

**LO «OBJETIVO»
Y LO «SUBJETIVO»
EN EL TIPO PENAL**

HACIA LA «EXTERIORIZACIÓN DE LO INTERNO»

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de Publicaciones

**LO «OBJETIVO»
Y LO «SUBJETIVO»
EN EL TIPO PENAL
HACIA LA «EXTERIORIZACIÓN
DE LO INTERNO»**

José Carlos Porciúncula

*Tesis ganadora del Premio Extraordinario de Doctorado
de la Universitat de Barcelona*

Colección: Atelier Penal

Directores:

Jesús-María Silva Sánchez

(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Ricardo Robles Planas

(Profesor de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2014 José Carlos Porciúncula

© 2014 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-15690-57-3

Depósito legal: B-19339-2014

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

*A mis padres, João y Roseana;
A mi hermana, Camila;
Y a Onélia, mi amor.*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	15
PRÓLOGO	17
NOTA PRELIMINAR	19
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	21
INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA OBJETO. MÉTODO. PLAN DE INVESTIGACIÓN	25
CAPÍTULO I. LA FILOSOFÍA DE LA MENTE: EL PROBLEMA MENTE-CUERPO	43
I. Introducción	43
II. Las doctrinas dualistas	43
1. El dualismo cartesiano	43
2. La teoría de la armonía preestablecida de Leibniz	46
3. El paralelismo ocasionalista de Malebranche	47
4. El epifenomenalismo de Huxley	47
III. El ataque de Ryle a la «doctrina oficial»	49
IV. El monismo materialista	52
1. La tesis de la identidad psiconeural de Place y Smart	52
2. El eliminativismo clásico de Feyerabend, Rorty y Quine	56
3. El eliminativismo contemporáneo de Churchland	56
V. El funcionalismo	58
1. El funcionalismo de máquina de Turing y Putnam	58
2. El psicofuncionalismo de Fodor	64
3. El funcionalismo teleológico-homuncular de Dennett	67
VI. El monismo anómalo de Davidson	71
VII. El naturalismo biológico de Searle	71
VIII. La (anti)filosofía de la mente de Wittgenstein: el denominado «argumento del lenguaje privado»	73

CAPÍTULO II. EL PARADIGMA DUALISTA EN DERECHO PENAL:	
UNA APROXIMACIÓN	85
I. Introducción	85
II. Antecedentes	86
1. Las teorías procesales del <i>constare de delicto</i> y del <i>corpus delicti</i>	86
2. El dualismo en la doctrina alemana del Derecho común	88
3. La relativización del pensamiento procesal de la época	89
3.1. El concepto de tipo en FEUERBACH	89
3.2. El concepto de tipo en STÜBEL	92
3.3. El concepto de tipo en LUDEN	94
3.4. Conclusión	96
III. Sistema clásico y dualismo: el injusto como la parte objetiva (externa) del delito y la culpabilidad como su aspecto subjetivo (interno)	96
IV. Sistema neoclásico y quiebra del esquema objetivo/subjetivo	104
V. Finalismo y teoría del injusto personal	106
VI. El normativismo y la difícil convivencia entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal	113
CAPÍTULO III. LA SUPERACIÓN DE LA FILOSOFÍA DE LA CONCIENCIA: DEL «GIRO LINGÜÍSTICO» AL «GIRO LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICO»	119
I. Introducción	119
II. El giro lingüístico-pragmático	125
1. El Wittgenstein de las <i>Philosophische Untersuchungen</i>	125
2. Cuando decir es hacer: Austin y la teoría de los <i>speech acts</i>	128
3. Searle y el desarrollo de la teoría de los <i>speech acts</i>	130
4. El pensamiento de Habermas	131
4.1. Consideraciones preliminares	131
4.2. Lenguaje y teoría crítica de la sociedad	132
4.3. Pragmática formal y teoría de la acción comunicativa	134
4.4. Una teoría plenamente pragmática del significado	137
4.5. Una teoría del Derecho y de la Democracia en términos del principio del discurso	139
CAPÍTULO IV. HACIA UN NORMATIVISMO EN TÉRMINOS DE PRINCIPIO DEL DISCURSO	149
I. Introducción	149
II. Un <i>tour d'horizon</i> por los principales modelos normativistas	150
1. El sistema teleológico-racional de Roxin	150
1.1. Política Criminal y Sistema Jurídico-Penal	150
1.2. Acción como manifestación de la personalidad	154
1.3. Tipicidad	155
1.4. Antijuridicidad	158
1.5. Responsabilidad	159
2. La aportación de Schönemann al sistema teleológico-racional	163
2.1. La crítica a los sistemas deductivos-axiomáticos y la necesidad de construcción de un sistema «elástico»	163
2.1.1. <i>Excursus</i> : ¿es el finalismo un sistema deductivo-axiomático?	169

2.2.	Un intento de síntesis entre Ontologismo y Normativismo. Lenguaje ordinario y estructura física de nuestro mundo: la existencia de conceptos «en conformidad con la realidad» (<i>wirklichkeitskonform</i>)	175
2.3.	<i>Varia</i>	175
3.	El «neohegelianismo funcional» de Jakobs	177
3.1.	Introducción	177
3.2.	Algunas consideraciones sobre la teoría de los sistemas de Luhmann	177
3.3.	Un normativismo sin base empírica (<i>empiriefreien Normativismus</i>)	180
3.4.	La evolución de la teoría de la pena de Jakobs y su reciente «giro empírico»	181
3.5.	Las implicaciones de la evolución de la teoría de la pena de Jakobs para su teoría de las normas.	186
3.6.	El concepto de persona	187
3.7.	El concepto de <i>persona</i> como punto central de referencia de todas las categorías de la teoría de la imputación de Jakobs	188
3.7.1.	<i>Persona</i> e imputación objetiva	188
3.7.2.	<i>Persona</i> y dolo	189
3.7.3.	<i>Persona</i> y delitos de omisión	191
3.7.4.	<i>Persona</i> y teoría de la participación delictiva	192
3.7.5.	<i>Persona</i> y culpabilidad	193
4.	El normativismo de Frisch	194
4.1.	La estructuración del sistema del hecho punible a partir de los distintos fines de la norma de conducta y de la norma de sanción.	194
4.1.1.	Norma de conducta y comportamiento típico (<i>Tatbestandsmäßiges Verhalten</i>)	195
4.1.2.	Norma de sanción e imputación del resultado (<i>Zurechnung des Erfolges</i>)	195
4.2.	Un concepto material de delito	196
4.2.1.	La noción kantiana del Derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales el libre albedrío de uno se hace compatible con el libre albedrío del otro según una ley general de libertad. La noción del injusto como vulneración de la libertad ajena, como negación del reconocimiento recíproco entre los ciudadanos o como conducta no generalizable y, por eso, inservible para fundamentar la vida en sociedad	196
4.2.2.	La culpabilidad	197
5.	Crítica a las corrientes esbozadas	197
III.	Derecho penal y principio del discurso	200
1.	Introducción	200
2.	Persona deliberativa, persona de Derecho, ciudadano	201
3.	Responsabilidad y Democracia Deliberativa	203
4.	Elementos estructurantes de la responsabilidad criminal	205

4.1. Introducción	205
4.2. Acción como expresión de sentido	206
4.3. La «exterioridad» de las reglas	208
4.4. <i>Excursus</i> . Acción, libre albedrío y neurociencia: <i>Quo vadis, Ius Poenale?</i>	209
4.5. Teoría de las normas y sistema jurídico-penal.	219
4.6. Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el injusto penal: una aproximación a la «exteriorización de lo interno»	227
CAPÍTULO V. LAS TEORÍAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: UNA VISIÓN CRÍTICA .	231
I. Introducción	231
II. ROXIN y la revitalización del concepto de imputación objetiva	231
III. ¿Qué queda del principio de la disminución del riesgo?	234
IV. ¿Qué queda del criterio de la ausencia de un determinado grado de riesgo?	238
V. LA problemática de los cursos causales hipotéticos	242
VI. Sobre la noción de riesgo permitido	245
1. ¿Riesgo permitido como producto de una ponderación de intereses?	245
2. Riesgo permitido ¿como producto de un consenso ideal-racional entre los miembros de la sociedad?	246
3. Riesgo permitido ¿como producto de un consenso social presidido por un velo de ignorancia (« <i>veil of ignorance</i> »)?	247
4. Posición personal	249
VII. Realización del riesgo no permitido.	250
1. La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro	250
2. La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.	253
3. Conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo.	257
3.1 Violación del <i>in dubio pro reo</i>	260
3.2 ¿Transformación de delitos de lesión en delitos de peligro?	267
3.3. Imposibilidad de obtención de un juicio de peligro desde la perspectiva <i>ex post</i>	268
3.4. Indeterminación del grado de aumento de riesgo necesario para la imputación del resultado	269
VIII. El alcance del tipo	270
1. La cooperación en una autopuesta en peligro	272
2. La heteropuesta en peligro consentida	275
3. La atribución a la esfera de responsabilidad ajena	282
4. Los casos de daños por shock (<i>Schockschäden</i>) y de daños sobrevenidos posteriormente (<i>Folgeschäden</i>)	286
IX. Lo «subjetivo» en lo «objetivo»: sobre el problema de los conocimientos especiales del autor en la determinación del riesgo prohibido	290
1. Introducción	290
2. La crítica de los finalistas a la teoría de la imputación objetiva: en particular, sobre el problema de los conocimientos especiales del autor	291

3. La respuesta de los defensores de la teoría de la imputación objetiva a los finalistas.	293
4. Perspectiva personal: los procesos «internos» necesitan criterios «externos» (Wittgenstein). Los conocimientos especiales del autor como componentes de un sentido exteriorizado.	297
 CAPÍTULO VI. LO «OBJETIVO» EN LO «SUBJETIVO»: LA «OBJETIVIZACIÓN»	
DEL DOLO.	301
I. Consideraciones introductorias sobre la «objetivización» del dolo	301
II. El concepto de dolo en Roxin	302
III. El concepto de dolo en Hassemer	304
IV. El concepto de dolo en Herzberg y Puppe	304
V. El concepto de dolo en Ragués i Vallès.	306
VI. El concepto de dolo en Hruschka	306
VII. Posición personal: <i>dolus in actio ipsa</i>	308
1. ¿Existencia de un elemento volitivo en el dolo? Hacia una concepción cognitiva del dolo.	308
2. De nuevo: la «exteriorización de lo interno». Sobre la necesidad de una teoría de la prueba del dolo profundamente anticartesiana	309
 CONCLUSIONES.	 311
 BIBLIOGRAFÍA.	 319

PRESENTACIÓN

Aunque se trate de algo poco usual, he aceptado con mucho gusto la petición del Dr. José Carlos Nobre Porciúncula Neto, en el sentido de acompañar con una breve presentación al prólogo de nuestro común maestro, el Prof. Mir Puig, director de su tesis doctoral. Lo he hecho, pese a haber sido uno de los miembros del tribunal que enjuició la tesis recogida en lo esencial en esta obra, ante la convicción de que nos hallamos frente a un trabajo absolutamente excepcional. En efecto, hasta ahora no había sido posible leer en ninguna obra jurídico-penal una exposición tan erudita y a la vez tan analítica sobre la evolución de la filosofía de la mente entre los diversos monismos y dualismos que la han ido tensionando. Pero, a la vez, personalmente tampoco había asistido al intento de proyectar toda esa reflexión filosófica sobre la dogmática. Que con ello se arroja luz sobre algunas de nuestras intuiciones más o menos fundadas ha de resultar evidente. Así, por ejemplo, la de que el neokantismo conlleva un intento de superación del dualismo cartesiano, al que sin embargo regresa el finalismo. Si consideramos que la dogmática postfinalista no supone sino la explosión de diversos neokantismos —en el sentido de la aparición de una pluralidad de perspectivas sobre el ser social— no cabe sino convenir la oportunidad de esta obra que un penalista brasileño ha tenido a bien regalar al lector de habla española. Sólo por eso ya merece alabanza y agradecimiento la obra que presento.

La idea de «exteriorización de lo interno» —el expresivo subtítulo de esta obra— describe fielmente el *leit motiv* de la empresa asumida por José Carlos: superar el dualismo cartesiano del que adolecería la dogmática del Derecho penal, de la mano del segundo Wittgenstein. Así, tomando como eje el giro lingüístico-pragmático de éste, llegamos a las dos frases que José Carlos adopta como lema: «Las palabras tienen su significado solo en el flujo de la vida»; y «también lo que ocurre en el interior solo tiene sentido en el flujo de la vida» (p. 120). Para la concreción de estas ideas en el ámbito jurídico-penal y, en particular, en la dogmática, José Carlos trata de llevar a cabo una reconstrucción de la teoría del delito (y en concreto, de la doctrina del tipo) sobre la base de la teoría del discurso de Habermas. Una vez asumida en el plano de la legislación la tesis de la democracia deliberativa, la cuestión es qué «discurso de aplicación» acoge. Pues bien, parece que hace suya la idea, expuesta en Facticidad y validez, de un juez que dialoga con la comunidad de interpretación de los expertos en Derecho: del juez que orienta sus decisiones por los estándares de la praxis interpretativa reconocidos en tal profesión, lo que garantizaría la objetividad y aceptabilidad intersubjetiva de tales decisiones (p. 137). Dichos estándares han venido dados en Derecho penal por la dogmática de la teoría del delito.

Sin embargo, llegados a este punto, no estaba claro que José Carlos asumiera este postulado. Así, puede advertirse con claridad que lo determinante para él será qué se entienda por «flujo de la vida», como criterio de atribución de significado; y cómo se identifiquen los «Standards der Auslegungspraxis» de la comunidad jurídica. Seguramente con esta pretensión de concreción, José Carlos emprende la exposición crítica de las premisas básicas de las teorías de Roxin, Jakobs y Frisch, a quienes reprocha déficits ya sea en cuanto al abordaje de la dimensión de facticidad, ya de la dimensión de validez del Derecho penal. Su diálogo se traslada entonces a autores como Günther, Kindhäuser, Fletcher o Vives Antón, asumiendo la idea de que la acción es una interpretación de un comportamiento humano conforme a una práctica social reglada. Como el propio autor señala: «el criterio para la atribución de los elementos subjetivos es el comportamiento humano en el flujo de la vida; es gracias a él como “la gramática y los juegos de lenguaje de nuestros procesos internos cobran el particular sentido que tienen en nuestro mundo”» (p. 221).

Ello podría haber conducido a José Carlos a una valoración positiva del ingente esfuerzo realizado por las doctrinas de la denominada «imputación objetiva» en la búsqueda del sentido intersubjetivo de la conducta; no en vano, por su parte aboga por la unificación del tipo objetivo y el subjetivo bajo el denominador común de la intersubjetividad (tipo intersubjetivo). Sin embargo, tomando como base la doctrina de Roxin, las somete a una intensa crítica, con la que trata de poner de relieve la inseguridad consustancial a aquéllas. En este punto es donde mi valoración de nuestro “pasado común” y la de José Carlos pasan necesariamente a divergir, como le manifesté en el acto de defensa de la tesis doctoral. En dicho acto él se decantó por un distanciamiento radical con respecto a nuestra tradición dogmático-sistemática como conjunto de instrumentos de atribución de sentido jurídico-penal a los hechos humanos. Por mi parte, le pregunté simplemente cuál era la alternativa: ¿el flujo de la vida? ¿El examen de las reglas sociales y jurídicas que definen la acción del sujeto, puestas en relación con las técnicas que dicho sujeto domina? ¿Y aportará eso más seguridad?

Las respuestas que José Carlos ofrece a ciertos casos clásicos de nuestra discusión me reafirman en mi escepticismo con respecto a ese «partir de cero» y volver al «intuicionismo social». No ignoro que esa asunción, a sabiendas, de la consiguiente fragilidad de los «nuevos» juicios jurídico-penales en pro de la apertura «a la riqueza de nuestra vida en sociedad» (p. 300) pueda representar una tentación, y fuerte. Por eso, en el mismo acto de la defensa de la tesis, invité al querido José Carlos a resistirse y seguir en la brecha de la cantera dogmática, literalmente «picando piedra día tras día», en busca de los pequeños avances que son propios de cada generación en el marco de nuestra tradición milenaria. Precisamente juristas con la exuberante formación filosófica y dogmática de José Carlos son los que más pueden aportar en ese milenario empeño. Por eso, con todo el afecto, con el mayor aprecio intelectual, desde la más cordial enhorabuena... me atreví y me sigo atreviendo a insistirle en que no nos niegue la fuerza de su hombro.

Prof. Dr. Dr. hc. mult. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

PRÓLOGO

Me siento muy honrado por haber podido dirigir la tesis doctoral de José Carlos Nobre Porciuncula Neto, que en lo esencial se corresponde con el contenido del presente libro, y por tener ahora ocasión de prologarlo. Porque se trata de una investigación excepcional que ahonda en una cuestión básica de la dogmática de la teoría del delito —el papel en ella de lo objetivo y lo subjetivo— buscando el paralelismo de su evolución histórica en la doctrina penal con hitos fundamentales de la historia de la filosofía. Tal búsqueda es acertada, porque la mejor doctrina penal ha ido de la mano de las distintas concepciones filosóficas que se han ido sucediendo a lo largo de los años. Pero el análisis riguroso de esta relación entre dogmática jurídico-penal y filosofía no es nada fácil, porque requiere un conocimiento profundo tanto de la historia de la teoría del delito, como la de la filosofía. José Carlos Porciuncula demuestra en esta obra, de forma asombrosa, no sólo que conoce, sino que domina las claves profundas de ambos campos. Con ello sigue la senda de los mejores penalistas, los que han sido sensibles a cada contexto histórico-cultural y han ido construyendo las categorías dogmáticas sobre la base de dicho contexto. Ello es una de las características de la historia de la dogmática alemana de la teoría del delito, seguramente una de las que mejor explica su excepcional desarrollo y su capacidad de influencia en tantos otros países. Los penalistas españoles y latinoamericanos hemos sido conscientes de la conexión de la teoría del delito con la filosofía, y algunos hemos insistido en esta relación, pero no es fácil encontrar en español una indagación tan minuciosa de los fundamentos filosóficos de una cuestión dogmática capital como la que ha efectuado José Carlos Porciuncula durante sus años de elaboración de su tesis doctoral.

He sido testigo privilegiado del origen y el desarrollo de esta investigación. Tuve ocasión de conocer a José Carlos en un Congreso de derecho penal celebrado en 2003 en su lugar de nacimiento, en Salvador de Bahía, Brasil. Ya entonces me sorprendió que un recién salido de las aulas de una Facultad de Derecho tuviese sus conocimientos y su vocación por penetrar en los cimientos del derecho penal. No dudé por ello en aceptarlo como alumno de doctorado en mi Universidad de Barcelona. Siempre destacó en sus intervenciones por una rara erudición, que fue ampliando sin cesar durante su estancia en el Colegio Mayor San Raimón de Penyafort, situado enfrente mismo de mi Facultad de Derecho. Me llamó poderosamente la atención su insólita capacidad de trabajo. De hecho pasaba sus largos horarios de estudio entre el Colegio, la biblioteca de mi Facultad y mis clases, y las clases y la biblioteca de la Universitat Pompeu Fabra. Cuando ya en Brasil —esta vez durante unas conferencias que pronuncié en São Paulo— me presentó el proyecto completo de

su tesis doctoral, que pretendía la revisión tanto de la historia dogmática como la de la filosofía, le alerté del peligro que tan ambiciosos objetivos hiciesen eternizar su consecución. Afortunadamente, ello no le hizo desistir de su proyecto, que consiguió convertir antes de lo esperable en una de las mejores tesis doctorales que se han presentado en España y ahora en el admirable libro que el lector tiene entre sus manos.

La investigación ha logrado relacionar con claridad distintas fases de evolución de la filosofía y de la teoría del delito con el objeto central constituido por el significado de la distinción de lo objetivo y lo subjetivo en el delito. Se empieza relacionando esta distinción con el dualismo de cuerpo y mente característico de la filosofía de Descartes. A continuación se describe la evolución paralela del tratamiento de lo objetivo y lo subjetivo en la teoría del delito, desde las teorías procesales del *corpus delicti* y el dualismo en el derecho común, pasando por los penalistas alemanes del siglo XIX, desde Feuerbach, Stübel y Luden, hasta la teoría del delito que inauguró von Liszt, caracterizada por dividir el delito en dos partes, la externa y la interna, correspondientes respectivamente a la distinción fundamental de antijuridicidad y culpabilidad. Tal división, inspirada por el naturalismo científico, entró en crisis con la irrupción del neokantismo en el primer tercio del s. XX, pero Porciúncula pone de relieve que el finalismo de Welzel vino a recuperar una clara distinción de lo objetivo y lo subjetivo en el interior del tipo de injusto. Las vías de superación del dualismo de cuerpo y mente son examinadas detalladamente en el presente libro, partiendo también de las aportaciones de la filosofía del lenguaje de Wittgenstein, Austin y Searle, para concluir con la teoría de la acción comunicativa de Habermas. Porciúncula propone a continuación comprobar la superación del dualismo cartesiano en la teoría del delito de corte normativista, empezando por el normativismo moderado de Roxin y su discípulo Schünemann, continuando con el normativismo de Jakobs, basado en la teoría de los sistemas de Luhmann e influido por Hegel, y con el normativismo de Frisch, para inclinarse por la aplicación del principio del discurso de Habermas al derecho penal —cosa que en España sólo había hecho Vives Antón y algún seguidor suyo—. Finalmente concentra su atención José Carlos en la teoría de la imputación objetiva y en la revisión del papel que en ella juega lo objetivo y lo subjetivo, poniendo de manifiesto que en dicha teoría lo objetivo no puede contraponerse claramente a lo subjetivo, porque la susodicha «imputación objetiva» depende también de conocimientos subjetivos del autor, del mismo modo que tampoco puede contraponerse nítidamente a la imputación «subjetiva» ya que la imputación del dolo depende a su vez de elementos objetivos. La propuesta con que concluye esta investigación es la de abandonar la distinción de parte objetiva y parte subjetiva del tipo, para concebir el tipo como una «unidad intersubjetiva».

El portentoso repaso de las más importantes corrientes de pensamiento de los últimos siglos que se efectúa en esta obra lleva de forma natural a esta sencilla y plausible conclusión. La enorme complejidad y diversidad del material analizado y sintetizado no queda en valiosa erudición, sino que se convierte en el más sólido fundamento de una aportación original, importante y convincente.

¡Felicidades José Carlos!

Barcelona, Septiembre de 2014
Prof. Dr. Dr. hc. mult. Santiago MIR PUIG

NOTA PRELIMINAR

El libro que el lector tiene entre sus manos se corresponde, en sus aspectos esenciales, con mi tesis doctoral, defendida el 8 de febrero de 2013 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona ante un Tribunal compuesto por los Profesores Dres. Jesús-María Silva Sánchez, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Tomás S. Vives Antón, quienes decidieron, por unanimidad, atribuirle la máxima calificación (*summa cum laude*). A ellos quiero agradecerles el pormenorizado y riguroso análisis que hicieron del trabajo, así como las observaciones y sugerencias formuladas. Doy las gracias también a los suplentes del Tribunal, los Profesores Dres. Joan Josep Queralt, Manuel Cancio Meliá y Ramon Ragués i Vallès, por su amable disponibilidad.

Cuando tomé la firme decisión de realizar un Doctorado en Derecho penal en la Universidad de Barcelona, no lo hice simplemente por el hecho de ser esta una prestigiosa universidad europea. Lo hice, sobre todo, porque sabía que ahí encontraría a uno de los penalistas más respetados y célebres en todo el mundo; un jurista singular, cuyo incomparable magisterio ha producido extraordinarios discípulos. Me refiero, por supuesto, a mi querido y admirado maestro, el Prof. Dr. Dr. hc. mult. Santiago Mir Puig.

Decía el renombrado científico estadounidense y ganador del premio Nobel de Química, Linus Pauling, que lo que caracteriza a un auténtico maestro es la capacidad de arrojar luz y sembrar sombras en la mente de sus discípulos. Soy testigo del absoluto dominio por parte del Prof. Dr. Santiago Mir Puig de este fino arte. Él me ha arrojado luz, guiándome con sus firmes manos por los intrincados laberintos de la dogmática penal. Pero también ha sembrado sombras, estimulándome constantemente a andar nuevos caminos, permitiéndome decir con el poeta «... não vou por aí! Só vou por onde me levam meus próprios passos» (José Régio, *Cântico Negro*). Ser discípulo del Prof. Mir es el título más importante que podré ostentar en mi trayectoria académica. Espero poder contar siempre con su orientación y amistad.

Debo subrayar que mis mejores expectativas se han cumplido con creces al tener la suerte de estudiar con el Prof. Dr. Dr. hc. mult. Jesús-María Silva Sánchez. A él le agradezco sus magistrales enseñanzas, que son, para mí, absolutamente inolvidables.

Ha sido un honor y un privilegio estudiar a lo largo del Curso de Doctorado con profesores extremadamente dedicados a su ciencia, cuya seriedad en los propósitos puede ser igualada, pero jamás superada. Por ello, quisiera aprovechar esta oportunidad para mostrar mi sincero agradecimiento a los Profesores Dres. Joan Josep Queralt, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Carolina Bolea, Amadeu Recasens y Raúl Núñez Ojeda.

Al Prof. Dr. Dr. hc. mult. Urs Kindhäuser le agradezco enormemente su cálida hospitalidad y permanente disposición para el diálogo durante mi estancia de investigación en el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Bonn (Alemania). Asimismo quisiera dar las gracias a la Prof.^a Dra. Ingeborg Puppe y al Prof. Dr. Dr. hc. mult. Günther Jakobs, por el inmediato interés en el trabajo que en aquel momento se desarrollaba. No podría olvidarme tampoco del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), sin cuyo soporte financiero dicha instancia de investigación no habría sido posible.

Debo dar las gracias también a mis compañeros del Área de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, especialmente a los Profesores Dres. David Carpio, Víctor Gómez Martín y José-Ignacio Gallego Soler, por su sincera amistad. Quisiera del mismo modo expresar mi aprecio a la Señora M. Angels Comellas, Secretaria del Departamento de Derecho penal de la Universidad de Barcelona. Ella se ha convertido para mí en un modelo de competencia y profesionalismo sin parangón. A ella le doy las gracias por su generosa ayuda.

Extiendo mi gratitud a los compañeros del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, especialmente a los Profesores Dres. Ricardo Robles Planas e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, por sus consejos y constante estímulo.

Una revisión del castellano de la tesis fue realizada por el Prof. Dr. David Carpio y por el Doctorando Héctor García de la Torre. A ellos les agradezco no solo el hercúleo esfuerzo, sino también el excelente resultado alcanzado.

A los Profesores Dres. Jesús-María Silva Sánchez y Ricardo Robles Planas, les agradezco el interés en la publicación del libro en la prestigiosa colección *Atelier Penal*.

Echando la vista atrás, veo a estimados profesores brasileños que tan generosamente me ayudaron a dar mis primeros pasos académicos. Me sería imposible nombrarlos uno por uno. De todos modos, no podría dejar de manifestar mi especial reconocimiento al Prof. Wellington Cesar Lima e Silva, al Prof. Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira y al Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz.

Al Prof. Dr. Dr. hc. mult. Juarez Tavares le agradezco una lectura atenta y entusiasmada de la presente obra.

Al Prof. Dr. Renato de Mello Jorge Silveira, mi cordial agradecimiento por invitarme gentilmente a exponer algunas de las ideas contenidas en este libro en el programa de maestría y doctorado en Ciencias Criminales de la Universidad de São Paulo (Brasil).

A los compañeros Artur Ferrari, Cleifson Dias, Marina Cerqueira, Bruno Espiñeira, Antonio Vieira, Lourival Vieira, André Garcia, Claudia Viana y Rafael Santana, les agradezco la convivencia enriquecedora.

También quiero aquí expresar mi más sincera y profunda gratitud a mi tío, Nabor Bulhões, por su apoyo incondicional a lo largo de la elaboración de este trabajo. Él es y seguirá siendo para mí un modelo de seriedad y compromiso con la causa del Derecho.

Por fin, esta nota no estaría completa sin hacer una referencia destacada a las personas a las cuales este trabajo está dedicado: a mis padres, João y Roseana; a mi hermana, Camila; y a mi novia, Onélia. Esta obra es el producto del infinito amor que siempre me han brindado; sin este preciado bien, estoy convencido de que no habría escrito una sola línea de las que ahora se leen.

Brasília, 10 de septiembre de 2014
José Carlos PORCIÚNCULA

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ABAJournal	American Bar Association Journal
AcP	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
ADPC	<i>Anuario de Derecho Penal y Criminología</i>
ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AFD	<i>Anuario de Filosofía del Derecho</i>
AIL	<i>Artificial Intelligence and A</i>
A&K	<i>Aufklärung und Kritik (Zeitschrift)</i>
AnnalsNYAS	<i>Annals of the New York Academy of Sciences</i>
AP	<i>Actualidad Penal</i>
ARSP	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i>
art./arts.	artículo/artículos
AT	<i>Allgemeiner Teil</i> (Parte General)
BuffaloCLR	<i>Buffalo Criminal Law Review</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen</i> (Sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en materia penal)
BJP	<i>British Journal of Psychology</i>
BtMG	<i>Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln</i> (<i>Betäubungsmittelgesetz</i>) (Ley sobre el tráfico de Estupefacientes)
CardozoLR	<i>Cardozo Law Review</i>
CDJ	<i>Cuadernos de Derecho Judicial</i>
cfr.	Confronter
ChengchiLR	<i>Chengchi Law Review</i>
ColumbiaLR	<i>Columbia Law Review</i>
comp.	Compilador
CPB	Código Penal brasileño
CPC	<i>Cuadernos de Política Criminal</i>

CPE	Código Penal español
CPI	Código Penal italiano
<i>CrimLaw&Philos</i>	<i>Criminal Law and Philosophy. An International Journal for Philosophy of Crime, Criminal Law and Punishment</i>
<i>Doxa</i>	<i>Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho</i>
<i>DDDP</i>	<i>Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale</i>
<i>DP</i>	<i>Doctrina Penal</i>
<i>DS</i>	<i>Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade</i>
ed.	Edición
edt.	Editor
<i>EJP</i>	<i>European Journal of Philosophy</i>
<i>EP</i>	<i>Estudios Públicos</i>
<i>EPC</i>	<i>Estudios Penales y Criminológicos</i>
<i>ES</i>	<i>Estudios Sociales</i>
<i>FG</i>	<i>Festgabe</i>
<i>FS</i>	<i>Festschrift</i>
<i>GA</i>	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
<i>Gehirn&Geist</i>	<i>Gehirn&Geist. Das Magazin für Psychologie und Hirnforschung</i>
<i>GerS</i>	<i>Der Gerichtssaal</i>
<i>GG</i>	Grundgesetz (Ley fundamental alemana)
<i>GS</i>	<i>Gedächtnisschrift</i>
<i>HarvardLR</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>HRRS</i>	<i>Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht</i>
<i>InDret</i>	<i>InDret. Revista para el Análisis del Derecho</i>
<i>intr:</i>	Introducción
<i>IP</i>	<i>L'Indice Penale</i>
<i>IsraelLR</i>	<i>Israel Law Review</i>
<i>IZTR</i>	<i>Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts</i>
<i>JA</i>	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
<i>JCS</i>	<i>Journal of Consciousness Studies</i>
<i>JuS</i>	<i>Juristische Schulung</i>
<i>JZ</i>	<i>Juristenzeitung</i>
<i>KJ</i>	<i>Kritische Justiz</i>
<i>KrimJ</i>	<i>Kriminologisches Journal</i>
<i>KritV</i>	<i>Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft</i>
<i>IllinoisLR</i>	<i>Illinois Law Review</i>
<i>LH</i>	<i>Libro-Homenaje/ Livro-Homenagem</i>

<i>LK</i>	<i>Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
<i>LL</i>	<i>Revista Jurídica Española La Ley</i>
<i>LM</i>	<i>Libro en Memoria</i>
<i>MDR</i>	<i>Monatsschrift für deutsches Recht</i>
<i>MscbrKrim</i>	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform</i>
<i>MinnJLSci&Tech</i>	<i>Minnesota Journal of Law, Science and Technology</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>NK</i>	<i>Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
<i>NStZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
<i>OLG</i>	<i>Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Land)</i>
<i>OxfordJLS</i>	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
<i>PBA</i>	<i>Proceedings of the British Academy</i>
<i>PE</i>	<i>Philosophical Explorations. An International Journal for the Philosophy of Mind and Action</i>
<i>PG</i>	<i>Parte General/Parte Generale/Parte Geral</i>
<i>Philosophy</i>	<i>Philosophy. The Journal of the Royal Institute of Philosophy</i>
<i>PhilTransRSocLondB</i>	<i>Philosophical Transactions of the Royal Society of London: Biological Sciences</i>
<i>PR</i>	<i>Philosophical Review</i>
<i>PsyRund</i>	<i>Psychologische Rundschau</i>
<i>Ratio Juris</i>	<i>Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law</i>
<i>RBCrim</i>	<i>Revista Brasileira de Ciências Criminais</i>
<i>RCENIPEC</i>	<i>Revista de Investigaciones Penales y Criminológicas «Héctor Febres Cordero»</i>
<i>RDJ</i>	<i>Revista Diálogo Jurídico</i>
<i>RDPC</i>	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i>
<i>RDPP</i>	<i>Revistas de Derecho y Proceso Penal</i>
<i>RechtsJ</i>	<i>Rechtshistorisches Journal</i>
<i>Rechtstheorie</i>	<i>Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts</i>
<i>RECPC</i>	<i>Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología</i>
<i>RGSt</i>	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Sentencias del Tribunal del Imperio en materia penal)</i>
<i>RIDPP</i>	<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i>
<i>RLD</i>	<i>Revista Lusíada Direito</i>
<i>RM</i>	<i>Review of Metaphysics</i>
<i>RP</i>	<i>Revista Penal</i>
<i>RPCC</i>	<i>Revista Portuguesa de Ciência Criminal</i>
<i>RT</i>	<i>Revista dos Tribunais</i>

<i>SchwZStr</i>	<i>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht</i>
<i>SK</i>	<i>Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
<i>StGB</i>	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
<i>StV</i>	<i>Strafverteidiger</i>
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo español
<i>trad.</i>	Traducción
<i>vol.</i>	Volumen
<i>WakeForestLR</i>	<i>Wake Forest Law Review</i>
<i>WestEnd</i>	<i>WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung</i>
<i>Wistra</i>	<i>Wistra. Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht</i>
<i>WK</i>	<i>Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
<i>ZIS</i>	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i>
<i>ZRP</i>	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
<i>ZSSR</i>	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte</i>
<i>ZStrR</i>	<i>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht</i>
<i>ZStW</i>	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA OBJETO.

MÉTODO. PLAN DE INVESTIGACIÓN

Se debe a Santiago MIR PUIG la afirmación de que, posiblemente, el debate más importante ocurrido en el siglo pasado en la doctrina jurídico-penal se haya centrado en el papel de lo objetivo y de lo subjetivo en el concepto de delito.¹ Efectivamente, en la evolución de la dogmática penal, desde el positivismo naturalista de finales del siglo XIX —que rechazando consideraciones metafísicas y preocupado por describir un determinado suceso concebía el injusto como la parte objetiva (externa) del delito y la culpabilidad como su aspecto subjetivo (interno)—,² pasando por la concepción valorativa del neokantismo³ —que advirtió que el injusto no es explicable en todos los casos solo por elementos objetivos⁴ y que la culpabilidad, a su vez, tampoco se basa exclusivamente en elemen-

1. Mir Puig, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto* en *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 181.

2. Cfr. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4ª ed., Berlin, 1891, p. 128 y pp. 160 y ss.; Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 178-179; el mismo, *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., Tübingen, 1930, p. 31; Radbruch, *Über den Schuldbegriff* en *ZStW* 24, 1904, pp. 334 y ss.

3. Sobre el neokantismo de la escuela sudoccidental alemana cfr. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 11ª ed., Stuttgart, 1964, pp. 249 y ss.; el mismo, *Rechtsphilosophie* en Dreier/Paulson (eds.), *Gustav Radbruch. Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2ª ed., Heidelberg, 2003, pp. 8 y ss.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Berlin/Heidelberg, 1991, pp. 92 y ss.; Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, 1984, pp. 90 y ss.; Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York, 1975, pp. 70-71. Sobre su repercusión en la ciencia del Derecho penal, cfr. Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930, pp. 8 y ss.; Mittasch, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939, pp. 23 y ss., 86 y ss., 236 y ss.; Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 41 y ss.; Grünhut, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1926, pp. 15 y ss.; el mismo, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft* en *Frank-FG*, Tomo I, Tübingen, 1930, pp. 19 y ss.

4. Me refiero no solo al descubrimiento de los elementos normativos del tipo, sino también (y en especial) a la comprobación de la existencia de elementos subjetivos de los que dependía la propia antijuridicidad del hecho. El descubrimiento de los elementos normativos del tipo se debe a la revisión

tos subjetivos—⁵ y por la subjetivización del injusto de base finalista —con la consecuente consolidación de la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo—,⁶ llegando hasta las modernas corrientes normativistas —que no solo proponen la reformulación del tipo objetivo a través de la teoría de la imputación objetiva,⁷ sino también la «objeti-

de la teoría del tipo no valorativo de Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 147, realizada por Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Heidelberg, 1923, pp. 182-185. Sobre la necesidad de los elementos subjetivos para la realización del injusto, cfr. Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens* en *ZStW* 36, 1915, pp. 31 y ss.; el mismo, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs* en *Frank-FG I*, pp. 251 y ss.

5. Sobre el concepto normativo de culpabilidad, cfr. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* en *FS für die juristische Fakultät der Universität Giessen*, Giessen, 1907, *passim*; Goldschmidt, *Normativer Schuldbegriff* en *Frank-FG I*, *passim*; Freudenthal, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922, *passim*; Wolf, *Strafverbrechliche Schuldlehre*, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1928, *passim*. Un minucioso análisis de la evolución del concepto normativo de culpabilidad se encuentra en Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, §§ 17-23. Respeto de la existencia de momentos objetivos en la culpabilidad, cfr. Frank, *Über den Aufbau*, p. 12; Hegler, *Die Merkmale*, p. 34; el mismo, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente*, pp. 253 y ss.; Thierfelder, *Objektive gefasst Schuldmerkmale*, Breslau/Neukirch, 1932, pp. 44 y ss.; Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlin/München, 1949, p. 270.

6. Sobre la imposición del concepto de injusto personal en la dogmática penal alemana cfr. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969, pp. 53 y ss., 151 y ss.; Hirsch, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* en *ZStW* 93, 1981, pp. 843 y ss.; el mismo, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel* en *FS für Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1988, pp. 400 y ss.; Armin Kauffmann, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht* en *Welzel-FS*, Berlin/New York, 1974, pp. 393 y ss.; Gallas, *Zur Struktur des strafverbrechlichen Unrechtsbegriffs* en *Bockelmann-FS*, München, 1979, pp. 155 y ss.

7. Así Jakobs, *Strafrecht. AT*, 2ª ed., Berlin/New York, 1993, § 7/1 y ss.; el mismo, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, 1996, *passim*; Suárez González/Cancio Meliá, *Estudio preliminar: la reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva* en Jakobs, *La imputación objetiva*, *passim*; Triffterer, *Österreichisches Strafrecht, AT*, Wien/New York, 1985, pp. 138 y ss.; la reformulación del tipo objetivo a través de la teoría del comportamiento típico es el objeto de la obra de Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, *passim*; el mismo, *Tipo penal e imputación objetiva*, trad. Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo, Yesid Reyes Alvarado, Madrid, 1995, *passim*; el mismo, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, trad. Ricardo Robles Planas, en Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, Madrid, 2000, *passim*; el mismo, *La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático*, trad. Ricardo Robles Planas, en Frisch/Robles Planas, *Desvalorar e imputar*, Barcelona, 2004, *passim*. Algunos autores, sin embargo, conceden a la teoría de la imputación objetiva un ámbito de operatividad más amplio: así, Torío López, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva* en *ADPCP*, 1986, p. 35, considera la teoría de la imputación objetiva un principio metódico superior o general «que se ramifica y disemina realmente a través de todo el sistema»; de modo muy próximo, Reyes Alvarado, *Imputación Objetiva*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 74; el mismo, *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung* en *ZStW* 105, 1993, p. 129, quien pretende una nueva estructuración del concepto de delito con base en la teoría de la imputación objetiva; Robles Planas, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo* en Frisch/Robles Planas, *Desvalorar e imputar*, p. 91, también considera que «la teoría de la imputación objetiva encierra, ciertamente, un núcleo incontestable, un núcleo con capacidad suficiente para revolucionar no solo la teoría del tipo, sino también toda la teoría del delito»; Palermo, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona, 2006, para quien la legítima defensa sería un problema de imputación objetiva; Zaffaroni, *Panorama de los Esfuerzos Teóricos para Establecer Criterios de Imputación Objetiva* en *João Marcelo de Araújo Júnior-LH*, Rio de Janeiro, 2001, p. 187, en sentido crítico, afirma

vacación» del dolo⁸ y de la culpabilidad—,⁹ lo objetivo y lo subjetivo han ocupado distintas posiciones en el sistema del delito. Actualmente se ha diagnosticado, con razón, una especie de «confusión» entre lo objetivo y lo subjetivo, e incluso se ha comparado dicho problema, dada su elevadísima complejidad y aparente irresolubilidad, a un «nudo gordiano».¹⁰

La presente investigación tiene por objeto tres cuestiones fundamentales de la moderna dogmática penal que ilustran claramente la difícil convivencia entre lo objetivo y lo subjetivo en el concepto de delito, más específicamente en el tipo penal:

A) En primer lugar, cabe mencionar la propia controversia respecto al desplazamiento, producido por la teoría de la imputación objetiva, del centro de gravedad del injusto hacia el tipo objetivo. Son conocidas las críticas que los representantes del finalismo han

que el desarrollo que ha tenido en los últimos años la teoría de la imputación objetiva «ha llevado a proponer la alteración de todo el esquema teórico del delito para hallarle solución (...)».

8. Véase Puppe en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *NK*, Tomo I, 2ª ed., Baden-Baden, 2005, § 15/64 y ss.; la misma, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, pp. 35 y ss.; la misma, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis* en *ZStW* 103, 1991, pp. 1 y ss.; la misma, *Begriffskonzeption des dolus eventualis* en *GA*, 2006, pp. 65 y ss.; la misma, *Strafrecht. AT im Spiegel der Rechtsprechung*, vol. I, Baden-Baden, 2002, § 16/37 y ss.; Jakobs, *Strafrecht. AT*, § 8/5 y ss.; el mismo, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischen“ Prinzipien* en *ZStW* 107, 1995, pp. 861 y ss.; el mismo, *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos*, trad. de Carlos Suárez González, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 132 y ss.; el mismo, *El principio de culpabilidad*, trad. de Manuel Cancio Meliá, en *Estudios*, pp. 371 y ss.; el mismo, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus* en *ZStW* 114, 2002, pp. 584 y ss.; el mismo, *Dolus Malus* en *Rudolphi-FS*, Neuwied, 2004, pp. 107 y ss.; Kindhäuser, *Strafrecht. AT*, 3ª ed., Baden-Baden, 2008, § 13/1 y ss., y § 14/14 y ss.; el mismo, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium* en *ZStW* 96, 1984, en especial, p. 22.; el mismo, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a. M., 1989, pp. 91 y ss.; el mismo, *Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt* en *Hruschka-FS*, Berlin, 2005, pp. 539 y ss.; el mismo, *Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung* en *GA*, 2007, pp. 464 y ss.; Herzberg, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit — ein Problem des objektiven Tatbestandes* en *JuS*, 1986, pp. 253 y ss.; el mismo, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und das Problem eines einheitlichen Handlungsbegriffs — Teil 1* en *JZ*, 1988, pp. 573 y ss.; el mismo, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und das Problem eines einheitlichen Handlungsbegriffs — Teil 2* en *JZ*, 1988, pp. 635 y ss.; Frisch, *Vorsatz und Risiko*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, en especial, pp. 345 y ss.; Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin/New York, 1976, pp. 25 y ss.; el mismo, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin/New York, 1983, pp. 425 y ss.; el mismo, *Über Schwierigkeiten mit dem Beweise des Vorsatzes in Kleinknecht-FS*, München, 1985, pp. 191 y ss.; Lesch, *Dolus directus, indirectus und eventualis* en *JA*, 1997, pp. 802 y ss.; Bacigalupo, *Problemas actuales del dolo* en *Rodríguez Mourullo-LH*, Navarra, 2005, pp. 68 y ss.; Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, en especial, pp. 275 y ss., 323 y ss., 357 y ss.; el mismo, *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Barcelona, 2007, pp. 118 y ss.; Greco, *Dolo sem vontade* en *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra, 2009, pp. 885 y ss.

9. Cfr. Jakobs, *Strafrecht. AT*, § 17/18 y ss.; el mismo, *Culpabilidad y prevención*, trad. de Carlos Suárez González, en *Estudios*, pp. 73 y ss.; el mismo, *El principio de culpabilidad*, pp. 365 y ss.; el mismo, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus*, pp. 863 y ss.; el mismo, *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Berlin, 2008, pp. 99 y ss.; el mismo, *Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin* en Engel/Schön (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen, 2007, pp. 128 y ss.

10. La caracterización de la «confusión» entre lo objetivo y lo subjetivo como un «nudo gordiano» se puede atribuir a Schünemann y Hsü, organizadores del congreso germano-hispano-taiwanés titulado «Die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven — ein gordischer Knoten in der Strafrechtsdogmatik», publicado en *ChengchiLR* 50, 1994.

dirigido contra tal teoría, negando no solo su necesidad,¹¹ sino también (y este me parece el *punctum saliens* de la polémica) su carácter objetivo,¹² lo que, según ellos, estaría demostrado por la relevancia que sus partidarios conceden a los *conocimientos y capacidades especiales* del autor para la determinación del riesgo permitido/prohibido.¹³ Tampoco se puede ignorar, a pesar del innegable triunfo de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito doctrinal, una cierta tendencia al aumento de voces discrepantes. De hecho, a los ataques de los finalistas, hoy se suman importantes críticas de autores no vinculados a este método, que no solo han explicitado la utilización de una terminología claramente engañosa en el requisito de la creación desaprobada de riesgo,¹⁴ sino que también han subrayado los aspectos contradictorios de dicha teoría.¹⁵ Precisamente por eso, si se quiere preservar el rigor y la propia existencia de la teoría de la *imputatio obiectiva*, debe responderse de modo plenamente convincente a la conocida pregunta de STRUENSEE «¿Qué hay de objetivo en la imputación objetiva?»,¹⁶ so pena de cumplirse la profecía de SAMSON de que dicha teoría no tiene un futuro.¹⁷

11. En este sentido, Armin Kaufmann, „Objektive Zurechnung“ *beim Vorsatzdelikt?* en *Jescheck-FS*, vol. I, Berlin, 1985, en especial, pp. 260 y ss.; Hirsch, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik*, pp. 405-406, en su antigua posición; el mismo, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung* en *Lenckner-FS*, München, 1998, pp. 133 y ss., manteniendo su opinión sobre el carácter superfluo de la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes, pero ahora admitiendo la necesidad del criterio (objetivo) del dominio del hecho en los delitos dolosos.

12. Cfr. Armin Kaufmann, „Objektive Zurechnung“ *beim Vorsatzdelikt?*, p. 260; Struensee, *El tipo subjetivo del delito imprudente* en *ADPCP*, 1987, pp. 424-425; el mismo, *Objektive Zurechnung und Fabrlässigkeit* en *GA*, 1987, p. 105, donde afirma que la teoría de la imputación objetiva se ocupa, en verdad, del tipo subjetivo; Küpper, *Grenzen der normatивierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990, pp. 91 y ss.; Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001, pp. 344 y ss.

13. Por ejemplo, Roxin, *Strafrecht. AT I*, 4ª ed., München, 2006, § 11/40 e § 24/53-65; Frisch, *La imputación objetiva*, pp. 56-58; el mismo, *La teoría de la imputación objetiva del resultado*, pp. 55-58; el mismo, *Delito y Sistema del Delito* en Wolter/Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, Madrid, 2004, pp. 232 y ss.; Mir Puig, *Derecho Penal. PG*, 7ª ed., Barcelona, 2004, pp. 252-253; el mismo, *La perspectiva ex ante en Derecho penal en El Derecho penal*, p. 101; Silva Sánchez, *Aberratio ictus e imputación objetiva en Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998, p. 141; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 81 y ss.; Robles Planas, *Conducta típica*, pp. 92 y ss.; Alcácer Guirao, *El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa* en *ADPCP*, 1996, pp. 492 y ss.; Greco, *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens* en *GA*, 2005, pp. 531 y ss.; el mismo, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 25 y ss. Jakobs, a su vez, trata de «objetivizar» los conocimientos especiales del autor, de modo que los mismos solo tendrán relevancia a efectos de responsabilidad en la medida en que formen parte del rol social de la persona que actúa (así, Jakobs, *Strafrecht. AT*, § 7/49 y ss.; el mismo, *La imputación objetiva*, pp. 136 y ss.; el mismo, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, en *Estudios*, pp. 214-215; el mismo, *Representación del autor e imputación objetiva*, trad. de Carlos Suárez González, en *Estudios*, pp. 235 y ss.).

14. Así, Burkhardt, *Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la «confusión entre lo objetivo y lo subjetivo»* en *El sistema integral*, pp. 154 y ss.; el mismo, *Dogmática penal afortunada y sin consecuencias*, trad. de María Gutiérrez Rodríguez, en Eser/Hassemer/Burkhardt/Muñoz Conde (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004, p. 163.

15. Cfr. Kindhäuser, *Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau*, pp. 447 y ss.

16. Struensee, *Objektive Zurechnung*, p. 98.

17. Samson, *Erfolgsszurechnung und Risiko. Kritische Anfragen an die Lehre von der objektiven Zurechnung* en Lüderssen-FS, Baden-Baden, 2002, pp. 587 y ss.

B) La segunda *vexata quaestio* de la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal se refiere a la posibilidad que el dolo tiene de influir en la propia peligrosidad de la conducta, de modo que el ámbito del riesgo permitido sería en los delitos dolosos más restringido que en los delitos imprudentes.¹⁸ Sin embargo, si los «límites» del riesgo permitido cambian de acuerdo con la presencia del dolo o de la culpa, cabe preguntarse: ¿qué imputación *objetiva* es esta?

C) El tercer y último punto planteado es la «objetivización» del dolo. Este fenómeno se caracteriza por el abandono de la visión que lo concebía como un dato psicológico-descriptivo, cuya constatación dependía de la disposición «interna» del autor, y por la creciente propensión a considerarlo como el resultado de un juicio adscriptivo, determinable, por lo tanto, según parámetros normativos y a partir del significado social del hecho.

Ahora bien, si se observa atentamente estos tres problemas básicos de la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal se descubrirá que su origen común se encuentra en la idea, hace tiempo abandonada en la filosofía pero aún vigente en la dogmática penal, de una relación bivalente entre un sujeto representador y un objeto representado, la cual mantiene la dicotomía entre lo «objetivo», como «lo que hay fuera», y lo «subjetivo», como «el ámbito interno del sujeto» o «aquello que está en mi conciencia». Se trata de la persistencia en la teoría del delito de un *dualismo cartesiano*,¹⁹ cuya superación se muestra necesaria para la adecuada solución de las referidas cuestiones.

18. Defienden este punto de vista, entre otros, Mir Puig, *Derecho Penal*, pp. 255-256; el mismo, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho* en *El Derecho Penal*, p. 69; el mismo, *Límites del normativismo en Derecho penal* en Rodríguez Mourullo-LH, pp. 684 y ss.; el mismo, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, p. 187; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 339 y ss.; Castaldo, *La concreción del «riesgo jurídicamente relevante»*, trad. de Eduardo Ruiz de Erenchun Arteché, en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Claus Roxin-LH*, Barcelona, 1997, pp. 240-241; Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 400 y ss.; Schünemann, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, trad. de Mariana Sacher, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, 2002, pp. 86-87.

19. En este sentido, claramente, Kindhäuser, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, Berlin, 1980, en especial, p. 32, donde afirma: «In der sprachanalytischen Diskussion um den Begriff und das Verstehen von Handlungen werden zahlreiche Selbstverständlichkeiten meist stillschweigend vorausgesetzt, die jemandem, der dieser philosophischen Richtung nicht folgt, höchst suspekt erscheinen können. Insbesondere wäre hier der cartesische Dualismus von Geist und Körper zu nennen, der nur selten von Analytikern ernsthaft vertreten wird, dagegen in der deutschen Strafrechtswissenschaft (in Modifikationen) als Grundannahme in allen wichtigen Lehrbüchern zu finden ist»; Fletcher, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative and International*, vol. I, New York, 2007, p. 55. Sobre el dualismo cartesiano cfr. Ryle, *The Concept of Mind*, Chicago, 2000, pp. 11 y ss.; Beckermann, *Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes*, 3ª ed., Berlin/New York, 2008, pp. 29 y ss.; Bernard Williams, *Descartes: The Project of Pure Enquiry*, London/New York, 2005, pp. 87 y ss.; Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, 1979, pp. 17 y ss.; Dennett, *Consciousness Explained*, Boston/Toronto/London, 1991, pp. 33 y ss.; Searle, *Mind: A Brief Introduction*, New York/Oxford, 2004, pp. 8 y ss.; Kim, *Philosophy of Mind*, 2ª ed., Cambridge, 2006, pp. 29 y ss.; Churchland, *Matter and Consciousness: a contemporary introduction to the philosophy of mind*, revised edition, Cambridge/London, 1988, pp. 7 y ss.; Habermas, *Wege der Detranszendentalisierung. Von Kant zu Hegel und zurück in Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt a. M., 2004, pp. 184 y ss.; Armstrong, *The Mind-Body Problem*, Oxford, 1999, pp. 9 y ss. Sin embargo, algunos autores, por ejemplo la Profesora de la Universidad de Uppsala, Lilli Alanen, *Descartes's Concept of Mind*, Cambridge/London, 2003, *passim*, han puesto en duda la efectiva defensa por parte de Descartes de un dualismo mente/cuerpo. Esta posición revisionista es, empero, absolutamente minoritaria.

Se puede considerar a DESCARTES como el padre de la filosofía moderna. Con él se opera un cambio significativo en el pensamiento filosófico: mientras que la preocupación fundamental de la filosofía clásica se encontraba en la Ontología (como teoría del ser), la filosofía moderna pasaba a centrarse en las posibilidades y límites del conocimiento. Su obra debe ser vista como una defensa del nuevo modelo de ciencia inaugurado por COPÉRNICO, KEPLER y GALILEO y, a la vez, como una réplica al renacimiento del escepticismo griego en el siglo XVI.²⁰ De hecho, en dos de sus libros más importantes, *Le Discours de la Méthode* (1637) y *Méditations Métaphisiques* (1642), DESCARTES se ocupa de la siguiente cuestión: ¿cómo podemos asegurarnos de la certeza de nuestro saber? La respuesta que ofrece es esta: si es verdad que la razón, entendida como el poder de juzgar bien y de distinguir lo verdadero de lo falso, es por naturaleza igual en todos los hombres, entonces el problema del error residiría en las *reglas* con las cuales conducimos nuestro espíritu.²¹ En su *Discours*, DESCARTES expone como a lo largo de su vida ha guiado su razón hacia la búsqueda de la verdad y enuncia, inspirado en el método utilizado por los geómetras para alcanzar sus demostraciones, ciertos preceptos que observó rigurosamente y que lo auxiliaron en tal tarea. Con el fin de encontrar un «punto arquimédico», es decir, una base firme sobre la cual podría erguir su edificio teórico, pone en duda todo lo que es susceptible de duda²² y elige como *minimum quid firmum et inconcussum* el *cogito ergo sum*. DESCARTES utiliza el argumento del *cogito* como prueba de que, por mucho que se cuestione la propia realidad, hay algo que está fuera de duda: el *yo*, entendido como «sustancia pensante», cuya existencia no dependería de ninguna cosa física.²³ En las *Méditations*, DESCARTES retoma la duda como método para alcanzar la verdad, pero ahora la utiliza en tres niveles de intensidad creciente: inicialmente, se muestra escéptico respecto a los propios sentidos; seguidamente, desarrolla su argumento del sueño; y, por fin, conduce la duda a un límite extremo, presentando la hipótesis absolutamente dramática de un Dios o un cierto genio maligno que emplea todas sus fuerzas para engañarle, creando en él la falsa percepción de la existencia de todas las cosas, incluso de su propio cuerpo y de sus sentidos.²⁴ Sin embargo, argumenta DESCARTES, aunque este Dios o cualquier otra potencia como el *genius malignus* me engañe, jamás podría hacerme creer que no soy nada, porque *pienso*.²⁵ Yo soy una cosa que piensa (*res cogitans*), distinta de todo aquello que se encuentra en el *exterior* y que está *fuera de mí* (*res extensa*).²⁶ Lo nuevo de este planteamiento, observa HABERMAS, está en la idea de *representación*, la cual media entre un *yo* entendido como *sujeto cognoscente*, que a través de la *introspección* y *autorreflexión* tiene un acceso privilegiado a su «*ámbito interno*» o «*esfera de la conciencia*», y un *mundo externo*, que contiene todos los objetos que este sujeto puede llegar a representarse.²⁷

KANT heredó y transformó este paradigma mentalista a través de la distinción entre *noumena* y *phaenomena* (*mundus intelligibilis et sensibilis*), es decir, entre el reino inteligible de la libertad que es inmediatamente accesible a la reflexión trascendental y

20. Sobre esta última cuestión cfr. Popkin, *The History of Scepticism: from Savonarola to Bayle*, New York, 2003, pp. 143 y ss.

21. Descartes, *Discours de la Méthode*, Paris, 2004, primera parte, p. 7.

22. Russell, *History of Western Philosophy*, London, 1996, p. 515.

23. Descartes, *Discours*, cuarta parte, pp. 35 y ss.

24. Descartes, *Méditations Métaphisiques*, edición bilingüe (francés/latín), Paris, 1992, meditación primera, pp. 56 y ss.

25. Descartes, *Méditations*, meditación segunda, en especial, pp. 71 y ss.

26. Descartes, *Méditations*, meditación sexta, en especial, p. 185.

27. Habermas, *Wege der Detranszendentalisierung*, pp. 189-190.

el mundo que se nos aparece (dominio de la apariencia), al cual la mente humana impone sus categorías *a priori*.²⁸ A partir de KANT es cuando la noción de filosofía como *disciplina básica* (en el sentido de un orden que ofrece los *fundamentos de la ciencia* y en cuyo núcleo se encuentra la *teoría del conocimiento*) adquiere autoconciencia.²⁹

Ahora bien, a pesar de no poder incluirse propiamente en la historia de la destranscendentalización del sujeto del conocimiento, fue sin duda el joven HEGEL quien puso en marcha dicho proceso.³⁰ De hecho, en sus *Jenaer Systementwürfe*,³¹ HEGEL ataca el esquema dualista de una subjetividad autosuficiente y narcisista que se delimita a sí misma frente a lo exterior, subrayando la falsedad de la división «interno»/«externo» que, según él, quedaría superada por *el trabajo* y *el lenguaje* como medios que estructuran previamente los contactos y las relaciones del sujeto representador con el objeto representado.³² A partir de ahí tres dimensiones ganan, por primera vez, relevancia filosófica: A) la historicidad del espíritu humano; B) la objetividad de las formas simbólicas y C) la individualidad de la persona. (A) HEGEL hace que el *homo noumenon* kantiano descienda a contextos mundanos y sea situado en el espacio social y en el tiempo histórico, inaugurando de este modo una «filosofía de la finitud».³³ (B) HEGEL descubre el papel epistemológico del lenguaje y del trabajo: estos son los medios mediante los cuales se transpone el dualismo. Como dice HABERMAS, «[l]o interno se exterioriza en un medio que va más allá de la subjetividad. En la palabra hablada y en la acción realizada desaparece la contraposición entre «interno» y «externo». En comparación con episodios mentales o acontecimientos observables tales exteriorizaciones obtienen independencia —gracias al medio simbólico en que tienen lugar— con respecto a las intenciones de los hablantes o de los actores, mientras que, por su parte, los significados sobreviven a las mismas manifestaciones».³⁴ (C) Con HEGEL, se pasa a entender la individualización como el producto de un proceso de socialización, como el resultado de relaciones de reconocimiento recíproco.³⁵

28. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Tomo I, 2ª ed., Baden-Baden, 1974, pp. 267 y ss.

29. Así, Rorty, *Philosophy*, en especial, p. 132, donde señala: «The eventual demarcation of philosophy from science was made possible by the notion that philosophy's core was "theory of knowledge", a theory distinct from the sciences because it was their *foundation*. We now trace that notion back at least to Descartes's *Meditations* and Spinoza's *De Emendatione Intellectus*, but it did not achieve self-consciousness until Kant. It did not become built into the structure of academic institutions, and into the pat, unreflective self-descriptions of philosophy professors, until far into the nineteenth century. Without this idea of a "theory of knowledge" it is hard to imagine what "philosophy" could have been in the age of modern science. Metaphysics — considered as the description of how the heavens and the earth are put together — had been displaced by physics. The secularization of moral thought, which was the dominating concern of European intellectuals in the seventeenth and eighteenth centuries, was not then viewed as a search for a new metaphysical foundation to take the place of theistic metaphysics. Kant, however, managed to transform the old notion of philosophy — metaphysics as "queen of the sciences" because of its concern with what was most universal and least material — into the notion of a "most basic" discipline — a *foundational* discipline. Philosophy became "primary" no longer in the sense of "highest" but in the sense of "underlying"».

30. Habermas, *Wege der Detranszendentalisierung*, p. 186.

31. Hegel, *Jenaer Systementwürfe. Das System der spekulativen Philosophie*, Tomo I, Hamburg, 1986, en especial, pp. 203 y ss.

32. Habermas, *Wege der Detranszendentalisierung*, pp. 193 y ss.

33. Habermas, *Wege der Detranszendentalisierung*, pp. 196-197.

34. Habermas, *Wege der Detranszendentalisierung*, p. 198.

35. Habermas, *Wege der Detranszendentalisierung*, pp. 198 y ss.; el mismo, *Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G. H. Meads Theorie der Subjektivität en Nachmetaphysisches Denken. Philoso-*

El terreno se encontraba preparado para el florecimiento del «giro lingüístico», es decir, para la transferencia del paradigma filosófico de la conciencia al *del lenguaje*.³⁶ Con el *linguistic turn*, el lenguaje deja de ser visto como simple instrumento de representación de objetos y pasa a ser percibido como estructura articulada de la cual dependen los propios pensamientos.³⁷ Los pensamientos estarían, así, siempre encarnados en el lenguaje.³⁸ Se sustituye el sujeto transcendental, situado más allá del espacio y del tiempo, por el ser que habla y que ya se encuentra inserto en un contexto de prácticas públicas de una comunidad lingüística. En palabras de HABERMAS, «[c]on el giro lingüístico, la autoridad epistémica de la que gozaban las vivencias privadas de un sujeto se transfiere a las prácticas públicas de una comunidad lingüística. En la medida en que la comprensión de contenidos oracionales comunicados ocupa el lugar de la «representación de objetos», se produce no solo un alejamiento del modelo representacional del conocimiento. El tránsito a un modelo comunicativo de entendimiento corrobora también la prioridad de lo social, en el sentido de que los miembros de una comunidad lingüística se reconocen mutuamente como sujetos responsables. Por la vía de la socialización comunicativa se integran en una red de relaciones recíprocas en la que cada uno debe responder frente a los otros. Dado que esta responsabilidad se hace efectiva mediante razones, la práctica discursiva de dar y exigir razones constituye también la infraestructura de la comunicación cotidiana».³⁹

Cortar el «nudo gordiano» de la «confusión» entre lo «objetivo» y lo «subjetivo» en Derecho penal supone abandonar la vieja filosofía de la conciencia y sustituirla por el paradigma lingüístico-pragmático. La única forma de superar el dualismo todavía imperante en el sistema del delito y, consecuentemente, los problemas derivados de la contraposición entre lo «objetivo» (como aquello que se halla fuera de la conciencia del autor) y lo «subjetivo» (como el ámbito interno del sujeto), es a través de la idea de *intersubjetividad*. Dicho de modo más específico: la *summa divisio* entre tipo objetivo y tipo subjetivo se disuelve en la medida en que la relación bivalente sujeto representador/objeto representado es desplazada por la noción de intersubjetividad, concebida como el punto de referencia común de un proceso de entendimiento entre miembros de una comunidad de interpretación, es decir, como el horizonte en el cual ya se mueven los agentes comunicativos.

Se suele atribuir a una investigación de este tipo un carácter eminentemente «dogmático». Sin embargo, ¿qué se quiere decir con esto? A pesar de no haber acuerdo sobre el significado de la expresión «dogmática jurídica», razón por la cual se la utiliza con distintas acepciones,⁴⁰ se podría afirmar que un estudio tiene tal «naturaleza» cuando

pbische Aufsätze, Frankfurt a. M., 1992. Sobre esto cfr., además, Honneth, *Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt a. M., 1994, *passim*.

36. Cfr. Manfred Frank, *Was ist Neostrukturalismus?*, Frankfurt a. M., 1984, p. 116; Rorty, *Dewey Between Hegel and Darwin in Truth and Progress: Philosophical Papers*, vol. 3, Cambridge, 1998, pp. 293 y ss.

37. Cfr. Dummett, *Origins of Analytical Philosophy*, Cambridge, 1996, pp. 4 y ss.

38. Cfr. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4ª ed., Frankfurt a. M., 1994, p. 53.

39. Habermas, *Von Kant zu Hegel. Zu Robert Brandoms Sprachpragmatik in Wahrheit und Rechtsfertigung*, p. 141.

40. Cfr. Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?* en *Recht — Moral — Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt a. M., 1981, p. 17; Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1983, p. 307; Canaris, *Theorienrezeption und Theorienstruktur* en *Kitagawa-FS*, Berlin, 1992, pp. 74 y ss.; Zuleta Puceiro, *Legal Dogmatics as a Scientific Paradigm* en Peczenik/Lindahl/Van Roermund

ejecuta las siguientes tareas: describe el Derecho vigente (dimensión empírico-descriptiva); lo analiza de forma sistemática y conceptual (dimensión analítico-lógica); y elabora propuestas para la solución de casos problemáticos (dimensión práctico-normativa).⁴¹ Por lo tanto, aquí se entiende la dogmática jurídica como la teoría del Derecho positivo de un específico sistema legal,⁴² que consiste en una «mezcla de muy distintas actividades»,⁴³ es decir, en una «disciplina pluridimensional».⁴⁴ Ahora bien, de acuerdo con esta definición, no se puede decir que este sea un estudio de dogmática jurídico-penal, porque no se ocupa de conceptos que se apliquen *exclusivamente* a un determinado ordenamiento jurídico, sino de las «estructuras profundas» que componen la «gramática internacional del Derecho penal». No se trata, por cierto, de la construcción de un sistema fundado en ciertas estructuras lógico-objetivas (*sachlogische Strukturen*)⁴⁵ ni de la edificación de un sistema *more geometrico*,⁴⁶ sino de la búsqueda de *principios penales generales* aplicables a los sistemas legales civilizados.⁴⁷ Se trata, por lo tanto, de un estudio de *teoría general*

(edts.), *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984, p. 21. En el ámbito de la dogmática penal cfr. Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Hamburg, 1974, pp. 146 y ss.; Burkhardt, *Dogmática penal*, p. 121, nota 4; Fletcher, *The Grammar*, p. 7, nota 19.

41. Sobre estas actividades, desde distintas perspectivas, cfr. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien/New York, 1983, pp. 86 y ss.; Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft: Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung*, Wien/New York, 1979, pp. 33 y ss.; Alexy, *Theorie*, pp. 308 y ss.; Roxin, *Strafrecht. AT I*, § 7/1 y ss.; Hruschka, *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?* en *JZ*, 1985, pp. 1 y ss.; el mismo, *Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law* en *GA*, 1981, pp. 237 y ss.; Bleckmann, *Strafrechtsdogmatik — wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch*, Freiburg, 2002, pp. 39 y ss.; Zaczyk, *Was ist Strafrechtsdogmatik?* en *Küper-FS, Heidelberg/München/Landsberg/Berlin*, 2007, pp. 723 y ss.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5ª ed., Berlin, 1996, pp. 42 y ss.; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed. (reimpresión), Montevideo/Buenos Aires, 2003, en especial, pp. 255 y ss.; Silva Sánchez, *Aproximación*, pp. 108 y ss.

42. Cfr. Alexy/Dreier, *The Concept of Jurisprudence* en *Ratio Juris* 3, 1990, p. 1.

43. La expresión es de Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1973, p. 41.

44. Así Alexy, *Theorie*, p. 308.

45. Así Welzel, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft* en *Abhandlungen*, pp. 345 y ss.; Armin Kaufmann, *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft* en *Zong Uk Tjong-GS*, Tokio, 1985, pp. 100 y ss.

46. Hruschka, *Strukturen der Zurechnung, passim*; el mismo, *Strafrecht*, en especial sus consideraciones metodológicas contenidas en las pp. XVI y ss.; el mismo, *Kann und sollte*, pp. 1 y ss.; el mismo, *Das Strafrecht neu durchdenken!*, pp. 237 y ss.; el mismo, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, trad. de Francisco Baldó Lavilla, en *ADPC*, 1994, pp. 343 y ss.; el mismo, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf* en *ZStW* 96, 1984, pp. 661; el mismo, *Zurechnung seit Pufendorf. Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts* en Kaufmann/Renzikowski (edts.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a. M., 2004, pp. 17 y ss. Aquí hay que hacer una observación para evitar malentendidos: según Hruschka, la construcción de una teoría coordinada, articulada y omniabarcante del Derecho penal sería tarea de la *dogmática*, que, como ciencia, no debería quedar vinculada al Derecho positivo. Al contrario que este autor, hacemos una distinción entre *dogmática penal* y *teoría general del Derecho penal*: la primera parte siempre del Derecho positivo de un determinado ordenamiento jurídico, mientras que la segunda se propone analizar la «gramática internacional del Derecho penal».

47. Cfr. Fletcher, *The Grammar*, p. 9, donde afirma: «An inquiry into grammar suggests that we are delving in the implied premises in the language of crime and punishment. To correct the possible misimpression that an inquiry into grammar is purely internal to the positive law, I wish to show that the grammar of the law readily merges with the more traditional quest for general principles applicable in

del Derecho penal. Este estudio adquiere *status científico*, distinguiéndose de la mera elaboración *erudita* de la materia jurídica, en la medida en que también investiga las conexiones e interacciones del Derecho penal con la sociedad, ocupándose de la cuestión de su *legitimación*.⁴⁸ Dicho de otro modo: como *ciencia*, se trata de un estudio que no solo se sitúa en un nivel *teórico*, sino también *meta-teórico*,⁴⁹ por considerar las condiciones de *validez* del Derecho penal.

all civilized legal systems»; el mismo, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York, 1998, p. 5: «Understanding the deep, universal structure of criminal law provides an antidote for the positivist bias of recent decades. It is true that every country has a criminal code, but these codes should be understood as local answers to the universal questions that constitute the foundation of criminal law». Sobre esta cuestión cfr., además, Ambos, *Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law* en *CardozoLR* 28, 2007, pp. 2.647 y ss. Investigar la gramática profunda del Derecho penal es también el objetivo de Vives Antón en *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1996, como queda claro en la p. 29 de la referida obra: «Clarificar los conceptos comporta determinar su significado, «leit motiv» de este trabajo. Como la palabra «significado» aparecía tantas veces, a menudo la sustituyo por «sentido», pero no quiero, con ello, añadir ni quitar nada sino solo decir lo mismo de otro modo. Establecer el significado (o el sentido) comporta constantes referencias a la gramática. Generalmente, me cuido de aclarar que se trata de la *gramática «profunda»* o «*filosófica*» (la que indaga las condiciones universales que rigen la producción de significados) y no la *gramática superficial* —sea prescriptiva o descriptiva— que se refiere a las reglas de un lenguaje dado y determina solo cómo hablamos nuestro lenguaje». Resulta de fundamental importancia la observación de Silva Sánchez, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal* en Arroyo Zapatero/Nieto Martín/Neumann (edts.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, 2003, p. 26, de que no se debe identificar Derecho penal «supranacional» con Derecho penal «supracultural».

48. En este sentido, Jakobs, *Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin*, pp. 105-106: «Die Antwort, die ich im folgenden mittels eines Blicks auf die Strafrechtswissenschaft der Neuzeit zu geben versuche, lautet, die wissenschaftliche Leistung erschöpfe sich nicht in der Bildung eines *klassifikatorischen* Systems, bildhaft, im Ordnen des Materials eines Handwerkskastens nach Schrauben und Nägeln, und auch nicht in der Bildung eines *teleologischen* Systems, also in dem Zurechtlegen der Schrauben und Nägel in der Reihenfolge, in der sie gebraucht werden, also nicht, jedenfalls nicht in erster Linie, in der Unterscheidung von Recht und Unrecht nach vorgegeben Kriterien, sondern sie behandle zudem und hauptsächlich die Frage nach der *Legitimation* des Strafrechts: Die Strafrechtswissenschaft hat auch die Antwort auf die Frage zu geben, welches Strafrecht in der jeweiligen Zeit legitimes Strafrecht ist und welches nicht legitim (...). Cfr. la recensión de este artículo realizada por Sánchez Lázaro, *Ciencia como discurso de legitimación racional* en *InDret* 3, 2009, pp. 1 y ss.

49. Sobre la visión de Günther Jakobs respecto al carácter meta-teórico de la ciencia del Derecho penal cfr. Hassemer, *Das Proprium der Strafrechtswissenschaft: Kommentar zu den Referaten von Günther Jakobs und Joachim Schulz* en *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, quien en la p. 187 señala: «Passim aber durchzieht die Überlegungen von Günther Jakobs die Überzeugung, dass das Proprium der Strafrechtswissenschaft nicht in der Strafrechtsdogmatik liegt. Die Diskussion am Beispiel des Kommentars von Frank zeigt (mir), dass er "Metadogmatik" jedenfalls auch (wenn nicht gar ausschließlich) für die zentrale Aufgabe der Strafrechtswissenschaft hält (...)». Sobre la Ciencia del Derecho como meta-teoría cfr. solo Alexy/Dreier, *The Concept of Jurisprudence*, p. 7: «As a general juristic theory of law, jurisprudence has a certain subject — the law — and as a theory it is characterized in a certain way, that is by the attributes "general" and "juristic". Insofar, it has the status of an *object-theory*. Legal methodology and the theory of legal science on the other hand have the status of *meta-theories*. They are not directly theories about law, but theories about its recognition (...) It is possible to define the concept of law in such a way as to cover not only a system of norms, but also the process of their recognition and application. Since they are theories about such processes, legal methodology and theory of legal science would *eo ipso* be the theories of law. A jurisprudence which includes this meta-level can therefore simply be defined as a "general juristic theory of law"».

Dejando de lado algunos autores escépticos,⁵⁰ la cientificidad de la actividad jurídica ha sido defendida a lo largo de la historia desde dos puntos de vista distintos: A) a partir de una imagen unitaria de la ciencia o B) a través de la adopción de un dualismo metódico.

A) El positivismo, entendido como programa filosófico-científico,⁵¹ se caracterizó por el *empirismo*, es decir, por su empeño en basar todo el conocimiento estrictamente en la experiencia, rechazando cualquier consideración de orden metafísico, así como por la búsqueda de *leyes causales regulares y uniformes*. Veamos, primeramente, al más influyente representante del empirismo británico, David HUME, que al final de su obra *An Enquiry Concerning Human Understanding* proclama, de modo bastante incisivo, su principio antimetafísico: «Cuando recorremos las bibliotecas persuadidos por estos principios, ¡qué estragos no debiéramos hacer! Si tomamos en nuestras manos cualquier volumen de teología o metafísica escolástica, por ejemplo, preguntemos: ¿contiene algún razonamiento abstracto concerniente a cantidad o número? No. ¿Contiene algún razonamiento experimental concerniente a cuestiones de hecho y existencia? No. Arrójese entonces a las llamas, pues nada puede contener que no sea

50. Por ejemplo, von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag, 1848 gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Österreich, 2003 (reimpresión), pp. 20-21, con su célebre *dictum*: «Die Unkenntnis, die Nachlässigkeit, die Leidenschaft des Gesetzgebers ist ihr Objekt. Selbst das Genie weigert sich nicht, dem Unverstande zu dienen, zu dessen Rechtfertigung all seinen Witz, all seine Gelehrsamkeit aufzubieten. Die Juristen sind durch das positive Gesetz zu Würmern geworden, die nur von dem faulen Holz leben, von dem gesunden sich abwendend, ist es nur das kranke, in dem sie nisten und weben. Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstande macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit. Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur (...) Drei vervollständigende Worte des Gesetzgebers, wie sie der neue Entwurf in Aussicht stellt, und all jene Arbeiten, trotz ihres hohen wissenschaftlichen Wertes, sieht Niemand mehr an»; Rumpf, *Volk und Recht*, Oldenbrugg, 1910, pp. 93 y ss.; Salomon, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlin, 1925, p. 54; Lundstedt, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, vols. I y II, Berlin, 1932/1936, *passim*; Jerusalem, *Kritik der Rechtswissenschaft*, Frankfurt a. M., 1948, p. 53; Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, 1970, pp. 46 y ss. Sobre la clarísima *petitio principii* en que incurre von Kirchmann cfr. Arthur Kaufmann, *Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* en *Bockelmann-FS*, p. 67: «Kirchmann verglich, was manche auch heute noch tun, die Rechtswissenschaft mit den exakten Naturwissenschaften, in denen er den Prototyp der Wissenschaften überhaupt erblickte (...) Aber dieses Maßnehmen an den exakten Naturwissenschaften ist eine *petitio principii* (...)». Este escepticismo es mantenido actualmente en los Estados Unidos por los representantes de los *Critical Legal Studies* (cfr., Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge/London, 1986; un excelente resumen de esta corriente se encuentra en Frankenberg, *Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc.* en Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (eds.), *Neue Theorien des Rechts*, 2ª ed., Stuttgart, 2009, pp. 93 y ss.) y del movimiento conocido como *Law and Literature* (cfr. solo Ward, *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge, 1995; una crítica omniabarcante a esta línea se encuentra en Posner, *Law and Literature*, 3ª ed., Cambridge/London, 2009). Schünemann, *Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert* en Herzberg-FS, Tübingen, 2008, p. 40, que acusa a tales corrientes, gracias a su vínculo con el pensamiento de autores postmodernistas (Derrida, Foucault, etc.), de cultivar un irracionalismo y de destruir la función social de la ciencia jurídica que, según él, consistiría en el control del poder arbitrario. Es interesante mencionar, todavía, la posición de los romanos, que nunca tomaron en serio la cuestión de si el Derecho consiste en una *Jurisscientia* o en una *Jurisprudencia* (cfr. Ferraz Jr., *A Ciência do Direito*, 2ª ed., São Paulo, 2008, pp. 18 y ss.).

51. Cfr. Ortiz de Urbina Gimeno, *La excusa del positivismo*, Navarra, 2007, pp. 48 y ss.

sofistería o ilusión».⁵² En el mismo sentido, el padre del positivismo, Auguste COMTE, decía que el hombre, en el estadio *positivo* de su espíritu (el cual, como se sabe, sucedería a los estadios teológico y metafísico, constituyendo una etapa definitiva de su desarrollo), debería circunscribir sus esfuerzos «al dominio, desde entonces rápidamente progresivo, de la verdadera observación, única base posible de los conocimientos accesibles en verdad, adaptados sensatamente a nuestras necesidades reales».⁵³ En este estadio, señala COMTE, el espíritu humano renuncia a su búsqueda de las causas «últimas» de los fenómenos, para «dedicarse únicamente a descubrir, mediante el empleo bien combinado del razonamiento y de la observación, sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y de semejanza».⁵⁴ En la clasificación que COMTE realizaba de las ciencias (la cual tenía por base el orden cronológico de su aparición, su complejidad creciente, su generalidad decreciente y su mutua dependencia), la matemática era considerada como «el verdadero punto de partida de toda educación científica racional, ya sea general o especial»,⁵⁵ mientras que la sociología (*la physique sociale*) constituiría la «ciencia última». En sus propias palabras: «la filosofía positiva se encuentra naturalmente dividida en cinco ciencias básicas, cuya sucesión está determinada por una subordinación necesaria e invariable, fundada, independientemente de cualquier opinión hipotética, en la simple comparación de profundidad de los fenómenos correspondientes: son ellas, la astronomía, la física, la química, la fisiología y, finalmente, la sociología (*la physique sociale*). La primera considera los fenómenos más generales, más simples, más abstractos y más distantes de la humanidad. Dichos fenómenos afectan a todos los demás, sin ser influenciados por ellos. Los fenómenos considerados por la última ciencia, al revés, son los más particulares, más complicados, más concretos y más directamente interesantes para los humanos. Ellos dependen, en mayor o menor grado, de todos sus precedentes, sin ejercer ninguna influencia sobre ellos».⁵⁶ A la sociología cabría el estudio de los fenómenos sociales, considerados «con el mismo espíritu que los fenómenos astronómicos, físicos, químicos y fisiológicos, es decir, como sujetos a leyes naturales invariables, cuyo descubrimiento es el objeto especial de su investigación».⁵⁷ Como se pone en evidencia, para la metodología positivista la búsqueda de leyes causales regulares y uniformes no es tarea exclusiva de las ciencias naturales, sino que también debe ser la meta de las ciencias sociales. Por ello, parte el positivismo de un monismo metódico. En el ámbito jurídico, se puede percibir claramente la influencia del positivismo, por ejemplo, en la jurisprudencia de intereses (*Interessenjurisprudenz*) de HECK,⁵⁸ MÜLLER-

52. Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding* en *Essays and Treatises on Several Subjects*, London, 1758, Sección XII, parte III.

53. Comte, *Discours sur l'esprit positif*, Paris, 1844, p. 12.

54. Comte, *Cours de philosophie positive*, vol. I, 2ª ed., Paris, 1852, p. 15.

55. Comte, *Cours*, p. 88.

56. Comte, *Cours*, p. 88.

57. Comte, *Système de politique positive*, Paris, 1854, p. 150 del Appendice du tome quatrième — Bibliothèque positiviste au dix-neuvième siècle.

58. Cfr. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* en *AcP* 112, 1914, pp. 1 y ss.; el mismo, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, *passim*.

ERZBACH⁵⁹ y STOLL⁶⁰ (quienes comprendían los intereses sociales como *causas eficientes* de la génesis normativa y, por consecuencia lógica, la interpretación de las leyes como búsqueda de los distintos hechos que las produjeron)⁶¹ y en la teoría empirista del Derecho defendida por el realismo jurídico escandinavo de HÄGERSTRÖM,⁶² ROSS⁶³ y OLIVECRONA,⁶⁴ y norteamericano de HOLMES,⁶⁵ LLEWELLYN,⁶⁶ OLIPHANT⁶⁷ y FRANK.⁶⁸

B) La concepción monista de la ciencia fue duramente atacada por el historicismo de DILTHEY y por el neokantismo de la escuela sudoccidental alemana (WINDELBAND y su discípulo RICKERT), que pretendieron alcanzar un puesto autónomo para las «ciencias del espíritu» (*Geisteswissenschaften*) junto a las «ciencias de la naturaleza» (*Naturwissenschaften*). Estas direcciones inauguran un dualismo entre «ciencias de la naturaleza» y «ciencias del espíritu» en el plano de la oposición explicación (*Erklärung*) versus comprensión (*Verständnis*).⁶⁹ Sin embargo, mientras DILTHEY sostenía la separación entre «ciencias del espíritu» y «ciencias de la naturaleza» en razón de su *distinto objeto*, los neokantianos la afirmaban con base en su *diferencia metodica*.⁷⁰ De hecho, los neokantianos buscaban un método particular para las «ciencias del espíritu», que tendría como *a priori* epistemológi-

59. Müller-Erbach, *Die Rechtswissenschaft im Umbau. Ihr Vordringen zu den Bestimmenden Elementen des Zusammenlebens*, München, 1950, *passim*.

60. Stoll, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz* en Heck/Rümelin/Schmidt-FG, Tübingen, 1931, pp. 60 y ss.

61. Sobre ello cfr. Larenz, *Methodenlehre*, pp. 49 y ss.; Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., Wien/New York, 1991, pp. 113 y ss.; Petersen, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz*, München, 2001, en especial, pp. 6 y ss.; Kallfaß, *Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz: Darstellung und Würdigung*, Frankfurt a. M., 1972, *passim*.

62. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Upsala, 1953, *passim*.

63. Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the dualism in Law*, Copenhagen, 1946, quien en la p. 78 afirma: «In accordance herewith I start from the supposition that the science of law is a branch of the doctrine of human behavior, therefore the legal phenomenon must be found within the field of psycho-physical phenomena constituting the domain of psychology and sociology; and the natural starting-point for the delimitation is to be found in the existing theory of law, the method being to examine what realities must be assumed to underlie the rationalizations developed in this. Thus the theory of law is not considered on account of its immediate content, but as a fact from which, with due regard to the laws of rationalizations, we argue back to the realities that may have given rise to such a theory»; el mismo, *On Law and Justice*, Berkeley/Los Angeles, 1958, *passim*.

64. Olivecrona, *Law as Fact*, 2ª ed., London, 1971, *passim*.

65. Holmes Jr., *The Path of the Law* en *HarvardLR* 10, 1897, pp. 457 y ss.

66. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence — The Next Step* en *ColumbiaLR* 30, 1930, pp. 431 y ss.; el mismo, *Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound* en *HarvardLR* 44, 1931, pp. 1.222 y ss.

67. Oliphant, *A Return to Stare Decisis* en *ABAJournal* 14, 1928, pp. 71 y ss.

68. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York, 1930, *passim*; el mismo, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1949, *passim*.

69. Sobre ello cfr. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Tomo I, 4ª ed., Frankfurt a. M., 1987, pp. 160 y ss.; el mismo, *Ein Literaturbericht (1967): Zur Logik der Sozialwissenschaften* en *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, 5ª. ed., Frankfurt a. M., 1982, pp. 89 y ss.; Arbib/Hesse, *The Construction of Reality*, Cambridge, 1986, pp. 171 y ss.; Hesse, *In Defence of Objectivity* en *PBA*, n° 58, 1972, pp. 167 y ss.

70. Cfr. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 2ª ed., Tübingen, 1965, pp. 6 y ss.

co el concepto de valor. RICKERT, partiendo de la distinción introducida por su maestro WINDELBAND entre «ciencias nomotéticas» y «ciencias idiográficas»,⁷¹ separa las «ciencias generalizantes» de las «ciencias individualizantes» y entiende que la realidad empírica se vuelve «naturaleza», cuando se considera desde una perspectiva «generalizante», o «cultura», cuando la tomamos desde un punto de vista «particular» o «individual». El término «individuo» (*In-dividuum*) es utilizado por RICKERT para designar una persona, un objeto o un hecho *absolutamente único*, relevante en términos culturales precisamente en razón de su *singularidad*: desde la mirada del historiador, decía RICKERT, el hombre común es a GOETHE como un trozo de carbón es al diamante Koh-i-Noor.⁷² El pensamiento de RICKERT se aplicó, por primera vez, a la ciencia del Derecho por LASK y se desarrolló, posteriormente, por RADBRUCH.

El giro postempírico de la teoría analítica de la ciencia ha demostrado, empero, el carácter problemático de la distinción entre «ciencias de la naturaleza» y «ciencias del espíritu» en el plano de la oposición explicación (*Erklärung*) versus comprensión (*Verständnis*), ya que la formación de teorías en aquel ámbito depende, no menos que en este, del aspecto hermenéutico.⁷³ La nueva imagen de la ciencia que se nos presenta se debe, entre otros, a KUHN,⁷⁴ quien con su estudio sobre la estructura de las revoluciones científicas ha sostenido que las mismas se caracterizan por un verdadero cambio de «visión de mundo»,⁷⁵ que implica una nueva *base* para la práctica científica, es decir, un nuevo *paradigma* sucesor del *paradigma* anteriormente dominante. Centrémonos en este autor. KUHN afirma que el estudio historiográfico de la ciencia ha producido una verdadera transfor-

71. Windelband, *Geschichte und Naturwissenschaft en Präludien. Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, Tomo II, 9ª ed., Tübingen, 1924, pp. 144 y ss

72. Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, 2ª ed., Tübingen, 1913, pp. 330 y ss.

73. Cfr. Habermas, *Theorie I*, pp. 161 y ss.; el mismo, *Zur Logik*, pp. 89 y ss.; Hesse, *In Defence*, pp. 167 y ss.; Giddens, *New Rules of Sociological Method*, 2ª ed., Stanford, 1993, pp. 9 y ss.; Phillips, *Wittgenstein and Scientific Knowledge: A Sociological Perspective*, London, 1977, pp. 55 y ss.

74. Según algunos, entre los cuales no me incluyo, esta nueva imagen de la ciencia se debe también a Feyerabend quien, con su anarquismo epistemológico (Feyerabend, *Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, 3ª ed., London/New York, 1993, p. 9: «The following essay is written in the conviction that *anarchism*, while perhaps not the most attractive *political* philosophy, is certainly excellent medicine for *epistemology*, and for the *philosophy of science*»), ha decretado el «adiós a la razón» (cfr. la colección de artículos de Feyerabend titulada *Farewell to Reason*, London/New York, 1987) y ha elegido como único método científico posible la ausencia de método, es decir, el «anything goes» (Feyerabend, *Against Method*, pp. 18-19: «It is clear, then, that the idea of a fixed method, or of a fixed theory of rationality, rests on too naive a view of man and his social surroundings. To those who look at the rich material provided by history, and who are not intent on impoverishing it in order to please their lower instincts, their craving for intellectual security in the form of clarity, precision, “objectivity”, “truth”, it will become clear that there is only *one* principle that can be defended under *all* circumstances and in *all* stages of human development. It is the principle: *anything goes*»).

75. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3ª ed., Chicago/London, 1996, en especial, p. 111, donde dice: «(...) paradigm changes do cause scientists to see the world of their research-engagement differently. In so far as their only recourse to that world is through what they see and do, we may want to say that after a revolution scientists are responding to a different world (...) What were ducks in the scientist's world before the revolution are rabbits afterwards».

mación de la concepción tradicional que se tenía de la misma: al revés de lo que se pensaba, dice KUHN, el progreso en la ciencia no ocurre de modo *lineal*, por medio de la *acumulación* de descubrimientos e inventos individuales, sino que éste depende de factores culturales y sociales, es decir, de una *estructura de interpretación comunitaria o sistema de creencias*.⁷⁶ KUHN divide la dinámica de la actividad científica en dos grandes grupos: a) ciencia normal y b) ciencia extraordinaria. La *ciencia normal* consiste en la actividad de resolución de enigmas, que se encuentra soportada por un determinado paradigma compartido.⁷⁷ La transición de la *ciencia normal* a la *ciencia extraordinaria* ocurre con la detección de una *anomalía grave* y, consecuentemente, con la instauración de una *crisis*: fracasan todos los intentos de ajuste *ad hoc* de la teoría y ya no es posible la solución del *puzzle* con base en el paradigma entonces dominante.⁷⁸ En estos casos, se hace necesaria una reconstrucción del campo científico correspondiente a partir de nuevos fundamentos, es decir, a partir de una nueva tradición: el antiguo paradigma es reemplazado por uno nuevo y, de este modo, surge una *revolución científica*.⁷⁹

Dos observaciones: 1) la dependencia tanto de las *Naturwissenschaften* como de las *Geisteswissenschaften* de la tarea comprensiva no debe ocultar, como ha observado GIDDENS, que en estas se da una *doble hermenéutica (double hermeneutic)*, porque versan sobre un mundo preinterpretado.⁸⁰

2) Es importante advertir también que la noción hermenéutica del lenguaje como «fuerza» responsable de una «apertura de mundo» (*Welterschließung*)⁸¹ no debe conducirnos a un relativismo epistemológico.⁸² El hecho de que

76. Kuhn, *Afterwords* en Horwich (ed.) *World Changes: Thomas Kuhn and the Nature of Science*, Cambridge, 1993, p. 338: «whether or not individual practitioners are aware of it, they are trained to and rewarded for solving intricate puzzles — be they instrumental, theoretical, logical or mathematical — at the interface between their phenomenal world and their community's beliefs about it».

77. Kuhn, *The Structure*, pp. 35 y ss.

78. Kuhn, *The Structure*, pp. 77 y ss.

79. Kuhn, *The Structure*, pp. 92 y ss.

80. Giddens, *New Rules*, p. 166: «The mediation of paradigms or widely discrepant theoretical schemes in science is a hermeneutic matter like that involved in the contacts between other types of meaning-frame. Sociology, unlike natural science, deals with a pre-interpreted world where the creation and reproduction of meaning-frames is a very condition of that which it seeks to analyse, namely human social conduct: this is, to repeat, why there is a double hermeneutic in the social sciences (...)».

81. Sobre esto cfr. Lafont, *Sprache und Welterschließung. Zur linguistischen Wende der Hermeneutik Heideggers*, Frankfurt a. M., 1994, *passim*; la misma, *The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy*, Cambridge, 1999, *passim*; Rorty, *Wittgenstein, Heidegger and the reification of language* en *Essays on Heidegger and Others: Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge, 1991, pp. 50 y ss.

82. Como se sabe, el propio Kuhn fue acusado por diversos autores de adoptar una posición relativista. En este sentido, Popper, *Normal Science and its Dangers* en Lakatos/Musgrave (eds.), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, 1970, pp. 55 y ss.; Scheffler, *Science and Subjectivity*, Indianapolis, 1967, p. 17; Shapere, «*The Structure of Scientific Revolutions*» en *PR* 73, 1964, pp. 383 y ss. Véase la respuesta de Kuhn a tal crítica en sus ensayos: *Reflections on my Critics* en *Criticism and the Growth of Knowledge*, p. 234, donde niega el rótulo de relativista («My critics respond to my views on this subject with charges of irrationality, relativism, and the defence of mob rule. These are all labels which I categorically reject, even when they are used in my defence by Feyerabend»); *Postscript-1969* en *The Structure*, pp. 205 y ss.; *Second Thoughts on Paradigms* en Suppe (ed.), *The Structure of Scientific Theories*, 2ª ed., Urbana, 1977, p. 508.

solo tengamos acceso al mundo a través del lenguaje, es decir, de que nuestro contacto con la realidad esté ya siempre mediado o impregnado lingüísticamente, no implica abdicar de la intuición realista de que existe un mundo único e independiente de nosotros.⁸³ Es cierto que no podemos escapar del lenguaje; esto sería algo como un intento imposible de ver el mundo desde ninguna parte.⁸⁴ No obstante, para que evitemos una peligrosa hipostatización de la capacidad constitutiva del lenguaje, se hace necesario introducir el presupuesto pragmático de un mundo idéntico para todos.

Afirmamos que esta es una investigación de ciencia del Derecho Penal, pero es también un estudio de filosofía.⁸⁵ Constituye una constatación casi trivial el que la ciencia del Derecho penal siempre ha estado vinculada a la filosofía. Una simple ojeada a la historia de la disciplina así lo demuestra. Lo que no resulta absolutamente claro, empero, es la relación existente entre ambas. La respuesta a esta cuestión ciertamente dependerá del papel que asignemos a la filosofía. En su impresionante obra *Philosophy and the Mirror of Nature*, Richard RORTY nos alerta del hecho de que ya no podemos mantener la vieja concepción kantiana de (1) la filosofía como un saber fundamentador, en el sentido de un «conocimiento previo al conocimiento», que por eso mismo se distinguiría de las ciencias, ejerciendo sobre ellas su dominio.⁸⁶ Tampoco es posible, sostiene RORTY, seguir anclados en la idea (igualmente kantiana) de (2) la filosofía como «instancia judicial suprema» de las ciencias, de la moral, del arte, en fin, de toda nuestra cultura; es preciso liberarnos de la imagen del filósofo como «aquel que conoce algo que ningún otro conoce tan bien» y que por tal motivo goza de opiniones preferentes respecto a los demás participantes en la conversación.⁸⁷ La toma de conciencia del carácter lingüísticamente mediado y de la historicidad de nuestro conocimiento nos fuerza a abandonar la

83. Así, Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung. Zu Richard Rortys pragmatischer Wende in Wahrheit und Rechtfertigung*, pp. 230 y ss., distanciándose de su antigua concepción epistémica de la verdad (véase Habermas, *Wahrheitstheorien in Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a. M., 1995, pp. 127 y ss.) y adoptando una teoría pragmática de la verdad; el mismo, *L'Étique de la discussion et la question de la vérité*, Paris, 2003, pp. 66 y ss., sintetizando su nueva visión sobre el tema. Como observa Bernstein, *Neopragmatismus* en Brunkhorst/Kreide/Lafont (eds.), *Habermas-Handbuch*, Stuttgart, 2009, p. 118, la actual posición de Habermas coincide fundamentalmente con el «realismo interno» (*internal realism*) de Hilary Putnam (Putnam, *Realism with a Human Face* en *Realism with a Human Face*, pp. 3 y ss.; el mismo, *A Defence of Internal Realism* en *Realism with a Human Face*, pp. 30 y ss.). Pero es importante observar que Putnam ha cambiado de opinión, sosteniendo ahora un «realismo natural» (*natural realism*) (Putnam, *The threefold cord: mind, body, and world*, New York, 1999, pp. 10 y ss.).

84. Así, Putnam, *Realism with a Human Face*, p. 28: «(...) elements of what we call "language" or "mind" penetrate so deeply into what we call "reality" that the very project of representing ourselves as being "mappers" of something "language-independent" is fatally compromised from the very start. Like Relativism, but in a different way, Realism is an impossible attempt to view the world from Nowhere.»

85. Sobre el significado de la filosofía para la ciencia penal cfr. solo Volk, *Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit* en *Bockelmann-FS*, p. 87, «Die Strafrechtswissenschaft kann es sich nicht leisten, die Auseinandersetzung im philosophischen Lager teilnahmslos zu beobachten»; Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001, en especial, pp. 19 y ss.; Frisch, *Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa* en *GA*, 2007, pp. 250 y ss.

86. Rorty, *Philosophy*, pp. 131 y ss. Sobre esa cuestión cfr. Habermas, *Die Philosophie als Platzhalter und Interpret* en *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M., 1983, p. 10.

87. Rorty, *Philosophy*, pp. 357 y ss. Sobre esto cfr. Habermas, *Die Philosophie als Platzhalter und Interpret*, pp. 10-11.

noción de la filosofía como (1) «acomodadora» (*Platzanweiser*) y (2) «jueza».⁸⁸ En esto estamos de acuerdo con RORTY. Sin embargo, como observa HABERMAS, RORTY va demasiado lejos al extraer de ahí la conclusión de que la filosofía también debería renunciar a su tarea de «guardiana de la racionalidad».⁸⁹ Frente a esto, HABERMAS defiende la tesis de que, aunque la filosofía se libere de las ya insostenibles funciones de «acomodadora» y de «jueza», debe mantener otras tareas más modestas como las de «guardadora de lugar» (*Platzhalterin*) y de «intérprete mediadora».⁹⁰ El desafío del pensamiento filosófico postmetafísico consiste en distanciarse de ilusiones fundamentalistas sin apartarse del concepto de verdad.⁹¹ HABERMAS busca solucionar este aparente dilema a través de un modelo de racionalidad *procedimental*. La hermenéutica y el pragmatismo nos muestran, dice HABERMAS, que la única autoridad epistémica a la cual podemos apelar es la comunidad de aquellos que cooperan y hablan entre sí y que por medio de una praxis cotidiana comunicativa llegan a un consenso basado en pretensiones de validez.⁹² En este contexto, la filosofía dice adiós a su antiguo cargo de «jueza» y asume el oficio de «intérprete mediadora» entre «el saber de los expertos y una práctica cotidiana necesitada de orientaciones» a fin de «fomentar e ilustrar procesos de autoentendimiento del mundo de la vida».⁹³ En otras palabras: en tiempos postmetafísicos, la filosofía «busca en la práctica comunicativa cotidiana que forma el trasfondo en el que se mueven los diferentes discursos —ciencia, moral, arte—, el hilo común de una racionalidad que sirva para enlazarlos. La filosofía esconde, pues, un potencial que le permite servir de puente entre estas áreas del saber ahora disociadas».⁹⁴ Una vez establecido el puesto que la filosofía debe ocupar en la actualidad, podemos pasar a esclarecer su relación con la ciencia del Derecho penal. La respuesta parece evidente: la filosofía posibilita a la ciencia del Derecho penal mantener un fructífero diálogo con otras áreas del conocimiento humano. No se trata de una actividad «superior», «infalible», «subordinadora». La filosofía no se encuentra en la base de la ciencia del Derecho penal, sino a su lado.⁹⁵ Metafóricamente hablando: no es pilar; sino arco.

La estructura de la presente investigación es la siguiente: en el capítulo I se aborda el problema mente-cuerpo (*the mind-body problem*) desde una perspectiva filosófica; en el capítulo II se realiza una aproximación a la cuestión del mentalismo en el ámbito del Derecho penal; el capítulo III trata del «giro lingüístico-pragmático»; en el capítulo IV se desarrolla el proyecto de un normativismo en términos del principio del discurso; el capítulo V se reserva a un abordaje crítico de la teoría de la imputación objetiva y a un análisis de la influencia de lo subjetivo en lo objetivo (más específicamente: a un análisis

88. Habermas, *Die Philosophie als Platzhalter und Interpret*, pp. 10-11.

89. Habermas, *Die Philosophie als Platzhalter und Interpret*, p. 11.

90. Habermas, *Die Philosophie als Platzhalter und Interpret*, p. 12. Sobre esto cfr. Brunkhorst, *Platzhalter und Interpret* en *Habermas-Handbuch*, pp. 214 y ss.; Fabra, *Habermas: Lenguaje, Razón y Verdad*, Madrid, 2008, pp. 51 y ss.

91. Cfr. Habermas, *Wozu noch Philosophie?* en *Philosophisch-politische Profile*, Frankfurt a. M., 1971, pp. 11 y ss.; Fabra, *Habermas*, pp. 47 y ss.

92. Habermas, *Die Philosophie als Platzhalter und Interpret*, pp. 26-27.

93. Fabra, *Habermas*, p. 56, transcribiendo trecho contenido en la p. 26 del artículo de Habermas, *Metaphysik nach Kant* en *Nachmetaphysisches Denken*.

94. Fabra, *Habermas*, p. 54.

95. En sentido diametralmente opuesto cfr. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin/New York, 2002, p. VII, quien sigue vinculado a la noción kantiana de la filosofía como «conocimiento previo al conocimiento»: «(...) die Strafrechtsdogmatik von philosophischen Prämissen ausgehen muß, wenn sie ihrem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit gerecht werden will».

del papel de los conocimientos especiales del autor en la determinación del riesgo permitido/prohibido); en el capítulo VI la relación anterior se invierte, porque se pasa a investigar la influencia de lo objetivo en lo subjetivo, es decir, la denominada «objetivización» (*rectius*: «intersubjetivización») del dolo; finalmente, se demuestra lo equivocado de la distinción tipo objetivo/tipo subjetivo y se propone la superación de esta dicotomía a partir de la noción de intersubjetividad.