wittgenstein en *Sobre la certeza*», *Contrastes. Revista internacional de Filosofía*, 13, 273-284. Sobre la idea de fundamento y de la finitud de toda cadena de razones, *vid.* los párrafos 89, 118, 169, 211-212, 217, 324-326, 475-484 y 607 de las *Investigaciones filosóficas*, en la reciente (y magnífica) edición de Jesús Padilla Gálvez: WITTGENSTEIN, Ludwig (2017): *Investigaciones filosóficas*, Madrid: Trotta. Sobre el sentido del párrafo 607 de *Sobre la certeza*, *vid.* también CORREDOR, Cristina (1998): «Valores epistémicos y justificación: razón teórica y racionalidad práctica en L. Wittgenstein (*Sobre la certeza*)», *Series filosóficas*, 10, 117-125. Sobre la duda razonable, no me resisto a hacer una doble recomendación. En primer lugar, un interesantísimo estudio sobre el origen de dicho estándar: WHITMAN, James Q. (2008): *The origins of the «reasonable doubt»: theological roots of the criminal trial*, New Haven: Yale University Press. En dicho libro, Whitman argumenta que la idea de «duda razonable» no surgió como estándar de garantía para el acusado, ni siquiera como tal estándar de prueba, sino como un medio para «proteger el alma de los jurados frente a la condenación» (Whitman, 2008: 4). En efecto, como es sabido, la doctrina cristiana no admite que se pueda llegar a condenar a una persona si existe alguna duda sobre su responsabilidad (en puridad, no admitiría que se llegase a poder juzgar a nadie, pero esa es otra cuestión). Ya Gregorio Magno, en el siglo VI, había dejado claro que era un tema tan serio como indecente sentenciar ante hechos inciertos (*grave satis est et indecens, ut in re dubia certa detur sententia*). Este principio general obtuvo carta de naturaleza canónica en el papado de Clemente III, quien decretó que, en caso de duda sobre asuntos eclesiásticos, debía elegirse siempre «el camino más seguro» (*cum in dubiis semitam debiamus eligere tutiorem*) y, por descontado, implicaba que muchos jurados, por miedo a poder cometer pecado mortal, tomaran una decisión absolutoria ante la más mínima duda. La idea del «beyond all reasonable doubt», argumenta Whitman, significaría, en este contexto, que los jurados podían condenar, sin miedo a cometer pecado, si la posible duda que pudiesen albergar *no* era razonable (Whitman,

2008: 8 y *passim*). Me parece indiscutible el interés de esta visión del estándar como una advertencia a los jurados acerca de que su duda (y su consecuente decisión de absolver) tiene que ser razonable y no en el sentido actual de que la prueba de cargo (y la consiguiente condena) debe acreditar (razonablemente) la responsabilidad del acusado. Sobre todo porque, como señalo en el apartado 7 de este trabajo, creo que tanto la verdad como el error (y ese *somewhere in between* constituido por la duda) forman parte del juego de lenguaje de dar y recibir razones (con la consecuencia última de que el error debe ser «razonable»). Por otra parte, el libro de Whitman resulta de interés porque pone en diálogo el actual estándar de la duda razonable con los cuatro grados de certeza de la teología tardomedieval (por este orden, *certeza moral, opinión, sospecha y duda*), gradación que el autor considera clave en la evolución de la epistemología occidental, al poder ser entendida como representación «no solo de una escala de *prueba*, sino también de *responsabilidad moral*», (Whitman, 2008: 64, cursiva del autor). En segundo lugar, puede encontrarse un demoledor análisis sobre las incertezas (si se me permite el juego de palabras) del «beyond all reasonable doubt» en LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons. Por último, siempre disculpándome con el lector por no ser este el objeto del presente estudio (pero sí, lógicamente, una materia íntimamente ligada a él), no puedo sino transcribir estas certeras palabras de Ferrer Beltrán (2007: 2-5): «La dinámica del proceso penal parece exigir diversos estándares de prueba para distintos tipos de decisiones. Mencionaré solo algunas: ¿Qué nivel de corroboración se considera suficiente para ordenar la adopción de medidas cautelares (como por ejemplo, la prisión provisional) durante la instrucción del sumario? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria se considera suficiente para concluir el sumario ordenando la apertura de juicio oral contra el acusado? ¿Y para el sobreseimiento, libre o provisional de la causa? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria será suficiente para derrotar la presunción de inocencia en la correspondiente sentencia? ¿Y para considerar probada la hipótesis de la inocencia (por ejemplo, respecto de la alegación de una coartada)? Veamos qué respuestas nos ofrece la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal: Prisión provisional: art. 503 LECrim: “Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:[...] 3. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”. Sobreseimiento libre: art. 637 LECrim: “Procederá el sobreseimiento libre: 1º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa; 2º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito; 3º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”; art. 640 LECrim: “En el caso 3º del artículo 637, se limitará el sobreseimiento a los autores, cómplices o encubridores que aparezcan indudablemente exentos de responsabilidad criminal, continuándose la causa respecto a los demás que no se hallen en igual caso [...]”. Sobreseimiento provisional: art. 641 LECrim: “Procederá el sobreseimiento provisional: [...] 2º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”. Procedimiento abreviado. Apertura de juicio oral: art. 790.6 LECrim: “Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del nº 2 del artículo 637 de esta Ley o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda [...]”. Sentencia: art. 741.1 LECrim: “El tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por esta Ley”. Recurso de apelación: art. 846 bis c). 3 LECrim: “El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes: [...] e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta”. Recurso de casación: art. 852 LECrim. “En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional”. Son muchos los comentarios que merecen estos artículos. Es especialmente llamativo que en algunos casos parece incluso observarse una inversión del juego del principio *in dubio pro reo*. Así, el artículo 846 bis c) ofrece una curiosa versión de la presunción de inocencia (en su versión de regla de juicio sobre la valoración de la prueba): se considera vulnerada la presunción

cuando la condena carezca de toda base razonable. En cualquier caso, conviene el carácter extraordinariamente vago de las reglas de juicio o estándares de prueba mencionados por la Ley. Tan es así que me permitiría decir que el tenor literal de los mismos no es formulación de estándar alguno. Y por ello, resulta incontrolable la corrección, en materia de hechos, de la decisión que se adopte, puesto que no será posible controlar si se ha superado o no el umbral mínimo de corroboración de la hipótesis enjuiciada». La cita procede de FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): «Los estándares de prueba en el proceso penal español», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15, 1-6. Creo que el fragmento anterior no necesita ulteriores precisiones por mi parte, dada su claridad y el desolador (por ser real) panorama que refleja.

Apartado 7

GALLARDO, Andrés (2011): «Wittgenstein: epistemología y lenguaje», *Praxis*, 66, 87-97; CHICA PÉREZ, Víctor Hugo (2015): «Wittgenstein y el método de análisis por tipos proposicionales en *Sobre la certeza*», *Estudios de Filosofía*, 52, 141-160. Como el lector a buen seguro sabe, hay una abundante bibliografía relativa al debate sobre error e inimputabilidad. No obstante, por razones de afinidad académica (pues siempre acierta a diagnosticar los problemas que plantean las categorías dogmáticas y, además, siempre ofrece interesantes ejemplos de la jurisprudencia) remito, por todos, a MARTÍNEZ GARAY, Lucía (2006): «Imputabilidad y elementos del delito», *Estudios de Derecho judicial*, 110, 93-136. La sentencia inglesa mencionada, cuya citación oficial es *Regina vs. Gladstone Williams* [1983] EWCA Crim 4, puede encontrarse (sin necesidad de acudir a bases de datos bajo suscripción) en la página *web* del British and Irish Legal Information Institute [en línea] <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1983/4.html>>. La última de las citas a Wittgenstein procede de WITTGENSTEIN, Ludwig (1996): *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. II, Madrid: Tecnos.

Apartado 8

La cita de Martínez-Buján a Popper procede de POPPER, Karl (1972): *La lógica de la investigación científica*, Madrid: Tecnos. La mía de Rorty procede de RORTY, Richard (1993): «Putnam and the relativist menace», *The Journal of Philosophy*, 90 (9), 443-461 (esp., 451 y ss.). El famoso fragmento del *demonio* de Laplace (pues así lo denominó el insigne científico —naturalmente, en el sentido no de malignidad, sino de inteligencia sobrehumana—) lo tomo de la siguiente edición: LAPLACE, Pierre Simon (1819): *Essai philosophique sur les probabilités*, Bruselas: Remy. La capital obra de Kuhn la cito por la siguiente edición: KUHN, Thomas Samuel (1987): *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid: Fondo de Cultura Económica. La no menos relevante obra de Toulmin, por su parte, la cito por la siguiente edición: TOULMIN, Stephen (1977): *La comprensión humana*, Madrid: Alianza editorial. La primera de las obras de Feyerabend es la siguiente: FEYERABEND, Paul Karl (2011): *The tyranny of science*, Cambridge: Polity Press. La segunda mencionada es: FEYERABEND, Paul Karl (1998): *La ciencia en una sociedad libre*, México DF: Siglo XXI.

Apartado 9

La cita de HORACIO pertenece a una de sus *Epístolas* (en concreto, *Epístolas*, Libro I, epístola 1, verso 14). La de QUINTILIANO, a su *Institutio oratoria*, 3.1.22.

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2018.

Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.