

APA:

González Cussac, J. (2021). La ciencia del Derecho Penal es solo una máquina de interpretar. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (35), 105-124. <https://doi.org/10.56176/rpcp.35.2021.88>.

## LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ES SOLO UNA MÁQUINA DE INTERPRETAR

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC\*

Recibido: 28.FEB.2022  
Aprobado: 18.MAR.2022

### SUMARIO:

1. Dr. Luis Gracia Martín, *in memoriam*. 2. Una dogmática *pro domo sua*: la sobre-interpretación. 3. Del finalismo al funcionalismo sociológico. 4. Autoritas, *non veritas, facit legem*. 5. Conclusiones para el debate. Bibliografía.

**TITLE:** The science of criminal law is just a machine to interpret.

### RESUMEN

Una crítica a las llamadas dogmáticas materiales que propician sobre-interpretaciones que van más allá del tenor literal de la ley, introducen valores en ocasiones no coincidentes con los plasmados en la Constitución y propician tantas exégesis que erosionan gravemente el objetivo de seguridad jurídica.

**PALABRAS CLAVE:** dogmática, ciencia del Derecho Penal, sobre-interpretación, Filosofía del lenguaje, seguridad jurídica.

### ABSTRACT

*A criticism of the so-called material dogmatics that encourage over-interpretations that go beyond the literal content of the law, introduce values that sometimes do not coincide with those embodied in the Constitution, and encourage so many exegeses that seriously erode the objective of legal certainty*

**KEYWORDS:** dogmatics, science of criminal law, over-interpretation, philosophy of language, legal certainty.

\* Catedrático Derecho Penal. Universidad de Valencia (España).

## 1. DR. LUIS GRACIA MARTÍN, IN MEMORIAM

Unas breves pero sentidas palabras en memoria de un inolvidable amigo. Desde que nos conocimos en julio de 1987 en Freiburg im Br., surgió entre nosotros una sincera amistad que se ha mantenido siempre inalterable. Compartimos la pasión por el Derecho Penal, y por otras muchas aficiones. Intercambiamos visitas entre Valencia y Zaragoza hasta el final. Ahora, aunque sea en la ficción, continuaré debatiendo con mi querido Luis, siempre amigo, colega admirado y compañero noble. Las discrepancias nunca nos separaron ni enfrentaron, todo lo contrario, nos unieron aun mas en el camino por buscar una aplicación racional y humanista del *ius puniendi*. Hasta siempre amigo.

## 2. UNA DOGMÁTICA *PRO DOMO SUA*: LA SOBRE-INTERPRETACIÓN

Las elaboraciones doctrinales que extienden más allá del tenor literal de la ley los supuestos a castigar a través de cualquiera de las categorías de la teoría jurídica del delito, constituyen un excelente ejemplo para afirmar la crisis del pensamiento dogmático. O al menos, de una *concepción material de la dogmática penal*, que en todo caso es la dominante; y ello con independencia de los sutiles matices de las diferentes corrientes o *escuelas*.

A efectos dialécticos, considero *concepción material de la dogmática*, a los autores que explícita o implícitamente aseguran que solo la dogmática es capaz de construir racionalmente criterios generales que complementen o establezcan límites al lenguaje común. Esto es, que introducen parámetros interpretativos más allá del tenor literal del texto de la ley. Pero en realidad este entendimiento de la dogmática comporta dos afirmaciones: primera, atribuir a la dogmática el papel de enjuiciar la corrección constitucional de las leyes penales. Y, segunda, otorgar a la dogmática una pretensión científica de verdad.

Ahora bien, sea cual sea el pensamiento dogmático seguido, en su origen todos los autores coinciden en que la finalidad de la dogmática es incrementar los estándares de seguridad jurídica. En la literatura penal en lengua española es ya un clásico la formulación de GIMBERNAT ORDEIG acerca de esta cuestión: “*La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del Derecho Penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerse a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática,*

*más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”.*

Así pues, la *dogmática* nació con la misión de identificar los problemas y luego ofrecer soluciones a los mismos, mediante teorías que posibiliten una aplicación del derecho positivo de un modo racional, previsible y seguro. A partir de aquí, la libre discusión en la comunidad jurídica permitirá que unas teorías se conviertan en dominantes, y en todo caso abrirá el conocimiento para evaluar sus resultados, sus consecuencias, sus fundamentos, las objeciones, los errores y, por tanto, su revisión.

Sin embargo, como el citado autor advierte, expresando así una opinión generalizada, esta concepción contiene dos enunciados implícitos. Primero, que la *dogmática* penal presupone el Derecho Penal, es decir, que sin este no existe ni tiene sentido aquélla. Segunda, que la *dogmática* “*es una ciencia neutra*”, limitada a la interpretación correcta de la ley y consiguientemente independiente de las valoraciones que la sustentan y de las consecuencias a las que conduzca.

No creo que pueda discutirse la primera afirmación: la *dogmática* presupone el Derecho Penal. Pero no estoy tan seguro de la segunda, esto es, que la *dogmática* penal, y en general el derecho, pueda entenderse como una ciencia, y consecuentemente como valorativamente neutra.

En efecto, todos coincidimos —al menos aparentemente— en afirmar que la *dogmática* presupone el Derecho Penal. Ahora bien, hay que ser consecuentes con esta premisa. Porque afirmar que el derecho, esto es, un conjunto de normas positivas, precede a la *dogmática*, implica que ésta asume la misión de interpretar a aquéllas, y no que tiene la potestad de sustituirlas, modificarlas, desconocerlas o adicionarlas con criterios extraños a las mismas. Porque este procedimiento comporta crear un nuevo orden de reglas. De reglas inventadas, nacidas de un poder extraño al sistema de fuentes formalizado. Nada ni nadie le ha otorgado esa competencia a la *dogmática*.

Es decir, los criterios materiales añadidos por la *dogmática* no proceden de la norma constitucional ni del resto de normas positivas, sino que son superpuestos desde concepciones ajenas a la misma. No son criterios normativos inferidos de la ley fundamental ni de las leyes vigentes, sino que se originan desde otros órdenes valorativos.

En realidad, semejante giro solo se explica desde la segunda afirmación. Esto es, la concepción material de la *dogmática* se permite la atribución de facultades de control constitucional y legal porque descansa en la convicción de poseer la verdad

---

1 GIMBERNAT ORDEIG, E. “¿Tiene un futuro la *dogmática* jurídico-penal?” en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed. Madrid (Tecnos) 1990, p. 158.

científica. Y así, por este camino, la verdad científica se erige en una suerte de conocimiento experto supremo desde el cual, y exclusivamente desde él, se establece un modelo de corrección científica de cualquier norma positiva y consecuentemente también se erige en un modelo científico para su aplicación. La legitimidad democrática de las normas es suplantada por una legitimidad aristocrática, la de los expertos, los sumos sacerdotes del saber científico. Algo así como una suerte de retorno al pensamiento mágico.

En cierta forma se produce este retorno a lo mágico, aunque sea revestido de una metodología pretendidamente científica. Y justamente aquí radica una contradicción insalvable, pues las construcciones materiales de la dogmática, al introducir subrepticamente los valores del intérprete —es decir, los criterios generales que complementan o fijan límites al lenguaje común en que se expresa la norma—, dejan automáticamente de ser una ciencia neutra, que era su pretensión inicial. Por tanto, conforme a su propia caracterización de la dogmática como ciencia neutra, al inyectar estos parámetros *metanormativos*, ya no operan como científicos, sino como magos, ideólogos o gestores morales.

A la anterior incoherencia interna, se añade una consecuencia externa de alto impacto político y jurídico. En efecto, porque cada interés, bien o valor introducido por cada sistema dogmático, multiplica la escala de bienes merecedores y necesitados de tutela penal. De modo que, junto a los que inequívocamente el legislador presta protección, se van sumando y acumulando los que la *ciencia* estima oportunos.

Así pues, los *científicos* también se arrogan iniciativas de política-criminal. Y al aumentar los valores necesitados de protección o el castigo de modalidades de ataque no previstas en la norma, transforman a la dogmática, de una parte, en legislador paralelo, y de otra, en lugar de limitar la desenfrenada tendencia de los últimos años hacia un Derecho Penal máximo, interactúa como un acelerador de la punición. Porque siempre habrá una explicación para justificar cualquier intervención legislativa, e incluso de ir más allá de ella si *científicamente* se prescribe la necesidad de castigar alguna conducta olvidada por el *ignorante legislador*.

De igual forma, el experto dogmático se atribuye la potestad de ampliar el catálogo de las conductas merecedoras de sanción penal. La sobre-interpretación estará justificada en un paradigma científico, que generalmente descansa en criterios sistemáticos o teleológicos. Sin embargo, desde el examen de la lógica solo se trata de un razonamiento analógico.

En resumen, la dogmática invierte su misión, y de límite al poder punitivo muta hasta convertirse en otro acelerador de la expansión del Derecho Penal.

De esta suerte, una dogmática concebida desde parámetros materiales deja de ser un saber hermenéutico, anclado en la *lógica de seguir una regla*, cuyo objeto es

interpretar normas, para transformarse en un pensamiento político, sustentado en la *lógica de la necesidad*. Pero este proceder, desprovisto de sus propias herramientas metodológicas, es simplemente ideología. Porque naturalmente que la política tiene que ver con la ciencia, pero no con sus contenidos: la identificación de fenómenos y la formulación de leyes con validez universal. De aquí que esta clase de pensamiento dogmático tampoco pueda insertarse en el pensamiento lógico, el que establece premisas para explicar los fenómenos, deduciendo de lo general a lo particular. Ni tampoco puede calificarse de ciencia experimental, que, observando la realidad, evalúa las cosas induciendo de lo particular a lo general.

### 3. DEL FINALISMO AL FUNCIONALISMO SOCIOLOGICO

Retomemos nuestro punto de partida: la *dogmática* presupone el Derecho Penal y la *dogmática* penal es entendida como una ciencia, y consecuentemente como valorativamente neutra. Pues bien, conforme a este patrón de análisis, las concepciones dogmáticas mayoritarias elaboradas a partir del modelo clásico y neoclásico, mantienen sustancialmente este doble presupuesto<sup>2</sup>.

Desde este punto de vista puede afirmarse que la “*teoría final de la acción*” de WELZEL mantuvo como premisa que el objeto “como es” condiciona el método de la ciencia del Derecho Penal. De suerte que únicamente representó una variación en el entendimiento de la naturaleza del objeto, la acción, pero aceptando idénticas premisas centrales. Su “nuevo sistema” precisamente solo consistió en un entendimiento distinto de la acción. Para WELZEL la esencia de la acción humana es la finalidad: el ser humano anticipa medios, procedimientos y objetivos, y por consiguiente al actuar siempre persigue una finalidad (“*supradeterminación final del querer*”)<sup>3</sup>. De modo que la estructura *óntica* de la acción es la finalidad y esta estructura *lógico-objetiva* procede de la realidad, del mundo del ser, por lo que la teoría del delito, e incluso la ley y el legislador, deben asumirla. Este postulado constituye toda una declaración de principios: la *dogmática* jurídico-penal está determinada por una magnitud ontológica incuestionable y empíricamente demostrada. La derivada de este teorema es sencilla: el Derecho Penal es una ciencia y como tal, la *dogmática* está vinculado al objeto<sup>4</sup>.

2 Una exposición más detallada en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Los antiguos y los nuevos horizontes de la dogmática penal”, en: *Cuadernos de Derecho Penal* (Revista de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, n° 13, 2015, p. 77 a 110.

3 WELZEL, H. “*Derecho Penal alemán. Parte General*”, BUSTOS RAMÍREZ, J / YÁÑEZ PÉREZ, S. (trad. de la 11ª ed. Alemana,), Santiago de Chile, 1970, p. 56.

4 Ampliamente expuesto en GRACIA MARTÍN, L. *Fundamentos de dogmática penal*, Barcelona (Atelier), 2006.

Ciertamente esta compleja y elaborada concepción filosófica trató de superar el movimiento positivista, introduciendo nociones antropológicas y *prejurídicas* de la acción, convertida en la nueva base del sistema penal pero revestida ahora de una pretensión de verdad absoluta, de auténtico enunciado científico. Desde una panorámica intra-sistemática, supuso cambios estructurales de enorme importancia<sup>5</sup>. Y por supuesto comportó un impulso humanista a la disciplina.

Las principales críticas a este modelo se han dirigido precisamente contra sus inconsistentes y obsoletos presupuestos filosóficos, esto es, a la misma base de su concepción ontológica. Es decir, desde la perspectiva externa o de fundamentos de este sistema, en realidad, el *finalismo* carece de un modelo filosófico sólido y propio de referencia, sostenido por tanto en varias premisas acumuladas de los modelos filosóficos de origen (especialmente del *neokantismo*)<sup>6</sup>. Aunque no ocupa nuestra atención en este trabajo, el *finalismo* también ha recibido importantes críticas contra sus aspectos dogmáticos o sistemáticos (perspectiva interna)<sup>7</sup>. A pesar de estas contundentes críticas y de su pérdida de protagonismo y seguidores, el modelo del *finalismo* ha ejercido una notoria influencia en las elaboraciones doctrinales posteriores. A destacar su notable contribución al desarrollo de una noción normativa de la culpabilidad, y a la impregnación del pensamiento penal de una orientación teleológica. Por todo ello, gráficamente se ha dicho que el *finalismo* es el puente entre el *neokantismo* y el presente<sup>8</sup>, aunque no el único, ni siquiera en la doctrina alemana<sup>9</sup>.

Aunque en la actualidad persisten en la literatura penal exposiciones sistemáticas minoritarias fielmente seguidoras del modelo *neoclásico* o del *finalista*, lo cierto es que la doctrina alemana dominante se adscribe a un prototipo ecléctico o de síntesis de las dos anteriores. Esquemáticamente podría decirse que es heredera directa de las construcciones de LISZT, BELING y RADBRUCH. Así, la teoría del

5 En efecto, porque si toda acción está dirigida hacia un fin, consciente y voluntariamente, el dolo pertenece a la misma acción y consecuentemente pasa a integrarse en la tipicidad. A partir de aquí la teoría del delito comienza a distinguir entre tipo objetivo, tipo subjetivo y culpabilidad.

6 COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal. Parte General*, Valencia (Tirant), 3ª ed. 1990, p.p. 288-289.

7 En relación a las críticas dogmáticas, sobresalen, de una parte, las severas dificultades para explicar los delitos imprudentes, que, por definición, no son intencionales (esto es, no están predeterminados a una finalidad) y, de otra, porque sus enunciados conducen a un inevitable fundamento subjetivo del injusto. Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.: *La doctrina de la acción finalista*, 2ª ed., Universidad de Valencia 1978.

8 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona (Bosch) 1982, p. 279.

9 SILVA SÁNCHEZ, J-Mª. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona (J M Bosch) 1992, p.p. 51 y ss; 74 y ss; y, 135 y ss. Igualmente se expresa en el Prólogo a *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. SILVA SÁNCHEZ, J-Mª (trad.), Madrid 1991, pp. 12 y ss.

delito se mantiene con la aceptación del dibujo básico del *finalismo*, no tanto desde una perspectiva ontológica sino normativista, merced a la recuperación de las aportaciones de ENGISCH y DOHNA, y al acogimiento del eclecticismo auspiciado por GALLAS en un doble sentido: de una parte, combina el pensamiento sistemático con el tópico; y de otra, compagina las exigencias derivadas de una perspectiva ontológica con otras de naturaleza normativa, estas últimas mucho más acentuadas.

Ahora bien, las sistemáticas dominantes en la actualidad, partiendo del eclecticismo señalado, se han visto impulsadas por el auge de las *sistemáticas funcionalistas o racional-teleológicas*<sup>10</sup>, generando una notoria influencia internacional. Al margen de sus ajustes en la esfera interna o sistemática del Derecho Penal, aquí nos interesa observar su contribución a los fundamentos del Derecho Penal<sup>11</sup>. Las diferentes corrientes *funcionalistas* comparten su distanciamiento del *finalismo*, bien por su oposición al método lógico-abstracto (ROXIN) o por censurar su metodología ontológica (JAKOBS). Al margen de sus notorias diferencias, coinciden en su carácter reactivo frente al formalismo jurídico con la pretensión de construir un Derecho Penal orientado a sus consecuencias<sup>12</sup>.

Es interesante asomarse a los fundamentos últimos del Derecho Penal desde una óptica externa, especializada y autorizada en el pensamiento jurídico, moral y político, es decir, desde la perspectiva de la filosofía. Pues bien, desde esta óptica es sabido que las sistemáticas eclécticas dominantes se sustentan en la corriente denominada *funcionalismo*, bien sea en su formulación más radical, *estratégica* o *sistémica*, o en otra más moderada, comúnmente denominada como *funcionalismo teleológico*<sup>13</sup>.

La más influyente corriente es esta última, *funcionalismo teleológico*, y se debe especialmente a la obra de ROXIN. Un objetivo esencial para este autor es la preocupación por reconciliar la dogmática y la política-criminal, consciente del riesgo de orillar las consecuencias sobre la realidad surgidas del pensamiento sistemático.

10 SCHÜNEMANN, B. "Introducción al pensamiento sistemático en Derecho penal", en: *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Silva Sánchez, J-M<sup>a</sup> (trad.), Madrid 1991, pp. 31 y ss.

11 En síntesis, sus principales cambios consisten esencialmente en el rechazo de la concepción ontológica de la "acción final", con la asunción, en cambio, de sus consecuencias sistemáticas: el traslado del dolo al tipo subjetivo; el mantenimiento de criterios materiales como la *dañosidad* o la *reprochabilidad*; y la separación entre tipo (desvalor de acción y de resultado) y culpabilidad (actitud interna, poder actuar de otro modo, evitabilidad).

12 SILVA SÁNCHEZ, J-M<sup>a</sup>. "Prólogo" a *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Silva Sánchez, J-M<sup>a</sup> (trad.), Madrid 1991, pp. 12 y ss.

13 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*, 2<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant), 2011, pp. 441 y ss.

Para lograr esta reconciliación huyendo del distanciamiento entre ambas variables, propone una reconstrucción del Derecho Penal orientando la *dogmática* a las valoraciones político-criminales<sup>14</sup>. La clave de su discurso descansa en la categoría de los fines del Derecho Penal, singularmente en los fines de la pena, operando de distinta forma en cada uno de sus niveles estructurales. Con ello trata de configurar un sistema “abierto”, “teleológico” y “práctico”. Abierto porque flexibiliza el sistema mediante la entrada en el mismo de criterios garantistas, es decir, mediante la introducción externa de criterios valorativos. Teleológico porque su sistema se perfila hacia las consecuencias del Derecho Penal. Y práctico, porque busca compatibilizar el pensamiento sistemático y el pensamiento tópico<sup>15</sup>.

El denominado *funcionalismo estratégico* o *sistémico* destaca —a los efectos que aquí nos interesan— por su absolutización del criterio funcional y consiguiente rechazo de cualquier limitación procedente de la realidad o del lenguaje. La puridad metodológica se erige en su máxima preocupación y se lleva hasta sus últimas consecuencias. Así pues, al Derecho Penal se le atribuye una función *sistémica*, esto es exclusivamente preventiva. De ahí que más que ante una construcción normativa, nos encontramos ante una explicación sociológica en la que lo esencial es la estabilidad o funcionalidad social<sup>16</sup>.

La trayectoria y génesis del *funcionalismo* es sobradamente conocida. Pero lo que hoy se entiende por funcionalismo no se corresponde exactamente con la concepción desarrollada por su creador, “el príncipe del funcionalismo”, PARSONS, en la década de los treinta del pasado siglo<sup>17</sup>. Los cambios, las críticas, hasta la misma ambigüedad de su significado, ha permitido afirmar que es el término más equívoco de los existentes en la sociología jurídica<sup>18</sup>. En realidad, no existe una unidad funcionalista, pues dentro de esta corriente coexisten múltiples enfoques<sup>19</sup>. Pero esta

14 En esta línea, recientemente MUÑOZ CONDE, F. “Dogmática jurídico-penal y Política-criminal: una relación conflictiva, pero necesaria”, En: *Revista Penal* n° 33, 2014, 117 y ss.

15 ROXIN, C. “¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales”, en: *Problemas actuales de la Dogmática penal*. ABANTO, M. (trad.), Lima (Ara), 2004, pp. 20 y ss.

16 Una contundente crítica desde el *finalismo ortodoxo* en GRACIA MARTÍN, L. *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005.

17 El origen de la teoría de los sistemas sociales se remonta a la fisiología, en la obra de MALINOWSKI, y al psicoanálisis de FREUD. Ampliamente en NAGEL, E. *La estructura de la ciencia*. MÍGUEZ, N. (trad.), Barcelona 1981, p. 469 y ss; y, DAHRENDORF, R. *Sociedad y sociología*. BENLLOCH, J. (trad.), Madrid 1974, p. 170.

18 FEBRAJO, A. *Funzionalismo strutturale e sociología del Diritto nell'Opera di Niklas Luhmann*, Milano 1975, p. 30.

19 NAGEL, E. *La estructura de la ciencia*. MÍGUEZ, N. (trad.), Barcelona 1981, p. 468.



disparidad no ha restado influencia en el derecho, especialmente a través de la obra de LUHMANN.

En el seno del Derecho Penal, las tesis *funcionalistas*, además de su explicación *funcional* de la sociedad y de las normas, reducen la acción humana a expectativas, al desempeño de *roles* y a primar la noción de deber, orientándose hacia finalidades preventivo generales. En su versión radical supone un entendimiento meramente descriptivo y valorativamente neutro de la sociedad y del derecho. Ante una construcción tan vacía y subjetiva como peligrosa ideológicamente —pues puede explicar y justificar cualquier régimen político y jurídico—, los autores más moderados acuden a diversos correctivos de orientación teleológica y valorativa, esto es, se ven obligados a rescatar de un orden extrajurídico referencias axiológicas<sup>20</sup>. No obstante, hay que advertir que algunos penalistas adscritos a esta orientación, tampoco son exactamente fieles a los postulados fijados por el propio LUHMANN<sup>21</sup>.

Me parece muy interesante llamar la atención acerca de la sintonía de este movimiento de raíz sociológica con el auge del “Derecho Penal del riesgo”. La expansión del Derecho Penal trae causa en múltiples factores que han llevado a proclamar la “*imposibilidad de volver al viejo y buen Derecho Penal liberal*”<sup>22</sup>. Pero sin duda, esta transformación aguda de modelo, una auténtica modificación estructural de hondo calado, también ha sido propiciada por el impulso que el *funcionalismo* ha conferido a la idea de peligro, erigiéndola en eje central del sistema. Por ejemplo, como advierte SILVA SÁNCHEZ en referencia al emergente “Derecho Penal de empresa”, la estructura clásica sustentada en la prohibición directa del riesgo jurídicamente desaprobado, ha pasado a convivir con otros criterios más complejos: el riesgo permitido condicionado, el principio de precaución, y la prohibición de la mera sospecha de riesgo<sup>23</sup>. Como el propio autor citado incide, todo ello comporta un radical cambio de perspectiva, en el que la “*administrativización*” del Derecho Penal, la noción de la “*gestión de riesgos*” y la inocuización cobran un protagonismo creciente en la doctrina mayoritaria actual.

20 ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed. Valencia (Tirant), 2019, pp. 202-204.

21 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed, Valencia (Tirant), 2011, pp. 555 y ss.

22 SILVA SÁNCHEZ, J-Mª. *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid (Civitas) 2001, pp. 149 y ss. En todo caso, la expansión del derecho penal no es un fenómeno reciente, exclusivo de las sociedades post-industriales, sino que, a lo largo de determinados periodos históricos de la edad moderna, significativamente durante las primeras décadas del siglo XIX, también se produjeron. Sobre esta cuestión, VORMBAUM, T.: *El derecho penal fragmentario en la Historia y la Dogmática*. MUÑOZ CONDE, F. (trad.), Revista Penal, nº 29, 2013, pp. 213 y ss.

23 SILVA SÁNCHEZ, J-Mª. *Criminalidad de empresa y Compliance*, Barcelona (Atelier), 2013, p. 13.

En realidad, esta transformación del Derecho Penal aquí descrita, se inscribe en un cambio de paradigma mucho más profundo: el tránsito desde un pensamiento ilustrado fundado en hechos y razones, hasta un *neo-romanticismo* que mezcla metadatos y emociones mediante complejos algoritmos. De suerte que se inserta en una discusión más amplia, que abarca a todas las ciencias sociales, y que algunos han denominado la dialéctica entre el *big data* frente al *big narrative*. Y esta dialéctica supone el tránsito de un pensamiento narrativo, sustentado en hechos, a un pensamiento no factual, exclusivamente anclado en datos. Así, en cierta forma es el salto desde el paradigma de la causalidad a de la simple correlación.

En todo caso, aquí deseo destacar que todas las transformaciones expuestas, discurren hacia un fortalecimiento de la idea de anticipación, de enorme calado para el Derecho Penal.

En realidad, la idea de anticipación se halla intrínsecamente vinculada a la de vigilancia y control de la sociedad. Y esta es una constante aspiración atemporal, que como acuñara WEBER en su concepto de burocracia y luego desarrollara entre otros FOUCAULT, no solo separa a la comunidad entre un poder vigilante y unos ciudadanos vigilados, sino que también presenta una dimensión claramente preventiva y punitiva. En esta constante histórica, durante el siglo XX, se desarrollan numerosos proyectos de seguridad pública nacional claramente expansivos, que dan lugar a las denominadas “sociedades de la seguridad”, “sociedades vulnerables”, “sociedades de control” o “sociedades guarnición”<sup>24</sup>. Y ya en el siglo XXI explota con la revolución tecnológica el “*big data*”, es decir, la generalización de una vigilancia electrónica global, masiva, rápida, y continua<sup>25</sup>.

Precisamente todas estas confluencias permiten ahora reforzar la idea de anticipación, también aplicada al Derecho Penal. El nuevo paradigma ha dejado atrás el *factum*, y por supuesto el *post-factum*, como ejes de referencia del clásico Derecho Penal sustentado en hechos, es decir, en acción y resultado. Parece igualmente ya superada una perspectiva *pre-factum* y con ella la prevención como anticipación para neutralizar un daño o peligro propia del Derecho Penal del riesgo<sup>26</sup>. También se antoja periclitada una metodología proactiva conforme a la cual se nos dice que puede verse el futuro, y con ella la categoría de peligrosidad. Ahora más bien comenzamos a transitar por una epistemología prospectiva, según la cual no solo podemos ver el futuro sino también modificarlo.

---

24 NAVARRO BONILLA. *Inteligencia y análisis retrospectivo*, Valencia, 2014, pp. 344-348.

25 RAMONET. *El imperio de la vigilancia*, Madrid 2016, p. 9, se refiere precisamente a los “cuatro jinetes del *infocalipsis*”: terrorismo, pornografía infantil, blanqueo de capitales y narcotráfico.

26 Ya advertía HASSEMER que “*en el Derecho penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro*”, en *Persona, mundo y responsabilidad*. MUÑOZ CONDE / DÍAZ PITA (trad.), Valencia, 1999, p. 57.

Al respecto, no puede olvidarse que, desde un punto de vista teórico, el *funcionalismo* y su pretensión científica, ha ofrecido una extraordinaria cobertura al renacimiento de un viejo fantasma superviviente en el seno del Derecho Penal liberal: la idea de peligrosidad. En efecto, porque su entendimiento de la acción como expectativa, sumado al fin del aseguramiento del sistema y la finalidad preventiva, propician el adelantamiento de la intervención penal desde cualquier posibilidad.

Estrechamente vinculado con estas cuestiones debe hacerse referencia, aunque sea una simple evocación, al auge en nuestra disciplina de planteamientos procedentes de la *neurociencia*, un nuevo enfoque del derecho como ciencia y consecuentemente desde una pretensión de verdad<sup>27</sup>. Pero en realidad los científicos no conocen en la actualidad el por qué un conjunto de señales eléctricas crea experiencias subjetivas, como por ejemplo el miedo. No conocemos con certeza qué son y dónde están los recuerdos, la imaginación, las emociones, los pensamientos... Hoy no podemos explicar las conexiones neurológicas conforme a un algoritmo. Tampoco los filósofos que han tratado de introducir una diferencia entre mente y cerebro han contribuido a esclarecer este misterio.

Sin embargo, en la modernidad la mente es el atributo desde el que se ha levantado la idea de conciencia humana. E indudablemente la moral, la política y el derecho están construidas sobre la idea de conciencia. Ahora bien, en el presente se ha abierto una interesante discusión acerca de qué entendemos exactamente por conciencia y si ésta es solo un atributo exclusivo de los humanos. Es por ello que asistimos a un movimiento reivindicativo de la conciencia animal y también de un incipiente debate sobre la conciencia de los computadores.

En cualquier caso, desde la perspectiva del Derecho Penal, la pregunta no es si podemos explicar el homicidio, la violación o la tortura como una interacción de reacciones bioquímicas y señales eléctricas de una serie de neuronas. La cuestión principal es que las normas prohíben esta clase de acciones y que la mayoría de personas las reprueban precisamente por las experiencias subjetivas que implican<sup>28</sup>.

En resumen, puede decirse que los ejes de la discusión esencialmente han girado alrededor de dos ideas centrales: norma y acción. Una y otra condicionan la configuración del resto de categorías penales y, sobre todo, determinan la función y legitimidad atribuida al *ius puniendi*.

Sin restar importancia a aspectos metodológicos fundamentales, ni a los logros alcanzados en estas últimas décadas por el desarrollo de esta metodología sis-

27 Amplia y críticamente RAMOS VÁZQUEZ, J. A. *Ciencia, libertad y derecho penal*, Valencia (Tirant) 2013.

28 HARARI, Y. N. *Homo Deus*, Madrid (Debate), 2ª ed., 2016, p. 135.

temática (dogmática penal), el balance presenta ambigüedades en la utilización de algunos postulados, considerables variables ocultas y dosis altas de incertidumbre. En efecto, la labor teórica se ha concentrado en buena medida en polémicas estériles sobre categorías internas, con un alto grado de abstracción y nula repercusión práctica. Podría decirse que, mientras nuestro mundo cambia velozmente, sometiendo a todas las instituciones y relaciones personales, sociales, culturales, económicas y políticas a una transformación radical y profunda, numerosos teóricos penalistas continúan aferrados y ensimismados en *bizantinas* discusiones sobre la perfección del sistema de la teoría jurídica del delito. De suerte que, el instrumento, el medio, o la herramienta —la teoría jurídica del delito— han continuado absorbiendo el debate, mutando hasta convertirse en el fin supremo del mismo. Así, en lugar de tratar de comprender y ofrecer soluciones a estas modificaciones, la ciencia del Derecho Penal se enrocaba sobre sí misma.

Pero el excesivo protagonismo del estudio abstracto y dogmático de la teoría jurídica del delito, no solo ha desenfocado el análisis de sus categorías, sino que ha consolidado la tradicional desatención sobre el sistema de fuentes, los derechos y garantías fundamentales y sobre la teoría de las consecuencias jurídicas. El resultado ha sido un permanente distanciamiento con la jurisprudencia, con el poder legislativo y hasta con la opinión pública. Distanciamiento que no solo es de método, de perspectiva, sino también de lenguaje y en ocasiones parece que hasta de valores. Al incrementarse todas estas magnitudes hasta alcanzar un coeficiente de lejanía, como de dos galaxias que discurren en paralelo, el grado de influencia y utilidad práctica (aplicativa) de numerosas construcciones teóricas han descendido proporcionalmente.

La coexistencia de dos subsistemas superpuestos quizás sea una característica del modelo continental europeo y latinoamericano, muy diferente del desarrollado en los modelos anglo-americanos<sup>29</sup>. En estos últimos no solo permanece una vocación más pragmática, expresada en el predominio del derecho procesal y en una mayor conexión con el Derecho Penal material<sup>30</sup>, sino sobre todo en el énfasis del examen profundo de cuestiones constitucionales esenciales: en especial de la vigencia y grado de aplicación de los derechos fundamentales y de las garantías penales<sup>31</sup>.

29 Críticamente con los pretendidos logros científicos de la dogmática penal alemana DUBBER, M. D. “The promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment”, En: *German Law Journal* n° 7, 2005, pp. 1051 y ss.

30 Una aproximación comparativa entre los dos modelos, puede verse recientemente en OXMAN, N. *Sistemas de imputación subjetiva*, Valencia (Tirant), 2014.

31 El alejamiento de la política criminal elaborada por la doctrina tanto de la praxis como de la política real, así como el interesante reparto de papeles entre jurisprudencia y doctrina de una parte, y de otra el legislador, como juego de “roles” en Italia, ha sido muy bien expuesta por DONINI, M. “La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico”.

Después de todo, no es ocioso recordar que –junto a la discusión sobre las categorías internas del sistema penal– los retos esenciales del Derecho Penal coinciden con las cuestiones que a su vez son centrales en la reflexión de la filosofía política y moral: la acción, la norma, el castigo, la responsabilidad, la libertad, etc. Desde esta premisa quizás sean posible evitar los escollos denunciados, especialmente los referidos al relativismo valorativo (neutralidad científica) y a la circularidad sistémica.

#### 4. AUTORITAS, NON VERITAS, FACIT LEGEM

Llegados a este punto es necesario preguntarse si se puede lograr el objetivo central de la dogmática: ofrecer una mayor seguridad jurídica. Evidentemente la respuesta es negativa en atención a la evolución de la dogmática, y lo es por una razón obvia de carácter interno: cada autor, escuela o corriente parte de sus propias concepciones materiales, desvinculadas de las normas positivas. A partir de aquí la pluralidad de dogmas superpuestos presenta un crecimiento exponencial. De modo que cada “verdad” se construye desde presupuestos “propios” y a partir de aquí comienza una discusión en la que cada uno expone “su” dogma como el verdadero. Y para imponer “su verdad” desarrolla un sofisticado elenco de matices, detalles, excepciones y conexiones de “sus presupuestos” con el fin de alcanzar el perfeccionamiento de “su sistema”.

El resultado de este proceso es un laberinto conceptual solo apto para iniciados de un nivel avanzado. Llegados a este punto el *Minotauro* ya aplastó la anhelada seguridad jurídica, y entonces algún autor clásico apelaría a la célebre máxima “*Pluralitas non est ponenda sine necessitate*”, conocida como “*navaja de Occam*”, *principio de simplicidad o de economía del pensamiento*. Y cuyo objetivo, cabe recordar, fue complementar las leyes de la lógica tratando de esquivar las derivas del pensamiento hacia lo mágico<sup>32</sup>.

Ciertamente la elaboración de una dogmática entendida materialmente ha evolucionado hasta alcanzar unas cotas de complejidad y diversidad sin parangón en otras disciplinas jurídicas. Muy lejos de los enunciados del *principio de simplicidad*, que descarta presumir o construir más elementos que los absolutamente necesarios. Así, no se deben multiplicar las causas, las hipótesis o los presupuestos de un razonamiento. Por tanto, un raciocinio fundamentado en menos premisas, no solo resultará más sencillo, sino también más verosímil, en el sentido de más previsible. Es decir, cuanto menos se presuma, mejor. Y mejor también porque —como sabemos

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. (trad.), En: *Revista Penal* n° 13, 2004, p.p. 77 - 79.

32 El debate ideológico es propio de la ciencia política, y desde luego, el pluralismo ideológico es consustancial al sistema democrático, sin embargo, aquí se cuestiona su introducción subrepticia en la interpretación de las normas jurídicas, revestido de falso estándar científico.

por nuestro pasado— todos aquéllos que se creen en posesión de la verdad no suelen estar dispuestos a rebajarse para discutirla.

Sin embargo, en nuestra opinión, el saber que estudia el Derecho Penal positivo no puede renunciar a su objeto, ni sustituirlo ni adicionarlo. Se debe centrar en el análisis de las normas. No hacerlo así desliza el conocimiento jurídico hacia un método carente de legitimidad, de previsibilidad y de racionalidad.

En consecuencia, la función del estudio del Derecho Penal no es hacer ciencia formulando *pretensiones de verdad*, sino que ha de conformarse y centrarse en resolver problemas prácticos, enjuiciando acciones humanas a través de las normas jurídicas vigentes conforme a una serie de principios constitucionales. Su misión es diferente a la de pretender elaborar leyes universales científicas y someterlas a la experiencia y a su verificación o refutación. El valor central de la teoría jurídica del delito se contrae a la idea de justicia, que ha de hacerse efectiva mediante ciertas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, eficacia, utilidad y libertad. Y, por consiguiente, tampoco se puede calificar de valorativamente neutra. Ahora bien, no es neutra en relación al sistema de derechos fundamentales y reglas de competencia contenidas en la ley fundamental y demás leyes positivas promulgadas conforme a un procedimiento legítimo y formalizado.

En varios trabajos VIVES ANTÓN muestra la insuficiencia de la dogmática para afrontar las tareas que corresponden a la doctrina, en orden a la mejor comprensión y aplicación del derecho positivo. Y en su lugar no propone una nueva *dogmática*, como algo mejor y verdadero, sino más bien abandonar la dogmática; que es tanto como decir, abandonar el camino metodológico sustentado en dogmas o verdades científicas, y sustituirlo por otro camino, que, partiendo de los derechos fundamentales, busque consensos estables y bien fundados. Y la elaboración del Derecho Penal desde el sistema de los derechos fundamentales tampoco permite afirmarse que es un saber neutral. Justamente es un saber comprometido con la legitimidad democrática y con el sistema de valores materializado en los derechos fundamentales<sup>33</sup>.

Siguiendo este razonamiento, podría decirse que la clase de preguntas formuladas por la dogmática penal —acción, dolo, imprudencia, causalidad, bien jurídico, imputabilidad, etc—, se inscriben en una tendencia conectada con algunas confusiones filosóficas a las que WITTGENSTEIN denominó “*ansias de generalidad*”. El citado autor la caracterizó con la siguiente idea: un concepto general es una propiedad común de sus casos particulares, esto es, de que las propiedades son ingredientes de las cosas. Y en efecto, esta ansia de generalidad trae causa en el embrujo de toda teoría concebida como saber científico, que de una parte comporta reducir la ex-

---

33 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*, Valencia (Tirant), 2ª ed. 2011.

plicación de los fenómenos naturales al menor número posible de leyes primitivas; y de otra, nos arrastra a una búsqueda desesperada de un objeto sobre el que hacer descansar nuestro pensamiento (modelo de objeto y designación)<sup>34</sup>.

De aceptarse este planteamiento, desde la perspectiva del Derecho Penal, la acción, la norma, el delito, ni ninguna de sus categorías o instancias (dolo, causalidad, bien jurídico, imprudencia) pueden ser entendidos como objetos del mundo, como pertenecientes al mundo del ser. Por tanto, su estudio, la *dogmática*, no es ninguna clase de ciencia. La función del Derecho Penal es enjuiciar si un determinado comportamiento humano es conforme o no a un conjunto de normas, y consiguientemente merecedor de ser castigado. A partir de ahí, el derecho no puede ser configurado como un saber teórico (científico) sino como un saber práctico (hermenéutico). De modo que, el estudio del derecho, como el de todos los conocimientos sociales, no es y no puede ser una ciencia es sentido estricto. Y no lo es, entre otras razones, porque no puede aplicar un método experimental para juzgar o decidir si una conducta infringe una norma y necesita ser sancionado el responsable<sup>35</sup>.

En coherencia con estos presupuestos, tampoco es sostenible la existencia de un concepto universal y ontológico de acción. No existe un modelo matemático, ni una fórmula lógica, ni cualquier clase de teoría científica experimentada y verificada, que nos permita ofrecer un concepto de acción humana válido para todas las múltiples clases de acciones que el ser humano puede emprender y se encuentran reguladas en una norma. Es más, las acciones no existen antes de las normas (reglas) que las definen. En síntesis, la acción, cada acción, posee un *significado* determinado conforme a ciertas prácticas sociales (reglas o normas), que identifican un comportamiento humano frente a otros (*formas de vida*). Así puede decirse que la acción es el sentido o significado de un sustrato<sup>36</sup>.

34 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*, Valencia (Tirant), 2ª ed. 2011, pp. 463 y ss.

35 Así, ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “*Compendio de Derecho Penal...*”, cit. pp. 204 y ss. Extensamente en VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*, cit., pp. 503 y ss.

36 VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*, Valencia (Tirant), 2ª ed. 2011, cuestiona el entendimiento de la acción en el Derecho penal como consecuencia de la concepción *cartesiana*, según la cual la acción era entendida como un hecho compuesto de un hecho físico (movimiento corporal) y de un hecho mental (la voluntad). Precisamente por la contribución de la mente era posible distinguir ontológicamente los hechos humanos de los hechos naturales y de los hechos de los animales. Pero el giro en la filosofía de la acción comporta un abandono de concepciones ontológicas y un cambio en la concepción de la acción. Se renuncia a un concepto ontológico de acción, como algo que sucede, como si fuera un fenómeno físico, y para evaluar si existe una acción ya no se acude a parámetros psicofísicos, mediante el recurso a la experiencia (*nuestros sentidos son sólo hipótesis del mundo*). La acción ha de entenderse de forma distinta, no como lo que las personas *hacen*, sino como el *significado de lo que hacen*, es decir, como el sentido

En resumen, la función del Derecho Penal no es hacer ciencia formulando *pretensiones de verdad*, sino que ha de conformarse y centrarse en resolver problemas prácticos, enjuiciando acciones humanas a través de las normas jurídicas vigentes conforme a una serie de principios constitucionales. Su misión es diferente a la de pretender elaborar leyes universales científicas y someterlas a la experiencia y a su verificación o refutación. El valor central de la teoría jurídica del delito se contrae a la idea de justicia, que ha de hacerse efectiva mediante ciertas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, eficacia, utilidad y libertad.

En este sentido, la interpretación jurídica —la subsunción de un hecho en una norma—, comporta esencialmente fijar, de modo fiable, si ese comportamiento humano *sigue una regla*; e interpretar, establecer si sigue una regla, es una práctica, no un presupuesto lógico. Entonces, la práctica interpretativa no se deduce de nuestros conceptos previos, sino de nuestros hábitos, de nuestras costumbres, de nuestra cultura y, en definitiva, de *nuestra forma de vida*. Razón por la cuál en esta propuesta, tanto la jurisprudencia como la doctrina, poseen la misión de ofrecer usos estables y fiables, consensuados, de la interpretación.

En definitiva, no puede aceptarse la pretensión de imponer criterios hermenéuticos bajo la cobertura de una decisión científica irrefutable y verdadera. Cualquier metodología que pretenda arrogarse en exclusiva la verdad, se opone a los procedimientos democráticos basados en la libre discusión y la búsqueda de consensos mayoritarios. Prohibir y castigar pertenecen a la cultura cotidiana, se expresan en lenguaje común y son en última instancia competencia del pueblo. Y la significación de las palabras depende de quien tenga el poder de decidir su sentido.

Si la función o finalidad de la dogmática era ofrecer mayor seguridad jurídica, lamentablemente se constata que, en la actualidad, ya no ofrece un rendimiento mínimamente satisfactorio. Y buen ejemplo de este mayúsculo desvío lo encontramos en la concepción y aplicación de varias categorías dogmáticas, como *autoría*, *comisión por omisión*, *bien jurídico* y otras desde postulados materiales<sup>37</sup>.

---

de un sustrato. Todas las acciones no son meros acontecimientos, sino que tienen un sentido (significado), y por tanto no basta con describirlas, sino que es necesario entenderlas (interpretarlas). Frente a los hechos, que pueden explicarse conforme a leyes físicas, químicas, biológicas, o matemáticas, las acciones humanas han de ser interpretadas conforme a reglas o normas.

37 Baste aquí recordar, por ejemplo, que la conducta omisiva no puede comprenderse como equivalente a la no realización de una acción positiva posible, es decir, interpretarse como ayuna a toda referencia normativa (la “acción esperada”). Ni tampoco es admisible sostener que al quedar reducido el papel aplicativo de la posición de garante, originado porque el lenguaje común “reduce a pocos casos” la sanción de supuestos de comisión por omisión (falta de equivalencia), tenemos autorización *científica* para hacer prevalecer este requisito por encima del lenguaje común en el que se expresa el texto legal, y así poder castigar conductas que a nosotros, intérpretes, nos parecen *materialmente* merecedoras de sanción penal.



Toda esta etapa está marcada por cierto engrimiento, por la opinión de quienes creen saberlo todo, y que inexorablemente terminan formulando doctrinas, pura ideología. Por ello, a los cultivadores de una dogmática entendida desde postulados materiales, habría que recordarles, además de todo lo señalado, que los buenos expertos no son los que tienen las grandes respuestas, sino aquéllos que contribuyen a formular adecuadamente las grandes preguntas.

Así pues, con palabras de VIVES ANTÓN: el estudio del Derecho Penal “no puede ser ciencia; a saber, porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él (...). Si algo ha quedado comprobado es que la autocomprensión cientifista, que tan a menudo acompaña el quehacer de la dogmática, no es sino un velo que oculta a los ojos del penalista el objetivo de su reflexión (...). El porvenir de la dogmática no reside en ninguna clase de perfeccionismo científico, sino en aquella forma de perfeccionamiento que sirva para realizar más y mejor la función de la Carta Magna que von Liszt atribuyera al Derecho Penal”<sup>38</sup>.

## 5. CONCLUSIONES PARA EL DEBATE

El Derecho Penal, como todo el Derecho, es un constructo político, económico, social y cultural. Por supuesto que la mayoría de la doctrina admite una clara influencia externa entre la política y el derecho. Históricamente ha quedado patente en la evolución de los diferentes modelos ideológicos de Estado. En este sentido, el Derecho Penal es fruto de cada una de las formas de organización del poder político. Así, nuestro actual Derecho Penal está indisolublemente vinculado al Estado social y democrático de derecho. Y como por todos es sabido es el resultado de la evolución durante los dos últimos siglos del pensamiento liberal y socialdemócrata.

Pero ese pensamiento liberal, como su derecho y como el contexto en el que nació y se desarrolló, está sufriendo una vertiginosa transformación.

Frente a tantos retos e incertidumbres, frente a los desvíos metodológicos e ideológicos del pensamiento ilustrado, en mi opinión solo nos queda, una vez desandado el camino extraviado, volver a la senda de la ilustración, reiniciando la andadura desde la filosofía. Y esta es justamente la alternativa metodológica formulada por VIVES ANTÓN, entre otras razones, porque considero que trata de volver a conectar el estudio del Derecho Penal desde el pensamiento filosófico dominante, que no es otro que la *filosofía del lenguaje*. Que no debe entenderse como una nueva “concepción” del Derecho Penal o de la acción, sino más bien como una perspectiva diferente de analizarlo y aplicarlo.

38 VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia (Tirant), 2ª ed. 2011, p.p. 495-496.

Desde Grecia hasta el siglo XVIII, a grandes rasgos, la filosofía y la ciencia fueron de la mano. Pero después, singularmente a partir del siglo XIX, en la Europa continental, impulsadas por el romanticismo, comenzó a afirmar que la ciencia no alcanza a explicar “los secretos del alma humana” y que esta comprensión corresponde a la filosofía. Por este camino la filosofía continental (excepto el marxismo) derivó hacia caminos esotéricos y espiritualistas. Culminó con “*Ser y Tiempo*” de HEIDEGGER, y su búsqueda no recompensada del ser. De esta tendencia deriva toda una corriente filosófica compleja, llena de neologismos y sumamente nebulosa, hasta el extremo de ser percibida no solo como hostil a la ciencia, sino también a sus principios de claridad, rigor intelectual, y experimentación.

Sin embargo, de esta deriva de la filosofía continental se mantuvo ajeno el pensamiento anglosajón, que permaneció fiel a la tradición occidental, es decir, a una mayor fidelidad a una idea científica de la filosofía. Y es lo que conocemos como Filosofía Analítica, construida desde la lógica y desde el lenguaje como la base de todo, “el giro lingüístico” (*linguistic turn*).

Desde la antigüedad hasta hoy, el dominio del lenguaje ha sido la esencia de la política y del derecho. Lo explica MAQUIAVELO en “*El Príncipe*”: no se ha de gobernar con la fuerza sino con el miedo. El miedo es el producto del discurso, y quien lo domina, porque suscita miedo, es el que ostenta el poder. Naturalmente el discurso, el mensaje, también puede perseguir convencer o al menos persuadir. Tal vez por ello JAVOLENO PRISCO (Digesto 50, 17) afirmó: “*Omnis definitio in iure periculosa est*”.

Por todo lo anterior, la llamada ciencia del Derecho Penal es solo una máquina de interpretar. Con otras palabras, el estudio del Derecho, como el de todos los conocimientos sociales, no es y no puede ser una ciencia en sentido estricto. Y no lo es, entre otras razones, porque no puede aplicar un método experimental para su estudio, pues con los de su clase es imposible juzgar una acción, e interpretar si infringe o no la norma.

Debemos regresar a una ciencia del Derecho Penal entendida como “barrera infranqueable”. Y para ello debemos abandonar la escisión entre los significados dogmáticos y los significados normativos expresados en el “lenguaje común”, en el marco de una “forma de vida”.

## BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. (1990). *Derecho Penal. Parte general*. (3ª ed.). Tirant lo Blanch.

DAHRENDORF, R. (1974). *Sociedad y sociología*. Tecnos.

- DONINI, M. (2004). La relación entre Derecho Penal y política: método democrático y método científico. *Revista Penal*, (13), 67-84. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12532/Relaci%C3%B3n.pdf?sequence=2>.
- DUBBER, M. (2005). The promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment. *German Law Journal*, 6(7), 1049 – 1071. <https://doi.org/10.1017/S20718322000141272005>.
- FEBRAJO, A. (1975). *Funzionalismo strutturale e sociología del Diritto nell'Opera di Niklas Luhmann*. Giuffrè.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1990). *Estudios de Derecho Penal*. (3ª ed.). Tecnos.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2015). Los antiguos y los nuevos horizontes de la dogmática penal. *Cuadernos de Derecho Penal (Revista de la Universidad Sergio Arboleda)*, (13), 77-110. <https://doi.org/10.22518/20271743.456>.
- GRACIA MARTÍN, L. (2005). *El horizonte del finalismo y el Derecho Penal del enemigo*. Tirant lo Blanch.
- GRACIA MARTÍN, L. (2006). *Fundamentos de dogmática penal*. Atelier.
- HARARI, Y. N. (2016). *Homo Deus*. (2ª ed.). Debate.
- HASSEMER, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad*. Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2014). Dogmática jurídico-penal y Política-criminal: una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista Penal*, (33), 117-129.
- NAGEL, E. (1981). *La estructura de la ciencia*. Paidós Iberica Ediciones S.A.
- MIR PUIG, S. (1982). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Bosch.
- NAVARRO BONILLA. (2014). *Inteligencia y análisis retrospectivo*. Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2019). *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. (8ª ed.). Tirant lo Blanch.
- OXMAN, N. (2014). *Sistemas de imputación subjetiva*. Tirant lo Blanch.
- RAMONET, I. (2016). *El imperio de la vigilancia*. Clave Intelectual.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. (2013). *Ciencia, libertad y Derecho Penal*. Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. (1978). *La doctrina de la acción finalista*. (2ª ed.). Universidad de Valencia.
- ROXIN, C. (2004) ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales. En: ABANTO, M. (trad.), *Problemas actuales de la Dogmática penal*. Ara Editores.

- SCHÜNEMANN, B. (1991). Introducción al pensamiento sistemático en Derecho Penal. En: SILVA SÁNCHEZ, J. (trad.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. J M Bosch.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (1991). *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (2013). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Atelier.
- VIVES ANTÓN, T. (2011). *Fundamentos del sistema penal*. (2ª ed.). Tirant lo Blanch.
- VORMBAUM, T. (2013). El Derecho Penal fragmentario en la Historia y la Dogmática. *Revista Penal*, (29), 203-222.
- WELZEL, H. (1970). *Derecho Penal alemán. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile.