

LA NORMATIVIZACIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LA IMPUTACIÓN EN EL EJEMPLO DE LOS DELITOS DE HABLA*

Miguel Polaino-Orts**

I. INTRODUCCIÓN

Permítanme que comience mi ponencia con un cuento. Un cuento del que el profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, el más importante penalista español de todos los tiempos, escribiera que nadie que se precie de tener una cultura media puede desconocerlo. Se trata de una historia debida a la pluma del escritor francés ANATOLE FRANCE y lleva por título el nombre de su protagonista: Crainquebille. Esta pequeño relato, apareci-

* Este trabajo recoge, en esencia, la ponencia que presenté en las xxvii Jornadas Internacionales de Derecho Penal, “Principio de Culpabilidad y Proceso Penal”, celebradas en la prestigiosa Universidad Externado de Colombia durante los días 24, 25 y 26 de agosto de 2005, y con las se quería rendir un sentido Homenaje a los magistrados que perdieron su vida en el holocausto del Palacio de Justicia. Al texto original únicamente se han añadido algunas referencias doctrinales en notas al pie de página. Mayor información sobre el tema puede hallarse en la obra de MIGUEL POLAINO NAVARRETE y MIGUEL POLAINO-ORTS. *Cometer delitos con palabras (Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal)*, Madrid, Dykinson, 2004, y bibliografía allí citada. Que se haya unido mi nombre al de tantos y tan distinguidos juristas, patrios y foráneos, que honraban el cartel de las Jornadas es atención y generosidad que me llena de orgullo y de satisfacción. Querría simbolizar mi gratitud por la cordial invitación de la Universidad Externado en el nombre del –por tantos motivos– Excelentísimo Sr. Director del Departamento de Derecho Penal, el Dr. DON JAIME BERNAL CUÉLLAR. Pero no puedo –ni quiero– olvidar al resto de miembros de ese Departamento, algunos antiguos y queridos amigos: ellos se desvivieron para que, en Colombia, nos sintiéramos como en casa.

** *Magister iuris comparati*, Universidad de Bonn.

do en idioma original en un volumen colectáneo titulado *Crainquebille y otras historias edificantes*, del año 1903¹, hace gala del conocido lema de ANATOLE FRANCE según el cual “une a la piedad la ironía”, y narra la historia de un verdulero, Jerónimo Crainquebille, que desde medio siglo atrás recorría las calles parisinas con su carrito ambulante expendiendo frutas y verduras. Una mañana, mientras aguardaba a que una clienta le pagara la mercancía que acababa de adquirir, es invitado por un guardia urbano para que continúe su marcha y no retenga el tráfico en esa calle. La compradora se demora al satisfacer la suma de dinero y el celoso guardián de la autoridad, con mayor impaciencia, apremia de nuevo a Crainquebille para que circule y le acusa de entorpecer el tráfico rodado. Crainquebille le responde que únicamente espera el pago de la deuda y añade: “¿Acaso es un delito lo que yo hago aquí? ¡Tengo mala suerte! ¡Demonio! ¡Maldita sea!”. El guardia 64, enfurecido, le denuncia por desacato o insulto a la autoridad y, viendo que su denuncia no iba a prosperar, argumenta falsamente que Crainquebille le insultó de manera grave llamándole “¡tío sinvergüenza!”. El verdulero es detenido, acusado del grave delito de desacato a la autoridad, e infructuosos resultan los intentos de los testigos presenciales de declarar en su favor, y en contra, por tanto, de la versión del gendarme que afirma que Crainquebille profirió semejante expresión injuriosa contra su persona. Así, por ejemplo, un respetable anciano del lugar, el Dr. David Mathieu, declara que es falso que Crainquebille profiriera el insulto que el agente pone en sus labios, pero su declaración es contrarrestada por la igualmente falsa declaración del gendarme, quien insinúa que él mismo injurió también con el mismo insulto al agente. Crainquebille resulta condenado a una pena de multa y a quince días de arresto, por lo que es enviado de nuevo a prisión. Un alma caritativa satisface el pago de la multa, y al cabo de los días sale libre a la calle, pero choca de frente con el duro mundo de la resocialización de los condenados penalmente. Durante su estancia en prisión ha proliferado la competencia, sus clientes le abandonan por el desprestigio que supone tratar con un delincuente, su negocio viene a menos, vaga solo y desvalido por la ciudad, pierde su carrito y –al poco– sus menguadas propiedades, y ahoga en alcohol su desdicha. Una noche en que divaga por una calle, con frío y nostalgia, echa de menos incluso la cárcel (donde al menos tenía un lugar donde dormir y un plato caliente de comida), se topa con un agente urbano, a quien responsabiliza de su trágico destino. Alentado por el alcohol, y cargado de ira, se acerca al gendarme y le increpa, con odio: “¡Tío sinvergüenza!”. El guardia, condescendiente, le toma por el hombro, le dice que no es correcto lo que hizo, que no debe dirigirse de ese modo a una autoridad, y le invita paternalista a marcharse a casa: “¡Váyase a descansar, buen hombre!”. Crainquebille no entiende nada y queda perplejo ante lo sucedido: cuando se comportó como un correcto ciuda-

1 La versión española apareció poco después, en 1908, en traducción de RUIZ CONTRERAS. Sobre el ideal penal de ANATOLE FRANCE sigue siendo imprescindible el bello libro de quien fuera catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia, MARIANO RUIZ-FUNES, *Ideas penales de Anatole France*, monografía hecha con notas de una conferencia, pronunciada en Madrid, en la Real Academia de Jurisprudencia, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Tip. Sucesores de Nogués, Murcia, 1926.

dano, que cumplía con su obligación, y reclamaba lo que se debía, es acusado y condenado por un insulto que no profirió, y además tratado con el máxima dureza de la ley penal, y cuando realmente insultó, con dolo e intención, a la autoridad, es tratado paternalistamente, con la máxima benignidad y hasta calor humano. A continuación se marcha paseando sus incomprendidas soledades por las calles parisinas, pensando en lo raro de los comportamientos humanos y en la trágica falibilidad de la justicia terrenal.

Esta pequeña historia con la que he querido comenzar mi ponencia en el presente Congreso constituye, a lo que pienso, además de un irónico retrato de la Administración de Justicia escenificado mediante la ridiculización de un error judicial, una gráfica descripción de la *importacia* pero sobre todo también de la *dificultad* que entrañan los delitos que se cometen por medio de la palabra: la dificultad de cuestiones tan importantes como dónde se sitúa el límite que separa lo delictivo de lo permitido en unas expresiones verbales, cuándo se considera consumado un delito cometido por medio de la palabra y cómo pueden probarse los delitos de habla, entre otras, es resaltada de manera precisa y no exenta de ironía en el cuento de FRANCE. SÍRVANOS, pues, dicha narración como punto de partida de estas reflexiones que tienen como objetivo exponer, desde un aspecto crítico y comparativo, los aspectos generales de la doctrina de los delitos de habla y su influjo en la dogmática penal moderna.

En la exposición que sigue, queremos centrarnos en varios temas determinados. Primeramente, expondremos las líneas generales de las relaciones entre el Derecho y el lenguaje, ambos entendidos como dos subsistemas sociales impregnados de razón (II); a continuación, resaltaremos la importancia del lenguaje en relación con los llamados sistemas no verbales de comunicación (III) y resaltaremos las trascendentales funciones de la Filosofía del Lenguaje, con algunos ejemplos en el ámbito del Derecho penal (IV). Acto seguido expondremos la doctrina de los “*actos de habla*”, en la formulación del pensador inglés JOHN LANGSHAW AUSTIN (V) y resaltaremos con cierto detenimiento la importancia que la clasificación austiniana de los actos de habla tiene en Derecho penal (VI), en el ejemplo de los actos locucionarios (VII), ilocucionarios (VIII) y perlocucionarios (IX). Concluiremos nuestra ponencia con algunas reflexiones conclusivas.

II. DERECHO Y LENGUAJE COMO SISTEMAS SOCIALES

En el tema de nuestra ponencia se dan cita dos elementos esenciales de toda Sociedad: el Derecho y el lenguaje. Ambos son componentes imprescindibles del concepto de lo social. Ésta constituye un sistema que engloba sólo comunicaciones (pero también todas las comunicaciones), esto es, las expresiones de sentido. La Sociedad constituye un sistema social global, que se compone de varios subsistemas, los cuales coadyuvan a la estabilidad y a la conformación de la estructura social. Ese es, como cabe suponer, uno de los postulados básicos de la llamada teoría de los “sistemas sociales”, cuya formula-

ción por obra del sociólogo alemán NIKLAS LUHMANN ha ejercido un gran influjo en la dogmática penal funcionalista. Entre los subsistemas se encuentran la Economía, la Religión, el Arte, la Educación, etc. y también, claro está, el Derecho y el lenguaje (aunque LUHMANN considera que el lenguaje no es un sistema sino un medio de comunicación que desempeña la función de hacer posible la comprensión de la comunicación²). Todos esos subsistemas no constituyen compartimentos estancos, aislados entre sí, sino que se interrelacionan recíprocamente, conformando la unión de todos ellos la estructura social. El Derecho y el lenguaje integran, pues, desde nuestra perspectiva, subsistemas sociales intercomunicados e interdependientes entre sí, que describen un aspecto esencial de la Sociedad y contribuyen al mantenimiento del sistema social global.

Que el Derecho y el lenguaje sean subsistemas sociales significa que ambos describen la Sociedad, y constituyen elementos esenciales e imprescindibles de su definición. Pero significa también que ambos subsistemas desempeñan una función de descripción *ex negativa*, de delimitación del ámbito que forma parte de la Sociedad como elemento de su estructura de aquel otro sector que queda al margen del concepto (y, por tanto, de la estructura) de lo social. En breves palabras: el Derecho y el lenguaje *son* parte de la Sociedad, y ello significa, en primer lugar, que definen la Sociedad, a la persona en Derecho, al ser racional; pero también quiere decir eso que Derecho y lenguaje son únicamente predicables de aquellos sectores donde haya “comunicaciones”, “expresiones de sentido”, de manera que se delimitan los ámbitos donde no sólo no hay sociedad, sino que ni siquiera hay vida humana en comunidad, ni racionalidad, ni expresión de sentido.

Derecho y lenguaje tienen, de este modo, un reverso, un contrapunto, en el medio ambiente. Éste se refiere a un ámbito animal, no racional, y se halla sometido a leyes de la naturaleza. En cambio, el sistema social engloba el mundo humano racional, y constituye un contexto normativizado, sometido a leyes de ordenación social, creadas por la propia socialidad de la persona. Este entendimiento se corresponde con la idea que, generalizadamente, se tiene en el ámbito social tanto del Derecho como del lenguaje.

2 Para LUHMANN la comunicación es un proceso o síntesis de tres selecciones: participación (*Mitteilung*), información (*Information*) y comprensión de la diferencia entre información y participación (*Verstehen der Differenz zwischen Information und Mitteilung*), mientras que “la comunicación lingüística es, ante todo, procesamiento del sentido en el medio de la sonoridad”. Cfr. NIKLAS LUHMANN. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Band 1, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1997, pp. 81 y ss., 213 y ss. Al respecto, más ampliamente, POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS. *Cometer delitos con palabras*, cit., pp. 21 y ss., 35 y ss. Sobre la influencia de la concepción sistémica de LUHMANN en el funcionalismo jurídico-penal, MIGUEL POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal. Parte general*, t. I, “Fundamentos científicos del Derecho penal”, 5.ª ed. actualizada con la colaboración de MIGUEL POLAINO-ORTS, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 36 y ss.

Es evidente que el primero, el Derecho, es un modo de organización racional y que es privativo del ser humano, del ser social. Desde las primeras comunidades humanas existe un Derecho más o menos evolucionado: un conjunto de reglas creadas por el hombre con determinados fines y guiadas por criterios de razón y de justicia. Derecho, razón y justicia son sinónimos, y lo contrario del Derecho es la sinrazón: la irracionalidad. Lo mismo sucede con el lenguaje. Aunque a veces se hable, de manera tan extensiva como impropia, de un supuesto “lenguaje animal” (e incluso de sus dialectos), lo cierto es que el lenguaje, en un sentido propio, es un instrumento, un mecanismo o un medio de comunicación entre personas. Pero no sólo eso: el lenguaje cumple, además de la función de comunicación humana, otra mucho más importante: es medio de manifestación racional de sentimientos, es decir, es *vehículo de expresión racional de sentidos*. Este postulado, nada original, goza de larga tradición histórica, de rancio abolengo: era ya reivindicado por los filósofos presocráticos, que adoptaron como postulado esencial la idea de que el lenguaje era sinónimo de la razón. Como decía el filósofo FERRATER MORA, para los presocráticos “el lenguaje o es un momento del *logos* o es el *logos* mismo”³.

En resumen y concluyendo este apartado, podemos afirmar que lenguaje y Derecho son elementos definitorios y privativos del ser humano racional: donde haya ser humano habrá –por esencia o potencialmente– comunicación, habrá expresión de sentido, habrá razón, habrá lenguaje y habrá Derecho.

III. SISTEMAS VERBALES Y SISTEMAS NO VERBALES DE COMUNICACIÓN

Líneas atrás dejamos dicho que el lenguaje es un medio importantísimo de comunicación, de relación entre personas que les sirve como vehículo de expresión de sus sentimientos y sus sentidos. Pues bien, el lenguaje no es más que uno de los sistemas de comunicación: constituye el llamado sistema verbal de comunicación, y puede ser oral o escrito. Emplea en ambos casos palabras como signos gráficos de exteriorización. Varía sólo la forma en que la palabra se representa: en el lenguaje oral mediante sonidos (articulación sonora de unas sílabas), y en el lenguaje escrito la palabra se exterioriza mediante una representación gráfica: la escritura. Ambos (la escritura y el habla) son sistemas de exteriorización del lenguaje, esto es, del sistema *verbal* de comunicación.

Además del lenguaje, existen otros sistemas (llamados *no verbales*) de comunicación, que –al igual que el lenguaje– desempeñan una función importantísima en lo que a la comunicación se refiere. Entre esas formas no verbales de comunicación resaltan esencialmente dos: el paralenguaje y la quinésica. El primero, el paralenguaje,

3 JOSÉ FERRATER MORA. “Lenguaje”, en *íd. Diccionario de Filosofía de bolsillo*, PRISCILLA COHN (comp.), Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 451.

engloba el conjunto de cualidades no verbales de la voz y sus modificadores u otros componentes cuasiléxicos: elementos fónicos, guturales, emocionales, juego de pausas, silencios y sonidos, interjecciones, etc. La quinésica viene representada, ante todo, por el lenguaje corporal: movimientos de la mano u otras partes del cuerpo, gestos faciales (sonrisa, guiño de un ojo, sacar la lengua, la simple mirada, etc.). Ejemplifiquenos gráficamente la importancia de este tipo de comunicación en el movimiento de “alzar la mano”. Una mano alzada puede significar muchas cosas diversas, todo ello en función del contexto. Puede significar conformidad con una oferta durante una subasta, o puede transmitir desaprobación, intimidación, amenaza o saludo. O puede asociarse a un concreto fervor político, que a su vez dependerá de si se se hace a mano alzada o con el puño cerrado.

De ese ejemplo aparentemente trivial pueden extraerse no pocas consecuencias para el Derecho penal. Un gesto, un mismo movimiento, tiene un haz amplísimo de posibles significados. Esos significados no están adheridos al gesto (no preexisten a él), a diferencia de lo que pensaban algunos filósofos clásicos (como muestra muy claramente el instructivo diálogo *Cratilo* de PLATÓN), sino que es *imputado por el contexto*. Lo mismo sucede con las palabras. Una misma expresión no significa siempre todo lo que puede llegar a significar, ni siquiera lo que el emisor quiere que signifique. Significa lo que resulte de una convención social determinada. O por mejor decir: el significado lo imputa la situación, el contexto. Ello explica por qué un mismo gesto (clavar un cuchillo) o unas mismas palabras (¡tío sinvergüenza!) no siempre constituyen un delito de lesiones o de injurias. Al gesto de clavar un cuchillo se le asignará un significado delictivo cuando se efectúe en un contexto que así lo determine (p. ej., cuando un sujeto invada una esfera de organización ajena de manera injusta y produzca una lesión antijurídica a otra persona), pero no lo tendrá cuando el contexto determine que la imputación de sentido sea, no sólo no delictiva, sino aun debida (cuando sea acción de un médico para salvar la vida de un paciente, o se haga en legítima defensa, etc.). Algo parecido acontece con la manifestación verbal de vocablos: devendrán delictivos o no en función de la configuración del contexto. Sobre esto volveremos más adelante. Aquí únicamente nos interesa dejar bien claro que el significado no preexiste a las palabras, y que –por tanto– el significado se imputa por el propio sistema.

IV. LA PROBLEMATIZACIÓN FILOSÓFICA DEL LENGUAJE

Uno de los primeros filósofos del lenguaje, WILBUR MARSHALL URBAN, sostuvo que la Filosofía del Lenguaje “se ocupa de *la valoración del lenguaje como portador de sentidos, como medio de comunicación y como signo o símbolo de la realidad*”⁴. En

4 WILBUR MARSHALL URBAN. *Lenguaje y realidad. La Filosofía del lenguaje y los principios del simbolismo*, CARLOS VILLEGAS y JORGE PORTILLA (trads.), México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 26.

esa definición programática se contienen las principales funciones o cometidos que desempeña esa disciplina científica. A ellas nos referiremos con brevedad a continuación, intentando relacionar esas funciones con otros aspectos jurídico-penales.

Empezaremos por el cometido más básico: la función del lenguaje como medio de comunicación. A ello ya nos hemos referido anteriormente, y –en verdad– no merece que nos detengamos mucho en este aspecto, de tan fundamental y archisabido. El lenguaje es un modo de relación entre semejantes pero también un medio de expresión racional de sentidos. Por ello, en sentido estricto, es propio y privativo de los seres humanos. Ahora bien, del mismo modo que el ser humano puede emplear la herramienta de la palabra para relacionarse, para comunicarse, esto es, para expresar racionalmente sentidos que normalmente tienen un contenido positivo, probo o digno de elogio (recitar un poema de amor a la amada), también puede hacerlo para expresar sentidos que tienen un contenido negativo, rechazable o digno de censura (insultar, difamar, coaccionar al vecino, acosar a la secretaria). O lo que es lo mismo: el lenguaje, en tanto herramienta de comunicación, define al ser humano tanto en lo bueno como en lo malo. Y ello porque la función del lenguaje como medio de comunicación no prejuzga el contenido con que se rellene esa comunicación en sí.

Mayor enjundia dogmática presentan para el Derecho penal las otras funciones de la Filosofía del Lenguaje contenidas en la definición mencionada líneas atrás: el lenguaje como signo o símbolo de la realidad y el lenguaje como portador de un sentido. Ambos cometidos se hallan íntimamente relacionados. El lenguaje relaciona objetos de la realidad y personas mediante la expresión de sentimientos o de pensamientos. Todo vocablo, en tanto segmento del discurso verbal, evoca o se refiere a un signo de la realidad y lo asocia mediante una suerte de convención simbólica de la semántica. Ésta, la semántica, tiene, pues, no poco de simbología. Y de convencionalismo. Hablando ejemplificativamente: el vocablo “caballo” evoca un objeto de la realidad (usualmente: un determinado mamífero, solípedo, de la familia de los perisodáctilos, fácilmente domesticable, de cuello, cola y cuerpo poblado de cerdas abundantes, etc.), esto es, dicho significante se asocia simbólicamente al significado que describe a ese objeto. Pero la asociación entre significante (el vocablo “caballo”) y significado (ese concreto mamífero) únicamente puede llevarse a cabo por una suerte de convencionalismo: a la norma o práctica, admitida tácita o expresamente por una colectividad o grupo de personas, que hace que a ese objeto de la realidad que es el caballo se le designe exactamente con esa denominación lingüística integrada por el vocablo “caballo” y no por cualquier otro.

Ello significa que, al mismo tiempo que un vocablo designa convencionalmente mediante un signo un objeto de la realidad (función del lenguaje como signo o símbolo de la realidad), desempeña también otra función trascendental: ser medio o instrumento de expresión de un sentido. Hablando de nuevo de manera ejemplificativa: el vocablo “caballo” expresa, en determinadas situaciones, el sentido de aludir exactamente al conocido y citado mamífero. Así, cuando en un hipódromo se afirma “apuesto

un billete de 1.000 al caballo número 9”, es evidente que el significante “caballo” alude inequívocamente al objeto de la realidad zoológica que conocemos como caballo, y no al “burro”, al “perro” ni al “gallo de pelea”. Ese vocablo, “caballo”, expresa el sentido de aludir exactamente al mamífero “caballo”.

Pero sucede que un mismo vocablo no siempre expresa el mismo sentido, sino que dicho sentido varía en función del contexto. De nuevo con varios ejemplos. Analicemos las frases siguientes: “los concursantes deben practicar saltos gimnásticos sobre el caballo”, “la policía se incautó en una redada de 300 papelinas de caballo”, “le entró una gripe de caballo”, “mi ordenador se infectó con un caballo de Troya”. En todas ellas se emplea una palabra común: “caballo”. Y, sin embargo, esa misma palabra adquiere significados muy diversos en cada una de ellas. En la primera frase, expresa el sentido de aludir a un aparato gimnástico para practicar saltos; en la segunda “caballo” significa, coloquialmente (al menos en España), heroína; en la tercera frase se emplea para expresar la enorme magnitud de algo, en este caso: la gripe; y en la cuarta “caballo de Troya” (del inglés: *Trojan Horse*) es un tipo de virus informático⁵.

En esos ejemplos referidos, hemos visto que un mismo vocablo ha fungido como portador de, al menos, cinco sentidos diversos en función del contexto: caballo como mamífero, como aparato de gimnasia, como tipo de droga, como medida de algo y como virus informáticos. Ello significa, dicho drásticamente, que un mismo vocablo no significa siempre todo lo que puede llegar a significar. O lo que es lo mismo: que no preexisten sentidos a la pronunciación de esos vocablos, ni –en consecuencia– el sentido se halla adherido a las palabras en sí, sino que el sentido se imputa en el contexto y por el contexto: no existe un sentido preidiomático, ni el sentido preexiste al lenguaje. Sobre la trascendental importancia que estos asertos adquieren para el Derecho penal volveremos más adelante.

V. LA FORMULACIÓN AUSTINIANA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS DE HABLA

En 1962, dos años después de la muerte de su autor, se publicó un libro de Filosofía del Lenguaje que habría de resultar extraordinariamente fecundo en el devenir de la

5 Esta expresión de “caballo de Troya” debe su denominación a la forma subrepticia en que accede a los sistemas operativos, en parangón a la técnica bélica que, según relatan las conocidas obras épicas de HOMERO *La Ilíada* y *La Odisea* (y a la que alude también la no menos conocida obra *La Eneida* de VIRGILIO, al relatar el retorno de Odiseo –Ulises para los romanos– a su patria: Ítaca), se empleó en la Guerra de Troya, en la que Odiseo decidió construir un enorme caballo de madera en cuyo interior habían de esconderse los soldados griegos más efectivos y valerosos; los troyanos, conocidos por su firme creencia en la divinidad, lo tomaron como un trofeo de guerra y como ofrenda a los Dioses, sin percatarse de que se escondían en su interior los soldados invasores que, al anochecer, afloraron al exterior y destruyeron la ciudad.

historia de los actos de habla. Su autor, JOHN LANGSHAW AUSTIN, fallecido en 1960 antes de cumplir la cincuentena, pronunció en 1957 una serie de doce conferencias en la Universidad de Harvard en la que sentó las bases de una doctrina de los actos de habla. A su muerte, uno de sus discípulos, J. O. URMSON, compiló las conferencias y las dio a la luz en un opúsculo titulado gráficamente *How to do Things with Words* (*Cómo hacer cosas con palabras*)⁶.

En su obra, parte el autor de la distinción entre los enunciados lingüísticos denominados “descriptivos” o “constatativos” (cuyo contenido consiste en describir un estado de la realidad o constatar una realidad objetiva, del estilo: “el almohadón está sobre el sofá”) y aquellas expresiones que él denomina “realizativas” o “performativas”. En estas últimas expresiones centra AUSTIN su atención y en torno de ellas construye una doctrina de acentuados interés y sugerencia. Los enunciados realizativos o performativos se caracterizan porque, a diferencia de los descriptivos o constatativos, no “describen” ni “registran” nada, y –por ello– no son verdaderos o falsos, y no obstante ello, no son un sinsentido, sino antes bien enunciados plenos de sentido. Ejemplos de ellos son las siguientes expresiones: “Sí, juro (desempeñar fielmente el cargo)”, “Bautizo este barco (con el nombre de) *Queen Elizabeth*”, “Lego mi reloj a mi hermano”, “Te apuesto cien peniques a que mañana lloverá”, etc.

En los realizativos, dice AUSTIN, “parece claro que expresar la oración (por supuesto que en las circunstancias apropiadas) no es describir ni *hacer* aquello que se diría que hago al expresarme así, o enunciar que lo estoy haciendo: es hacerlo [...] Puede ocurrir que la expresión lingüística ‘sirva para informar a otro’, pero esto es cosa distinta. Bautizar el barco *es* decir (en las circunstancias apropiadas) la palabra ‘Bautizo...’. Cuando, con la mano sobre los Evangelios, y en presencia del funcionario apropiado, digo ‘¡Sí, juro!’, no estoy informando acerca de un juramento; lo estoy prestando”⁷.

Sobre esta base, distingue el autor aquellas expresiones en las que “*decir* algo es *hacer* algo; o en las que *porque* decimos algo o *al* decir algo hacemos algo”, y –de forma correlativa– delimita tres tipos de actos diversos que se realizan al expresar o pronunciar verbalmente un enunciado verbal:

1. En primer lugar, el *acto locucionario*, portador de un significado (que, según AUSTIN, abarca el sentido y la referencia) y que se realiza por el mero hecho *de* decir algo: se corresponde con la pronunciación fónica o sonora de un enunciado verbal portador de sentido y expresado en las circunstancias adecuadas. En la construcción austiniana el acto locucionario presenta una compleja estructura, en virtud de la cual para que

6 JOHN L. AUSTIN. *How to do Things with Words*, Oxford, 1962 (*Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, J. O. URMSON [comp.], GENARO R. CARRIÓ y EDUARDO A. RABOSI [trads.], Barcelona, Paidós, 1998. Anteriormente publicada bajo el título *Palabras y acciones*, Buenos Aires, Paidós, 1971).

7 AUSTIN. *Cómo hacer cosas con palabras*, cit., pp. 46 y s.

pueda realizarse positivamente un acto locucionario han de cumplirse unas mínimas reglas, elementos o condiciones, a saber: que se emitan determinados ruidos o sonidos (“acto *fonético*”); que esos ruidos o sonidos pertenezcan a un cierto vocabulario y se emitan en una construcción gramatical, en un orden, en una entonación, etc. determinadas (“acto *fático*”) y, finalmente, que esos vocablos denoten una “referencia” y un “sentido” determinados, esto es, un concreto “significado” (“acto *rético*”). Ejemplo: pronunciar las palabras “Sí, acepto a XY como esposa”, expresadas ante la autoridad religiosa o civil competente, con una señorita presente, etc.

2. En segundo término, se encuentra el llamado acto ilocucionario. Se trata del acto que viene determinado por una fuerza convencionalmente reconocida al enunciado que se emite, y que se lleva a cabo al decir algo. Es cognitivamente separable del acto de decir algo (acto locucionario), aunque vaya inherentemente unido a él. Ejemplo: cuando ante la autoridad religiosa o civil competente se pronuncia la frase “Sí, acepto a XY como esposa” no sólo se realiza el acto fónico de emitir inteligiblemente unos vocablos sino que, al tiempo, se perfecciona otro acto (ilocucionario): la celebración de un contrato matrimonial.

3. Finalmente, nos encontramos con el *acto perlocucionario*, integrado por el conjunto de efectos derivados del enunciado lingüístico emitido y que se realiza *por* el hecho de haber dicho algo. Se trata de efectos colaterales que traen causa de la manifestación verbal de un enunciado determinado, tales como convencer, persuadir, disuadir, sorprender, confundir, amenazar, atemorizar, intimidar, etc. Ejemplo: cuando se emiten, en el lugar apropiado, las palabras “Sí, acepto a XY como esposa” pueden derivarse numerosos actos: por ejemplo, en la afortunada esposa, la sensación de gran seguridad (porque el ya marido es un rico empresario que la colmará de atenciones y riquezas); en un invitado, una reacción de sorpresa (porque no imaginaba que el contrayente llegara realmente a contraer matrimonio alguna vez debido a su individualismo exarcebado); en una anterior novia del contrayente, la idea de frustración (porque dejó escapar a tan codicionado contrayente y no fue ella la afortunada...); etc.

VI. LA TRASCENDENCIA DE LOS ACTOS DE HABLA EN EL ÁMBITO JURÍDICO-PENAL

Que los actos de habla, en su clasificación austiniana, presentan una notable relevancia en el ámbito del Derecho penal es algo evidente. Y lo es porque emitir enunciados lingüísticos es, como ilustra fehacientemente la doctrina expuesta, una forma de actuar, y como decía el maestro ANTÓN ONECA, un fino jurista, “el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra”⁸. Y esa forma de actuar, como resulta fácilmente

8 JOSÉ ANTÓN ONECA. *Derecho penal*, t. I, “Parte general”, Madrid, Gráfica administrativa, 1949, p. 159.

comprensible, define al ser humano en lo bueno (hacer obras de caridad, emocionar, contraer matrimonio, recitar poemas de amor...) como en lo malo, y –por ende– también de cometer delitos mediante la palabras.

Pueden distinguirse, al menos, tres ámbitos en los cuales la palabra adquiere relevancia en el campo del Derecho penal:

1. En primer lugar, se encuentran aquellos tipos de delitos cuyo medio directo de comisión es la palabra oral, la emisión verbal de un enunciado lingüístico: el falso testimonio en juicio, modalidades orales de injurias, calumnias, coacciones, etc. Este primer ámbito es ciertamente reducido porque no muchos tipos penales son configurados, en los respectivos códigos penales, con una fenomenología únicamente verbal. Son los que, propiamente, podríamos denominar “delitos de habla”.

2. En segundo lugar, nos hallamos ante los tipos de delitos en los que el enunciado verbal forma parte del actuar delictivo, esto es, aquellas figuras delictivas en las que la palabra es, no la única, pero sí una de las formas de comisión. Por ejemplo, el acoso sexual, la amenaza, la estafa, etc. Este segundo ámbito implica, en relación con los tipos de delitos que sólo pueden cometerse mediante la emisión de un enunciado verbal, una ampliación, pues entran en juego delitos que no siempre se cometen mediante la palabra, pero que nada obsta para que ello suceda así.

3. Y en tercer término, se cuenta el ámbito de mayor relevancia práctica y de mayor dificultad dogmática: las formas de intervención criminal (en esencia: autoría mediata e inducción) mediante un acto de habla. Es evidente que no se puede matar a una persona mediante la palabra (se la puede insultar, coaccionar, vejar, pero no matar), pero sí puede inducirse oralmente a cometer un homicidio. O una falsificación documental, o un aborto, o un delito fiscal, o una prevaricación, etc.: “mata”, “aborta”, “evade impuestos”, “prevarica”, etc. En todos los tipos delictivos del Código Penal puede participarse (como inductor o autor mediato), en fin, mediante la palabra, lo cual aumenta extraordinariamente el ámbito de trascendencia de la emisión de enunciados verbales en el Derecho penal.

VII. ACTOS LOCUCIONARIOS Y NORMATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO DE DELITO

Líneas atrás describimos, en un rápido esbozo, el concepto de acto locucionario en la construcción de AUSTIN: se trata del acto de hacer algo como decir algo, y se integra esencialmente por la desencadenación de un proceso fisiológico, con empleo y movimiento de varios órganos humanos (boca, lengua, laringe, etc.), en virtud del cual se emiten determinados sonidos. Pero ya en la rápida ojeada que de este tipo de actos hicimos anteriormente se puso de manifiesto que no cualquier emisión fónica de unos sonidos integra un acto locucionario. Ya en la originaria construcción de AUSTIN se requería, para poder realizar un acto de este tipo, una serie de requisitos y condi-

ciones que hacían que el acto en cuestión tuviera una estructura compleja. Por lo pronto, no cualquier sonido funge como vehículo idóneo en este ámbito, sino que ha de tratarse de palabras de una lengua determinada u otros elementos verbales (interjecciones, carraspeos, silbidos, etc.) *que muestren un contenido comunicativo*, esto es, *que sean portadores de un sentido*, o por mejor decir: que, a la vista del contexto en que se expresan, *pueda imputárseles un sentido*. Además, ha de hacerse siguiendo unas reglas gramaticales, de orden, de entonación, etc. convencionalmente acordadas (p. ej., las reglas gramaticales y lingüísticas de la lengua castellana). En suma: para que pueda consumarse un acto locucionario se requiere que se den las condiciones o requisitos que AUSTIN denomina acto fónico, fático y rético: el enunciado verbal emitido ha de tener *sentido y referencia*, en una palabra, *significado*.

De esa originaria construcción pueden extraerse consecuencias muy sugerentes para el moderno Derecho penal, hasta el punto de que la formulación de los actos de habla presenta una evidente correlación con algunos postulados del funcionalismo jurídico-penal. Veamos algunas de esas semejanzas.

Empecemos por analizar quién puede realizar un acto locucionario. No todo el mundo puede hacerlo. Sino sólo quien cumpla, o pueda cumplir, los requisitos de su existencia. El acto locucionario es, en esencia, pronunciación fónica de unos vocablos, que tengan un sentido. Pero cabe preguntarse: ¿siempre que se pronuncie un enunciado verbal con sentido se realiza automáticamente un acto locucionario? Pensemos en un ejemplo drástico: un papagayo que repite palabras en español, que en el contexto tienen un sentido: a imagen y semejanza de su dueño, y por desarrollo de su capacidad imitativa, siempre que recibe la visita de la vecina el loro emite los sonidos “hola, guapa”. ¿Estamos ante un acto locucionario? Si lo dijera el propio dueño, sin duda. Si lo dice el papagayo, ¿por qué no? Se trata de la emisión de unos sonidos, pero no de unos sonidos cualesquiera, sino de unas palabras, pertenecientes a un idioma, que se expresan en una entonación determinada, en un contexto adecuado, y –además– son percibidas y comprendidas por la receptora: es decir, no constituyen un sinsentido. Pero, ¿constituyen un “sentido”? Anticipemos que la respuesta es negativa. Ahora veremos el por qué.

La razón para negar esa pregunta no puede estribar, sin embargo, aunque sea lo primero que pueda pensarse, en la ausencia de *conciencia* o de *voluntad* de comunicación por parte del loro, porque sabemos que puede comunicarse, no ya sin emplear palabras (con un gesto, una mirada, una sonrisa, etc.), sino incluso sin intención de comunicación (o –como diría el sociólogo LUHMANN– “sin intención de participación”⁹): comu-

9 NIKLAS LUHMANN. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985, p. 208: “la comunicación es posible sin intención de participación [...] Comunicación [...] sin lenguaje también es posible, por ejemplo, a través de una sonrisa, de una mirada interrogativa, de la ropa...”.

nica el color de la ropa, el olor, etc. La razón para negar que el requiebro del papagayo a la vecina de su dueño constituye un acto locucionario estriba, antes bien, en algo que se halla mucho más cerca de la argumentación con que se rechazaría la imputación penal de un inimputable que comete un delito: la ausencia de capacidad de razón, de discernimiento y de entendimiento por parte del loro. Y no porque queramos hacer responsable penalmente al loro que, en vez de manifestar una lisonja como la aludida, repita un insulto al cobrador del gas (como, por cierto, enseña la historia de la ciencia penal, en un caso relatado por FRANZOS y transcrito por VON HIPPEL, VON HENTIG, MAURACH y otros autores¹⁰, de un estornino que fue mandado ejecutar por un tribunal húngaro que consideró probado y encontró culpable al desdichado pájaro de haber emitido la expresión “tú, perro negro amarillo”, considerada entonces de alta traición...): lo único que queremos es saber si la misma expresión, en este caso el piropro a la vecina, expresada por el loro es un acto locucionario (como lo sería si lo expresa el dueño del papagayo) o no. Y para negar que su emisión sea un acto locucionario, decimos, empleamos una argumentación semejante a la que emplearíamos para negar la imputabilidad de un niño, de un borracho o de un loco. Pensemos ahora en el ebrio de nuestro ejemplo literario: si el segundo policía no hubiese sido tan condescendiente ni paternalista, y se hubiera sentido agraviado por el insulto de Crainquebille, quizá no se hubiera podido imputar a éste un delito de desacato a la autoridad: dejando al margen la problemática de la *actio libera in causa*, argumentaríamos sin mayores problemas que no era capaz de entendimiento, que no se hallaba el desdichado ebrio en condiciones de entender la antijuricidad de su acción y por eso es inculpable. Su insulto carece, desde ese punto de vista, de carga comunicativa: no es expresión de sentido. O, como diría JAKOBS, es naturaleza, y no sistema social, el sujeto actúa como individuo y no como persona. O más drásticamente aun: para el Derecho penal, la pronunciación de un enunciado injurioso por parte de un inimputable es equiparado al ladrido de un perro. Lo mismo cabe predicar del loro piropeador. Su expresión, no obstante contener palabras con cierta significación, que se corresponden a unos vocablos de la lengua española, no son “sentido”, y –por tanto– no son acto locucionario. Las cualidades del emisor del enunciado son, pues, determinantes para delimitar cuándo nos encontramos ante un acto locucionario y cuándo no. A ese requisito, en un trabajo sobre el tema publicado en coautoría con el Dr. POLAINO NAVARRETE, lo denominamos *exigencia de mínima idoneidad comunicativa*¹¹, y se corresponde en esencia con el postulado funcionalista sobre la capacidad del sujeto para expresar un sentido comunicativamente relevante, además de hallarse íntimamente unida a la dicotomía comunicación idónea *versus* comunicación defectuosa. Añadamos a continuación algunas consideraciones al respecto.

10 Cfr. FRANZOS. *Aus Halbasien*, II, 5.^a ed., 1914, p. 134, citado por ROBERT VON HIPPEL. *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, p. 120, nota 2; también, entre otros, HANS VON HENTIG. *Die Strafe*, I, 1954, pp. 50 y ss.

11 Más ampliamente al respecto, POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS. *Cometer delitos con palabras*, cit., pp. 73 y ss.

El funcionalismo sistémico ha resaltado, también en el ámbito jurídico-penal, que la Sociedad es, ante todo, comunicación interpersonal, donde la comunicación se concibe como aquel mecanismo autopoiético que, en tanto operación específica, define los sistemas sociales. Esa comunicación, ese intercambio de expresiones de sentido comunicativamente relevantes, tiene lugar siempre entre personas y no entre individuos: aquellos forman parte del sistema social, y éstos son integrantes del medio ambiente, de la naturaleza, y quedan al margen de la dinámica social. Con un ejemplo: para el Derecho penal, la emisión por parte de un niño de cinco años de una expresión injuriosa es medio ambiente: ese enunciado no expresa comunicativamente sentido alguno. Para el Derecho penal, pues, y *en este sentido*, ese menor no es –para decirlo con la terminología funcionalista– “persona en Derecho” (*Rechtsperson*), sino “individuo” (*Individuum*). Esta dicotomía entre “persona” e “individuo” no se halla desarrollada en la formulación austriana de los actos de habla, pero sí esbozada en sus principios. En todo caso, el paralelismo entre la teoría de los actos de habla y ese postulado funcionalista es, en este punto, notorio. Para poder realizar un acto locucionario es preciso un mínimo de idoneidad comunicativa (un loro, como un menor de edad, no pueden realizar un acto locucionario, porque sus mensajes no comunican nada), esto es, un mínimo de participación en la estructura social: en otras palabras, se exige lo que JAKOBS describe mediante esa dualidad persona *versus* individuo¹². Por cierto que, aunque sea obvio decirlo, dicha dicotomía descriptiva no sólo no encierra valoración despectiva alguna, sino que es, en sí, una garantía invaluable: el hecho de que tanto el papagayo como el ebrio que emiten un mensaje injurioso se comportan, para el Derecho penal, y en ese sentido, como naturaleza o ambiente, esto es, como “individuos”, y no como personas en Derecho, no sólo describe que su enunciado no expresa sentido comunicativamente relevante sino que implica algo de mucha mayor enjundia y trascendencia dogmática y garantista: que el sujeto no puede ser hecho responsable de ese mensaje. Dicho de nuevo con el ejemplo literario mencionado: si se calificara a Crainquebille como individuo se evitaría también una eventual condena injusta por desacato a la autoridad.

La idoneidad del emisor de un enunciado verbal tiene importantes consecuencias no sólo dogmáticas en el ámbito substantivo, sino también en el ámbito adjetivo o procesal. Las declaraciones en juicio han de ser, igualmente, idóneas para poder ser tenidas en cuenta como tales: o sea, han de expresar también un sentido procesalmente trascendente. Una declaración en juicio hecha por un testigo que se halla en estado de embriaguez, o que no muestra coherencia con lo cuestionado, o es un evidente sinsentido (–¿Estuvo Ud. en el lugar de los hechos?– “La vida es bella”) no puede

12 P. ej., GÜNTHER JAKOBS. “Zur Gegenwärtigen Straftheorie”, en *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, KLAUS-M. KODALLE (ed.), Würzburg, Königshausen & Neumann, 1998, pp. 32 y ss. (“Sobre la teoría de la pena”, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), *Revista del Poder Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 3.ª época, n.º 47, 1997, pp. 151 y ss.); *id.* *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997 (2.ª ed., 1999), pp. 9 y ss.

estimarse como acto locucionario. Es decir, también los testigos, en tanto emisores de actos verbales que son, han de presentar una idoneidad comunicativa¹³.

Para poder realizarse un acto locucionario se requiere, además de la exigencia de mínima idoneidad comunicativa en el emisor, atender a las circunstancias en que ello se produce: lo que AUSTIN llamaba “*sentido*” y “*referencia*” del enunciado lingüístico y aun del contexto situacional. También a este respecto, dicha construcción presenta semejanza con el postulado jakobsiano de la comunicación defectuosa, que se opone a la idónea. El delito es, para JAKOBS, comunicación defectuosa, comunicación de un sujeto que se aparta de un estándar objetivado en normas, y que declara con su proceder que la norma que él infringe no tiene vigencia, que a él no le incumbe, postulando con ello un *contraproyecto social* e intentado hacer de su comportamiento individual una *ley universal*. Para determinar qué sea defectuoso en el comportamiento de un

13 A este respecto, puede evocarse la leyenda romanceada por el conocido escritor JOSÉ ZORRILLA (autor, entre otras obras de relieve internacional, de *Don Juan Tenorio*) en su sugerente opúsculo *A buen juez, mejor testigo* (1838). Narra esa obra la historia dos jóvenes enamorados, Diego Martínez e Inés de Vargas, que habían mantenido relaciones prematrimoniales, lo cual llegó a oídos del padre de ella. Para reponer su honor “ultrajado”, Inés le insta a Diego que contraiga matrimonio con ella, cosa a la que él, inicialmente, se resiste. Finalmente, accede a ello, pero afirma que lo hará a la vuelta de la Guerra de Flandes, a la que partirá en el plazo de un mes, y regresará al cabo de un año. Ella le pide entonces que jure su promesa ante el Cristo de la Vega (una talla original que se encuentra en la homónima ermita de Toledo y cuya más notoria característica es que tiene una mano desenclavada). Diego jura su promesa ante el Cristo. Pero luego, según narra ZORRILLA, “pasó un día y otro día / un mes y otro mes pasó, / y un año pasado había, / mas de Flandes no volvía / Diego, que a Flandes partió”, mientras la desconsolada Inés lloraba su desdicha y clamaba ante el Cristo de la Vega por la suerte de su prometido. Pasó no un año, sino tres, pero al fin volvió Diego de Flandes, y ella salió en su busca desmayándose ante los pies de su amado. Él, sin embargo, despreciando la promesa realizada, no sólo se niega a cumplirla sino que aparenta no conocer a la desconsolada joven. Ésta lo denuncia por falsa promesa de matrimonio, y él, ya capitán del ejército, es incluso llamado a declarar. Los jueces le tratan con la dignidad que corresponde a su alta posición, y despachan la petición de la joven como extemporánea y por falta de pruebas. Ella reclama que existe un testigo “a quien nunca faltó verdad ni razón”: el Cristo de la Vega. Después de partir con los jueces, el gobernador Don Pedro Ruiz de Alarcón, decide: “La ley es ley para todos; / tu testigo es el mejor, / mas para tales testigos / no hay más tribunal que Dios. / Haremos [...] lo que sepamos. / Escribano, al caer el sol / al Cristo que está en la Vega / tomaréis declaración”. La comisión judicial, encabezada por Don Pedro, se trasladó a la ermita, y citó al Cristo de la Vega como testigo. Ante la pregunta del gobernado de si era cierto que, ante él, había jurado Diego desposar a Inés, una voz más que humana exclamó: “¡Sí, juro!”, admitiéndose como prueba la confesión de tan inhabitual testigo, de manera que –como ha resaltado el profesor ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO–, “consistiendo el juramento en la invocación del nombre de Dios como garantía de credibilidad de la declaración, el Cristo de la Vega viene a jurar ante sí mismo”. Cfr. NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Derecho procesal en broma y en serio*, México, Escuela Libre de Derecho, Jus, 1978, p. 169 (antes en *Estampas procesales de la literatura española*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 118 y ss.). Al comentar este episodio en sus *Estampas procesales* y en alguna recopilación posterior, afirma con cierto sarcasmo el profesor ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: “[A]l llegar aquí, el cine norteamericano habría dispuesto un final en glorioso technicolor, con tierna reconciliación y beso interminable entre Diego e Inés. Pero Toledo no es Hollywood, ni Castilla los Estados Unidos. La conclusión fue más amarga: Las vanidades del mundo / Renunció allí mismo Inés, / Y espantado de sí propio / Diego Martínez también”. Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Ob. cit.*, pp. 168 y s. (*id.*, *ob. cit.*, pp. 120 y ss.).

sujeto, es preciso atender, no sólo a las normas objetivas que se infringen, sino al contenido de deber de los propios sujetos intervinientes. Y ello porque lo que se defraudan son las expectativas depositadas en un sujeto y objetivadas en una norma jurídica. Podemos ilustrar esta cuestión con un ejemplo del mismo JAKOBS: si un parlamentario sube a la tribuna de oradores y entona una canción obscena se comporta formalmente como persona, pero materialmente como individuo: de él se esperaba un discurso político sobre cualquier tema de su competencia, pero en cambio, su expresión es una comunicación defectuosa que no es más que “ruido perturbador sin sentido parlamentario”; en cambio, si es un ujier el que, por despiste, entra en la sala donde se celebra en ese momento una sesión parlamentaria canturreando una melodía obscena, su comportamiento se observa, según las reglas de los ujieres, no como un mero suceso del medio ambiente, sino como un error de la persona.

Hay otros ámbitos del Derecho penal en que muestra relevancia la concepción de los actos locucionarios. Como hemos expuesto reiteradamente, el sentido no preexiste a un enunciado verbal (no hay un sentido preidiomático), sino que se imputa por el contexto. Si ello es así, entonces el sentido es, al menos cognitivamente, separable de la expresión en cuestión: en otras palabras, el sentido es algo diferente de las cosas significadas y no está necesariamente adherido a ellas. Ello explica, entre otras cosas, que una misma expresión signifique cosas diversas en función del contexto. Dicho con un ejemplo: la expresión “¡dispara!” puede aludir a cosas muy diferentes, y no siempre devendrá penalmente relevante como inducción delictiva a matar a otra persona. Así lo será cuando la exprese un sujeto a otro que empuña un arma de fuego y acaba de hacer aparición la potencial víctima. Pero la misma expresión puede aludir también a la loable cominación de un entrenador de fútbol dirigida a su delantero más certero para que bata la portería del equipo contrario, o puede ser la recomendación de un joven a su compañero de videojuegos para salvar los obstáculos que se le presentan, o puede aludir al conocido filme de CARLOS SAURA, etc. En breves palabras: el sentido no preexiste, sino que se imputa en el contexto, y es –por tanto– cognitivamente separable de la cosa significada. Ello tiene una evidente correlación con la construcción normativizada de acción (o, en general, de delito), por oposición a la doctrina ontológica, prejurídica o naturalista, y se manifiesta en diferentes instituciones o conceptos jurídicos, paradigmáticamente en el concepto de acción, pero también en el de tentativa. Brevemente diremos dos palabras sobre ello.

Que una acción adquiere su significado recién en el contexto, esto es, que no preexiste un significado general a su realización, únicamente puede sostenerse desde una posición normativista, libre de toda connotación ontologicista, prejurídica o naturalista. Ello explica que, por ejemplo, una misma conducta de matar a una persona en ocasiones sea delictiva (cuando supone la arrogación injustificada de una esfera de organización ajena) y en otras no sea siquiera antijurídica, sino adecuada a Derecho e incluso debida (como lo sería la conducta de un miembro de las fuerzas o cuerpos de seguridad del Estado que abate a un secuestrador que encañona a un grupo de personas y

amenaza con matarlas). Lo mismo ocurre con la acción del delito de habla. Es un concepto netamente normativizado, y –por ello– devendrá delictivo o no en función del contexto, a la vista de las circunstancias del caso, de las condiciones personales del emisor y de las expectativas normativas defraudadas.

En el plano de la tentativa también tiene esa concepción un influjo. De manera generalizada se afirma que los delitos de mera actividad (como son, p. ej., los delitos de habla) no admiten la realización imperfecta de la tentativa, pues la realización de la acción (en este caso, la emisión del enunciado verbal) implica ya la consumación delictiva¹⁴. Esa postura es acorde con una posición en la que “cosa significada” y “sentido atribuido” a la misma no puedan separarse, de manera que existe un sentido previo a la realización de la acción. Pero como hemos visto repetidamente en este trabajo, el sentido es, al menos cognitivamente, separable de la propia acción significada, en tanto representación simbólica de un objeto de la realidad y en tanto atribución de un sentido según una fuerza convencional determinada en función del contexto. Esa separación simbólica da entrada a que pueda delimitarse la emisión de un contenido verbal de la atribución de un sentido, de manera que pueda apreciarse la realización imperfecta en el grado de tentativa en los delitos de habla. Con un ejemplo: si un testigo A es cuestionado durante un juicio “¿Da Ud. fe de que B no se encontraba en el lugar de los hechos y, por tanto, que es imposible que cometiera el crimen?”, a lo que responde falsamente “Sí”, para encubrir a B, a quien sabe verdadero autor del crimen, pero por un error de taquigrafía o de comprensión por parte de los receptores se transcribe lo contrario, entonces el delito de falso testimonio no queda consumado no obstante haber hecho el testigo todo lo que estaba a su alcance para consumarlo, cosa que no sucede por causas ajenas a su voluntad, al imputársele a su declaración, y de manera cognitivamente separable a la emisión del enunciado lingüístico (esto es, a la realización de la acción), un sentido diferente al que él había preconfigurado al manifestar la declaración.

Hay otros muchos ámbitos en los que el acto locucionario entra en juego en el ámbito penal. Pero para muestra baste un botón. Con ello queda, a lo que pensamos, suficientemente claro que dicha trascendencia no es reducida, sino antes bien de considerables magnitudes. Veamos, ahora, brevemente, qué relevancia presentan en Derecho penal los otros dos tipos de actos de habla.

14 En contra, admitiendo la tentativa en los delitos de mera actividad, MIGUEL POLAINO NAVARRETE, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Cuadernos de Conferencias y Artículos n.º 32, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, 2004; ÍD. *Derecho penal. Parte general*, t. II, “Teoría jurídica del delito”, vol. I, Barcelona, Bosch, 2000.

VIII. ACTOS ILOCUCIONARIOS Y DOGMÁTICA FUNCIONALISTA

La segunda categoría de actos de habla, según la clasificación austiniana, es la de los actos ilocucionarios. Se realizan de manera inherente al hecho de decir algo, esto es, se llevan a cabo *al* decir algo. Por ejemplo: la celebración del matrimonio al pronunciar, en las circunstancias adecuadas, las palabras “sí, quiero”; o el legar un reloj al emitir el enunciado “lego a mi hermano este reloj”; o el bautizo de un barco al pronunciar, ante la proa del mismo, la fórmula “bautizo este barco con el nombre xv”, etc. Esos actos (celebrar un matrimonio, legar un reloj, bautizar un barco, etc.) son los llamados ilocucionarios, y su realización se produce al emitir esas expresiones verbales. Sin embargo, nadie definiría la acción de contraer matrimonio únicamente como “pronunciación de unas palabras”, o –al menos– *no sólo* como pronunciación de unas palabras. Esto es, la composición del acto ilocucionario es mucho más compleja, aunque ese acto se lleve a cabo realmente mediante la emisión del acto locucionario consistente en expresar un concreto enunciado verbal. Y es mucho más compleja esa estructura porque en ella entra en juego lo que AUSTIN denominaba gráficamente “*fuerza ilocucionaria*”. A la emisión de un concreto enunciado lingüístico se le asocia, convencionalmente, un determinado significado. A esa suerte de imputación simbólica, de sentido, ya nos hemos referido en esta ponencia. Unas palabras significan lo que significan porque, después de un proceso convencional, a la pronunciación de esas palabras se le asocia un sentido concreto, que –como sabemos– puede ser diverso, en función del contexto. Ejemplifiquemos nuestras consideraciones con un ejemplo de la historia, también literaria, de España: en el siglo XIX proliferaron en este país, especialmente en Andalucía, las cuadrillas de bandoleros. Se trataba de delincuentes “altruistas”, que asaltaban a los acaudalados ciudadanos al grito de “¡La bolsa o la vida!” con el fin de repartir los botines obtenidos en sus fechorías entre las clases más desfavorecidas. Esa curiosa forma de criminalidad generó toda una literatura, y no precisamente jurídica, sino eminentemente literaria (hay cientos de novelas, cuentos, narraciones, poemas, etc. sobre el bandolerismo, algunas de cuyas figuras llegaron a ser míticas, además de obras descriptivas o críticas sobre ese fenómeno, entre las que se encuentra una debida a un conocido criminólogo: CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS). En todo caso, lo que nos interesa resaltar en este lugar es que a la pronunciación de esa frase (“¡La bolsa o la vida!”), en principio –digamos– inocua, amén de errónea en su formulación, se asociaba, por esa citada fuerza convencional, el sentido de estar profiriendo una amenaza de considerable magnitud¹⁵.

15 Al respecto, LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN. “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras”, en JOSÉ CEREZO MIR, RODRIGO F. SUÁREZ MONTES, ANTONIO BERISTAIN IPIÑA y CARLOS M. ROMEO CASABONA (eds.). *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999, p. 490: la emisión de dicho enunciado “dándose las circunstancias adecuadas, convencionalmente tiene la fuerza (ilocucionaria) de formular una amenaza, en tanto que el acto perlocucionario se efectúa si como efecto se logra, por ejemplo, intimidar al destinatario o también conseguir que nos entregue la cartera”.

Pues bien, la formulación de los actos ilocucionarios plantea también interesantes cuestiones en Derecho penal. No nos podemos detener en ellas con extensión, pero al menos podemos dejarlas apuntadas. En primer lugar, la existencia de esa fuerza convencional que asocia a un determinado enunciado verbal un sentido es en todo coherente con el concepto normativista, no ontológico, ni prejurídico, ni naturalista, de delito, de manera que –como ya se ha expuesto aquí– existe una especie de convención o atribución de sentido, de un sentido concreto, a unos vocablos, en función del contexto.

En segundo término, ello conlleva, a su vez, que el significado no depende del substrato ontológico de la acción, del delito de habla, sino del contexto, de manera que ese substrato ontológico del delito, que fue piedra de toque de no escasa parte de la dogmática penal anterior al funcionalismo (esencialmente, del finalismo, mediante la figura de la “naturaleza de las cosas” o “estructuras lógico-objetivas” o “lógico-reales”) queda relegado a un segundo plano.

En tercer lugar, del mismo modo queda relegada a un plano secundario la intención o el móvil que mueva al sujeto a expresar un determinado acto de habla: lo importante es la fuerza convencional que vincula a unas frases un sentido, así como la imputación de sentido que se lleva a cabo, mas no la intencionalidad con que actúe el agente. De nuevo con un ejemplo: si el testigo hace todo lo posible por consumar, con su falsa declaración, un delito de falso testimonio, pero la declaración es entendida en sentido diverso a como la intención del sujeto la configuró, el delito quedará, no obstante esa intencionalidad, realizado en grado de tentativa, y no consumado.

Y, en cuarto lugar, se deja apuntada una ulterior conclusión: como sabemos, la ilocución (contraer matrimonio, bautizar un barco, legar un reloj) va inherentemente unida a la locución (expresión fónica de las palabras “sí, quiero”, “bautizo este barco...”, “lego este objeto a...”). Desde esa perspectiva, todo delito de habla lleva inherentemente unido el acto ilocucionario del quebrantamiento de una norma, en el sentido funcionalista de defraudación de las expectativas sociales normativizadas y de lesión de la vigencia de la norma. Ese, el quebrantamiento de la norma, es el acto ilocucionario imprescindible e inherentemente unido a la realización de un acto locucionario, como puede ser la emisión fónica de un mensaje injurioso (“¡tío sinvergüenza!”), de un falso testimonio (“no doy fe”, cuando me consta lo contrario) o de una inducción delictiva (“¡dispara ya!”).

IX. ACTOS PERLOCUCIONARIOS EN DERECHO PENAL

La tercera categoría de actos de habla es la de los actos perlocucionarios, que se refiere a aquellos efectos contingentes que derivan de una manera no inherente, sino mediata, de la emisión fónica de un acto de habla. Por ejemplo, la acción de dar seguridad, o de producir temor, o de infligir tristeza, ante la emisión de un acto

locucionario: “Sí, quiero”, “¡La bolsa o la vida!”, “¡Fulanito es un corrupto!”, etc. Al igual que las dos categorías anteriores, los actos perlocucionarios plantean variados y muy sugerentes problemas en el ámbito del Derecho penal. Como efectos del delito de habla, generan variados problemas en el ámbito del Derecho penal, especialmente en sede de autoría y participación, y de imputación objetiva. Imaginemos el siguiente supuesto: A dice a B “dispara a C o eres hombre muerto”. B, preso de un temor pleno ante tal amenaza, ejecuta a C. ¿Quién responde de esa muerte: B como autor directo o material, o A como autor mediato, o los dos, o ninguno? Para responder a esa básica cuestión hemos de preguntarnos por los *efectos* que la amenaza primera de A a B ha generado en este último, o sea: por los actos perlocucionarios. Es evidente que si, con su expresión lingüística, A (hombre de detrás) ha conseguido atemorizar de tal modo a B (hombre de delante), que prácticamente lo convirtió en instrumento mecánico de los intereses criminales de A, únicamente éste responderá por la muerte de C. Y ello porque la arrogación por parte del emisor del enunciado lingüístico (A) de la capacidad de decisión del receptor de tal enunciado (B) en el ámbito de organización excluye la responsabilidad de este último, que queda reducido a mero instrumento ejecutor. En suma, responde el hombre de detrás por homicidio en autoría mediata.

En cambio, si –no obstante la conminación del hombre de atrás– el riesgo producido resulta exclusivamente de la decisión y organización del ejecutor, entonces el primero queda liberado de su eventual responsabilidad por virtud del llamado principio de *prohibición de regreso*¹⁶. Por ejemplo: A aborda por las buenas a B en la calle y le dice que C es un miserable que merece morir; B, tomándose la justicia por su mano, decide matar a C. Ante ello, no podrá después el ejecutor (B) argüir en su defensa que actuó preso por el temor infligido por las palabras de A, sino que habrá de responder como organizador de ese segmento de su libertad individualmente gestionado por él en ese sentido delictivo. En suma: opera el principio de prohibición de regreso (por el cual se limita únicamente a un –o varios– concreto participante la responsabilidad penal) cuando el riesgo producido en el resultado es creado y gestionado por el ejecutor, que es, a su vez, un sujeto autorresponsable (principio de autorresponsabilidad, por el cual la libertad de actuación tiene como reverso la responsabilidad por las consecuencias), bien porque la inducción o amenaza del hombre de atrás (A) sea de escasa entidad y/o porque deje intacta la capacidad de decisión del ejecutor (B) que se arroga el plan delictivo y lo modifica a su manera, en este caso, gestionando delictivamente. En suma, responde el hombre de delante exclusivamente como autor directo de homicidio.

Evidentemente no todos los supuestos son tan cristalinos que permitan delimitar tan nítidamente la responsabilidad de los intervinientes, decantando la imputación de uno u otro lado. Hay también, claro está, casos de responsabilidad compartida, en los

16 Al respecto, con bibliografía y sugerente solución propia, JOSÉ ANTONIO CARO JOHN. *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2003.

que es necesario analizar de manera diferenciada el condicionamiento de la capacidad de decisión que un acto locucionario (una inducción, una amenaza...) tiene en el ámbito de organización ajena. De ese modo podrá determinarse las cuotas de participación de cada interviniente. En caso de que tanto el emisor como el receptor del acto de habla coactivo, inductor o amenazante, organizan de manera conjunta el injusto de la participación, responderán ambos como coautores, porque el riesgo producido en el resultado le es imputable a los dos por igual, y además los dos son responsables, de manera colectiva o solidaria, del injusto en su conjunto.

Estos son, esquemáticamente expuestos, los principales y muy interesantes problemas que los actos perlocucionarios presentan en el ámbito de la imputación objetiva y de la autoría y la participación penales. Hay otros ámbitos en que esos actos adquieren relevancia en Derecho penal, y son igualmente polémicos: entre ellos cabe destacar la cuestión de la responsabilidad por dolo eventual de las consecuencias posibles derivadas de un acto locucionario de habla cuya eventual aceptación es aceptada por el emisor; así como la problemática de la consideración de los efectos preventivo-especiales de la sanción penal como efectos perlocucionarios, y su pertenencia o no a la esencia del binomio delito/pena; o finalmente, la cuestión de los límites de responsabilidad como actos perlocucionarios como consecuencia de la distinción entre “consumación delictiva” (realización de los elementos típicos) y “terminación del delito” (realización de ciertos actos perlocucionarios no exigidos en el tipo).

CONCLUSIÓN

En este trabajo, creemos haber puesto de manifiesto la enorme trascendencia de los actos de habla en Derecho penal, hasta el punto de que puede hablarse de una doctrina de los delitos de habla. La misma plantea multitud de cuestiones que en esta ponencia no han sido más que esbozados, y que reclaman un estudio más amplio, en consonancia con la sugerencia de sus planteamientos. Ese interés se potencia extraordinariamente a la luz de la dogmática jurídico-penal funcionalista: en cuestiones como la idoneidad comunicativa, la distinción entre persona e individuo, la superación del substrato ontológico del delito, la normativización de la acción y de la imputación, etc. constituyen los delitos de habla un ilustrador –si no el mejor– banco de prueba de los postulados de esa dogmática funcionalista.

Estas prestigiosas Jornadas de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia están dedicadas a los juristas que, ahora hace veinte años, perdieron su vida por la fuerza y la sinrazón de las armas. Algunos de ellos enseñaron en esta misma Casa de Estudios, como los dres. ALFONSO REYES ECHANDÍA y EMIRO SANDOVAL HUERTAS, que pagaron con la vida su valentía. Que nos congreguemos aquí, pasadas dos décadas de su muerte violenta, y les rindamos el presente tributo, es la mejor prueba de que su ideal, su lucha por la justicia, por el Derecho, conserva plena vigencia. En mi ponencia he tratado de algunos casos en que la palabra es medio de comisión de

delitos. Pero con la palabra puede lucharse también, como hicieron los juristas homenajeados, por la justicia, por el Derecho. Esa herencia, ir sembrando claridades con las palabras de la razón, es nuestro reto: construir, en fin, un mundo de justicia pronunciando –para decirlo con los versos de un andaluz universal: FEDERICO GARCÍA LORCA– *“las letras de marfil que dicen siempre / siempre, siempre...”*.