

## Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal

Una defensa de la racionalidad valorativa

**Jesús-María Silva Sánchez**

Universitat Pompeu Fabra

### Abstract\*

*Este trabajo parte de la distinción de tres ámbitos de actividad intelectual de la dogmática del Derecho penal. Consiguientemente, distingue tres clases básicas de enunciados: analíticos, normativos e interpretativos. A continuación, critica el reduccionismo del ámbito de la dogmática inherente al cientificismo, al formalismo y al "democratismo", que pretenden excluir de aquel a los enunciados valorativos. Pone de relieve la ineludible necesidad de enunciados normativos –de asignación de sentido, de valoración y de imputación– en la dogmática del Derecho penal. Establece las bases de la racionalidad de los enunciados normativos y concluye con sendas críticas al legalismo y al decisionismo valorativo.*

*Der Aufsatz geht davon aus, dass drei Bereiche der intellektuellen Tätigkeit der Strafrechtsdogmatik unterschieden werden müssen. Folglich werden drei grundlegende Klassen von Aussagen unterschieden: die analytischen, die normativen sowie die interpretativen. Szientizismus, Formalismus und "Demokratismus", die die Wertaussagen aus dem Bereich der Dogmatik ausschließen wollen, werden kritisiert. Die unausweichliche Notwendigkeit normativer Aussagen –der Sinngebung, der Bewertung und der Zuschreibung– in der Dogmatik des Strafrechts wird unterstrichen. Die Grundlagen der Rationalität der normativen Aussagen werden festgelegt. Die Arbeit macht Schluss mit einer Kritik des Legalismus sowie des Wertdezionismus.*

*The paper is based on the distinction of three areas of intellectual activity of the doctrine of criminal law. Consequently, it distinguishes three basic kinds of statements: the analytical, the normative and those of legal interpretation. It criticizes scientism, formalism and "democratism", which seek to exclude value statements from the field of the criminal law doctrine. It highlights the inescapable need for normative sentences –those of attribution of meaning, of evaluation, and of imputation– in the doctrine of criminal law. It establishes the bases of the rationality of normative sentences and concludes with critical considerations to legalism and value decisionism.*

*Titel:* Die drei Gebiete der Strafrechtsdogmatik  
*Title:* The three fields of criminal law doctrine

*Palabras clave:* formalismo, democratismo, analítico, valorativo, interpretativo, normativo, legalismo, tradición, diálogo, argumento, decisionismo, dogmática del Derecho penal, imputación, racionalidad, práctica.

*Stichworte:* Formalismus, Demokratismus, analytisch, wertend, interpretativ, normativ, Legalismus, Tradition, Dialog, Argument, Dezisionismus, Strafrechtsdogmatik, Imputation, Rationalität, Praxis.

*Keywords:* Formalism, democratism, analytic, evaluative, interpretive, normative, legalism, tradition, dialog, argument, decisionism, doctrine of criminal law, imputation, rationality, practice.

### Sumario

#### 1. Introducción

#### 2. El método dogmático entre el análisis formal y las valoraciones

#### 2.1. Los tres ámbitos intelectuales de la dogmática: la formulación de Hruschka como punto de partida

---

\* Este texto constituye una versión –muy ampliada– del texto enviado para el libro que se edita en Alemania en memoria de Joachim HRUSCHKA. Buena parte de su contenido debe entenderse, por tanto, como un homenaje crítico al muy apreciado profesor HRUSCHKA q.e.p.d.

- 2. 2. Formalismo y (relativo) antiformalismo en la evolución de la dogmática jurídica
- 3. Los enunciados valorativos de la dogmática
  - 3. 1. La racionalidad teórica en los enunciados lógico-analíticos y descriptivos de la dogmática
  - 3. 2. La racionalidad práctica en los enunciados valorativos de la dogmática
  - 3. 3. Racionalidad y texto en la interpretación de las leyes
  - 3. 4. Los enunciados valorativos como subclase de los normativos
  - 3. 5. Fundamentos de los modelos dogmáticos valorativos
  - 3. 6. La corrección de las valoraciones
- 4. De nuevo: la dogmática frente al legalismo
- 5. De nuevo: la dogmática frente al decisionismo valorativo
- 6. Bibliografía

## 1. Introducción

Un sector doctrinal defiende una visión de la dogmática del Derecho penal según la cual esta sólo puede ser una actividad estrictamente científica. Esta visión se sostiene, además, desde un concepto de ciencia definido a partir de los modelos de las ciencias experimentales (física, química, biología) y formales (matemáticas, lógica).<sup>1</sup> Lo característico de esta perspectiva es que, de modo consecuente, concibe la dogmática como actividad pretendidamente libre de valoraciones.<sup>2</sup> A primera vista todo esto puede parecer extraño pero en realidad, y como se advertirá en lo que sigue, esta posición nunca ha dejado de estar presente en la doctrina. Ahora bien, asimismo es cierto que durante el pasado siglo XX se mantuvo casi siempre en los márgenes del discurso de la comunidad académica penalista. Ello tuvo lugar ante el fuerte empuje de las concepciones teleológico-valorativas y funcionalistas tanto de la teoría del delito como de la interpretación de las leyes penales.<sup>3</sup>

Dejando de lado, de momento, lo relativo al método empírico y su papel en la dogmática, lo cierto es que el debate sobre la aplicación del método formal y del método valorativo en la *scientia*<sup>4</sup> del Derecho ha sido permanente y seguramente es inevitable que así sea. Sabemos que se suscitó de modo explícito, como tarde, en el seno del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Sobre la posibilidad y sentido de hablar de “ciencia” en Derecho, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, «Lo normativo y lo fáctico», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, 2019, pp. 25 ss., en concreto, pp. 38, 57. En particular a propósito de la dogmática del Derecho penal, extensamente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 235-290; EL MISMO, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 26-28.

<sup>2</sup> Por ejemplo, HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, p. 311, que define su programa dogmático jurídico-penal en el sentido de “representar las valoraciones a través de criterios descriptivos” (*Wertungen durch deskriptive Kriterien abzubilden*).

<sup>3</sup> Paradigmáticamente, aunque no solo, las obras de ROXIN y JAKOBS.

<sup>4</sup> Utilizo el término –una vez– en latín para evitar, ya desde este momento, una discusión que tiende a degenerar en logomaquia. En adelante, cuando se utilice la palabra “ciencia”, esta significará *scientia*. Este sentido, por lo demás, coincide con la segunda acepción del DRAE: saber.

<sup>5</sup> Aunque ello no puede desarrollarse aquí, mi opinión es que tiene su origen en la reforma protestante, que instaura el subjetivismo práctico. La Reforma tuvo, además, una fuerte proyección en la interpretación de los textos sagrados, que se desconectó del Magisterio, la tradición y el *sensus fidei* de la comunidad de los fieles. En realidad, la discusión jurídica (en sus dos planos: conceptos e interpretación) no deja de ser una derivación de la suscitada

Más tarde, tuvo importantes manifestaciones a lo largo del siglo XIX. Durante ese siglo la ciencia jurídica se inclinó mayoritariamente tanto por el formalismo como por el positivismo.<sup>6</sup> Pero hubo notables excepciones. Sin duda, la más relevante en Derecho penal fue la representada por la orientación filosófica de los penalistas hegelianos. La tensión subsistía claramente a finales de aquel siglo en el marco del debate sobre el método de las ciencias humanas y sociales. No en vano, este debate –dinamizado principalmente por la obra de Max WEBER– se ha denominado desde entonces *Werturteilstreit*, es decir, precisamente: la disputa sobre los juicios de valor. Entonces, como ahora, había quienes entendían que la dogmática del Derecho tiene como único objeto el Derecho positivo –lo jurídicamente “empírico”, las leyes– y que su método es la descripción de su contenido así como la sistematización de los enunciados descriptivos resultantes.<sup>7</sup> Otros, en cambio, le atribuían una tarea de descubrir y construir (o reconstruir) los contenidos del Derecho correcto.

Adolf MERKEL dio nombres a ambas perspectivas. A la primera la denominó concepción positiva de la doctrina del Derecho, lo que quería decir tanto como descriptiva y sistematizadora externa. A la segunda le dio el nombre de concepción filosófica, “esto es, idealista o constructiva”.<sup>8</sup> Lo característico de esta última era –a su juicio– que considera que existe un ideal del Derecho, o un Derecho en sí, y que es posible avanzar en su conocimiento, aunque ello resulte obviamente difícil. La pregunta esencial para ella es, por tanto, la relativa a lo jurídico en sí (*die Frage nach dem an sich Rechten*). Pero, a juicio de MERKEL, este planteamiento implica salirse de la doctrina del Derecho para adentrarse en el ámbito de la doctrina ética y, además, de una ética de carácter idealista.<sup>9</sup>

Ciento cuarenta años después nada ha cambiado sustancialmente. Durante este período la posición reduccionista ha sido representada paradigmáticamente nada menos que por Hans KELSEN.<sup>10</sup> La posición amplia, sin embargo, ha sido dominante entre los dogmáticos del Derecho penal. Solo ello explica que, en su estado actual –como a lo largo de toda la historia–, los textos elaborados por quienes cultivan la dogmática del Derecho penal contengan enunciados analítico-conceptuales, empíricos y normativos (de asignación de sentido, valorativos y de imputación) de modo

---

en el plano de la teología moral y de la exégesis bíblica. Aunque obviamente el debate jurídico no puede reducirse a una polémica entre católicos y protestantes.

<sup>6</sup> Que el formalismo y el positivismo no son la misma cosa es algo evidente. Que han solido ir bastante unidos, también.

<sup>7</sup> Conviene reiterar que, como más adelante se verá, la existencia de un iusnaturalismo formalista pone de relieve que formalismo y positivismo no son necesariamente lo mismo, aunque puedan coincidir.

<sup>8</sup> MERKEL, «Über „das gemeine deutsche Strafrecht“ von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft», *ZStW*, (1), 1881, pp. 553 ss., 556: „der alte Dualismus einer sogenannten „positiven“, d.h. hier: beschreibenden und äußerlich systematisierend, und einer „philosophischen“, d.h. hier: idealistisch, konstruktiven Rechtslehre“.

<sup>9</sup> MERKEL, *ZStW*, (1), 1881, p. 557. La misma visión de MERKEL (la concepción positiva de la dogmática –descriptiva y sistematizadora de las leyes– junto con una concepción del Derecho como algo reducido a la ley positiva) es la que subyace a obras recientes, como el libro de MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, *La relevancia de la dogmática penal*, 2011. También, en las conclusiones fundamentales, GÓMEZ LANZ, «La interpretación de la ley penal como actividad dogmática», *Revista Icade*, (74), 2008, pp. 37 ss.; EL MISMO, «La aproximación de la hermenéutica a la dogmática penal», *Revista Icade*, (82), 2011, pp. 149 ss.

<sup>10</sup> KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 347 ss., 350-351. Cfr. ahora DE SOUSA MENDES, «Über den nicht wissenschaftlichen Charakter der Rechtsdogmatik im Kelsens Denke», *Rechtstheorie*, (49), 2018, pp. 87 ss., 98, donde señala que la teoría del delito –como las teorías jurídicas en general– no constituye un modelo científico de análisis del delito, sino solo un modelo heurístico. Esto significa (i) que no vincula cognitivamente (no tiene “gnoseologische Verbindlichkeit”); y (ii) que, por ello, la teoría alemana no es más verdadera que la inglesa, por ejemplo. Por tanto, para decidir cuál se prefiere hay que utilizar otros criterios...

prácticamente inescindible.<sup>11</sup> Un aspecto fundamental de la discusión, como se ha indicado, versa sobre si es legítimo que las valoraciones (¿así como los enunciados normativos de definición y de imputación?) sigan ocupando un lugar en tales textos.

MERKEL consideraba que la dogmática del Derecho penal se tiene que ocupar de cuestiones lógicas, del uso del lenguaje y, adicionalmente, de las intenciones del legislador.<sup>12</sup> En cambio, rechazaba el valor científico de cualquier consideración “ética” de los penalistas que pretendiera ir más allá de su condición de intérpretes de la evolución histórica de la *praxis* moral de las sociedades (literalmente: del “*geschichtliches Verhalten der sittlichen Kräfte*”).<sup>13</sup> En la actualidad esta renovada tendencia al reduccionismo puede observarse, en mayor o menor medida, en autores de perfil muy diverso. Parece claro que, desde hace algún tiempo, pretende ponerse de moda en Alemania y, por lo demás, ya está llegando otra vez a España e Iberoamérica. Los autores que se adscriben a ella argumentan desde dos perspectivas: por un lado, desde la referida pretensión de científicidad de la dogmática; y, de modo adicional, aludiendo a la necesaria democratización de los enunciados de valor en el ámbito del Derecho penal.<sup>14</sup> El reduccionismo científicista *en vogue* cuenta, en efecto, con nuevos aliados. Estos son los que pretenden una supuesta “democratización” del discurso sobre el Derecho penal frente a las “pretensiones elitistas de los profesores”.<sup>15</sup> La primera tesis de esta opinión doctrinal es, por tanto, que los enunciados valorativos de la dogmática no tienen carácter científico. La razón de ello es que solo ostentan tal estatus los enunciados descriptivos relativos a un objeto existente y susceptible de ser conocido (en este caso: las leyes). Pero, además, su segunda tesis es que los enunciados valorativos de la dogmática tampoco gozan de legitimidad política, pues esta solo les asiste a los que tienen un origen democrático. Otra vez: los textos de las leyes.<sup>16</sup>

Desde luego, este sector crítico acepta que los jueces tienen que operar necesariamente con juicios de valor. En su opinión, las sentencias judiciales son enunciados valorativos autoritativos, presentados como aplicación interpretativa de las leyes. Esto es, como enunciados interpretativos *stricto sensu*: “traducciones” de lo dicho en la ley.<sup>17</sup> A su juicio, ello goza ciertamente de una legitimidad constitucional y legal, pero solo si se realiza dentro de ciertos límites. El más importante de estos es que los jueces no deben recurrir a la interpretación teleológico-objetiva, que

---

<sup>11</sup> Similar, KUHLEN, «Wertfreiheit in der Jurisprudenz?», en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*, 2000, pp. 35, 40.

<sup>12</sup> MERKEL, *ZStW*, (1), 1881, p. 585. No muy diferente HILGENDORF, «Das Problem der Wertfreiheit in der Jurisprudenz» en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit*, 2000, pp. 19-20: *Beschreibung, Systematisierung, Herausarbeitung möglicher Interpretationsvarianten, Folgenanalyse*.

<sup>13</sup> MERKEL, *ZStW*, (1), 1881, p. 587: esto es, “del comportamiento histórico de las fuerzas del espíritu”.

<sup>14</sup> VOGEL, «Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum», *JZ*, (1), 2012, pp. 25 ss. Ya VOGEL, «Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik», *GA*, 2002, pp. 517 ss., 534, criticando que la dogmática se sitúe “*im Elfenbeinturm dogmatischer, der politischen Öffentlichkeit unzugänglicher Diskurse*”. Crítico frente a su crítica, SILVA SÁNCHEZ, «Straftatsystematik deutscher Prägung. Unzeitgemäß?», *GA*, 2004, pp. 679 ss.; EL MISMO, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, pp. 45 ss., 54 ss.

<sup>15</sup> Como ejemplo característico, GÄRDITZ, «Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz», *JZ*, (13), 2016, pp. 641 ss., 650. Pero el número de partidarios parece creciente.

<sup>16</sup> Armin KAUFMANN, «Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel des Strafrechts», en EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 7 ss., pone de relieve cómo sostener esto es, en definitiva, una muestra de la acogida de la teoría pura del Derecho de Kelsen.

<sup>17</sup> HILGENDORF, en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit*, 2000, p. 19.

suele ser ácidamente criticada por este grupo de autores.<sup>18</sup> En cambio, su posición en cuanto a los enunciados valorativos de los profesores de Derecho penal es, como se ha anunciado, distinta. Se considera que estos, en tanto que profesionales, deben abstenerse radicalmente de realizar valoraciones. Lo más que pueden hacer de modo legítimo es describir kelsenianamente las distintas interpretaciones posibles de un texto, añadiendo cuál de ellas es la más adecuada para conseguir uno u otro fin. Si se salen de este ámbito y realizan valoraciones –algo que en todo caso debe separarse con claridad de los enunciados descriptivos que formulan– los profesores no expresan más que opiniones individuales sobre cuestiones morales o políticas.<sup>19</sup> Con respecto a estas cuestiones carecen de una especial competencia académico-científica. Por lo tanto, sus criterios no merecen un mayor crédito que los de un político profesional o los de un ciudadano cualquiera.<sup>20</sup>

Hasta aquí, la perspectiva que critica el *statu quo* de la doctrina del Derecho penal. Sin embargo, frente al planteamiento reduccionista se abre la eterna pregunta, que a nadie puede dejar indiferente: ¿acaso no cabe aproximarse racionalmente a los juicios de valor, de modo que sea posible distinguir entre enunciados valorativos más y menos correctos?<sup>21</sup> Sobre ello versan, en parte, las páginas que siguen.

## 2. El método dogmático entre el análisis formal y las valoraciones

### 2. 1. Los tres ámbitos intelectuales de la dogmática: la formulación de Hruschka como punto de partida

El –seguramente– más significativo defensor del reduccionismo formalista de la dogmática del Derecho penal durante la segunda mitad del siglo XX, Joachim HRUSCHKA, reconocía –pese a toda– la existencia de tres ámbitos de actividad intelectual de esa “dogmática”. Por un lado, (i) el análisis de las estructuras subyacentes al sistema de reglas del Derecho penal; por otro, (ii) la realización de estudios ético-normativos y jurídico-políticos sobre el merecimiento de pena; y en fin, (iii) la formulación de comentarios sobre el Derecho positivo vigente. A su juicio, los comentarios referidos en (iii) están subordinados a los enunciados contenidos en (i) y en (ii). Tales enunciados de (i) y (ii), que son independientes de cualquier Derecho positivo, se relacionan entre sí, a su vez,

<sup>18</sup> Por ejemplo, HILGENDORF, en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit*, 2000, pp. 17-18, parte de que la interpretación literal, histórica y sistemática se puede llevar a cabo sin ninguna valoración del intérprete. En cambio, la llamada interpretación teleológica-objetiva “es un misterio: cómo es posible que una ley, un mero texto, posea un propio “telos”, un “fin”...” (*ist ein Mysterium: Wie soll ein Gesetz, ein bloßer Text also, einen eigenen “telos” oder “Zweck” besitzen*). En contra de esta perspectiva SILVA SÁNCHEZ, «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», *FS-Jakobs*, 2007, pp. 645 ss., 648 ss.

<sup>19</sup> HILGENDORF, en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit*, 2000, p. 11: “El propio juicio de valor es expresión de la personalidad de quien valora y no es comprobable, sino más o menos comprensible” (*Das Werturteil selbst ist Ausdruck der Persönlichkeit des Wertenden und nicht überprüfbar, sondern mehr oder weniger nachvollziehbar*). Bastante más matizado, en cuanto a la relación general entre ciencia, valoración y política, ENGL, «Wissenschaft und Werturteil – Wissenschaft und Politik», *Ancilla Iuris*, 2009, pp. 25 ss., poniendo de relieve que lo propio de la ciencia es la argumentación. Sobre ello se entrará más adelante.

<sup>20</sup> HILGENDORF, en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit*, 2000, p. 28: “En principio no existe ninguna competencia científica especial para formular juicios de valor” (*Es gibt grundsätzlich keine wissenschaftliche Sonderkompetenz für Werturteile*).

<sup>21</sup> Arth. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 1990, p. 20: “Esta es la cuestión nuclear de cualquier filosofía del Derecho que no sea puramente formal” (*Das ist die Kernfrage jeder nicht nur rein formalen Rechtsphilosophie*).

de forma jerárquica: las consideraciones ético-normativas de (ii) se subordinan al análisis contenido en (i). Este último es el primario, independiente de todo lo demás.<sup>22</sup>

El carácter primario, para HRUSCHKA, de los enunciados del grupo (i) explica que les haya dedicado la parte esencial de su obra.<sup>23</sup> En la *Vorbemerkung* a la primera edición de su *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode* expone cuál es su contenido. Estos son enunciados descriptivos: describen los problemas del Derecho penal, que constituyen el auténtico objeto de su ciencia. En efecto, la formulación de tales problemas y sus estructuras, de las relaciones que existen entre ellos y de los principios prejurídicos que las rigen<sup>24</sup> va dando lugar a los enunciados propios del idioma del Derecho penal.<sup>25</sup> Los principios rectores de este idioma son, por su parte, básicamente lógicos o de utilización racional del lenguaje, esto es, casi completamente formales.<sup>26</sup> El formalismo y la abstracción de los enunciados resultantes se manifiesta muy claramente en el hecho de que HRUSCHKA los asimile a los de la geometría.<sup>27</sup> Así, a su análisis y sistematización los denomina “dogmática *more geometrico*”,<sup>28</sup> siguiendo la idea de la *Philosophia practica universalis, mathematica methodo conscripta* de Christian WOLFF.<sup>29</sup>

Por tanto, el objeto de la ciencia del Derecho penal no es material-concreto (no se trata en él del sistema de soluciones justas de los casos del Derecho penal), sino formal-abstracto. En ese marco, los conceptos y los enunciados jurídico-penales se obtienen de modo analítico-deductivo. Ciertamente HRUSCHKA se atribuye –y le es reconocida– la condición de iusnaturalista. Pero su iusnaturalismo es similar al de WOLFF. A su juicio, la ontología del Derecho (en su terminología, “la cosa Derecho”: *die Sache Recht*) es formal. Y esa ontología constituye el horizonte hermenéutico desde el que debe observarse, a su entender, la legislación penal. Por tanto, la precomprensión desde la que se dialoga con los textos legales es solo formal.<sup>30</sup> La gramática racional del Derecho penal, integrada solo por conceptos y estructuras analíticas, es la que constituye el manual de lectura de las leyes penales.

Poco es, en cambio, lo que HRUSCHKA indica a propósito de los enunciados “ético-normativos” y “jurídico-políticos” que integran el grupo (ii). Resulta decisivo que, en su opinión, la solución jurídico-material de los problemas del Derecho penal no sea el objeto de la ciencia del Derecho penal en sentido estricto. Los “enunciados valorativos” en virtud de los que se intentan resolver

<sup>22</sup> HRUSCHKA, «¡Repensar el Derecho penal!», en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, 2005, pp. 235 ss.

<sup>23</sup> Especialmente, HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976; EL MISMO, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1ª ed., 1983.

<sup>24</sup> HRUSCHKA, *Strafrecht*, 1983, pp. IX- X. Estos principios no se los ha inventado, sino que son preexistentes: “*nicht erfunden, sondern vorgefunden*”.

<sup>25</sup> HRUSCHKA, *Strafrecht*, 1983, p. XVI.

<sup>26</sup> HRUSCHKA, *Strafrecht*, 1983, pp. X-XI.

<sup>27</sup> HRUSCHKA, *Strafrecht*, 1983, p. XVI, XVIII.

<sup>28</sup> HRUSCHKA, «¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?», en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, 2005, pp. 251 ss.

<sup>29</sup> Y la *Ethica geometrico ordine demonstrata* de Spinoza. Y, asimismo, el *ars combinatoria* de Leibniz. Este, a su vez, se inspiró en los estudios de combinatoria de nuestro Ramón Llull (agradezco esta referencia al *ars magna* de Llull a Javier CIGÜELA). Sobre el método matemático en el iusnaturalismo, cfr. por lo demás también DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, 2019, pp. 27 ss.

<sup>30</sup> HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, 1972, *passim*.

tales problemas entrañan, a su juicio, el riesgo de ser demasiado cómodos.<sup>31</sup> Además, señala que tienden a degenerar en la expresión de opiniones intelectualmente inconexas y cambiantes, o bien en una total ideologización.<sup>32</sup> Es posible que, en este punto, la perspectiva de HRUSCHKA constituya también una reacción a la concepción crítico-emancipatoria del discurso jurídico, tan presente en los años 60 y 70 del siglo XX.<sup>33</sup> La pretensión de esa corriente era precisamente la politización del propio discurso dogmático. La de HRUSCHKA, por el contrario, es la reducción y el control del discurso valorativo mediante las reglas de la lógica y del discurso racional.<sup>34</sup>

En cuanto a los enunciados del grupo (iii), cabe indicar que para HRUSCHKA las leyes tampoco son el objeto fundamental de la ciencia del Derecho penal. Sin embargo, afirma que, allí donde existen, aquellas deben ser tomadas al pie de la letra.<sup>35</sup> Esto significa que hay que orientarse a los significados del lenguaje ordinario y presentar “la ley como es”, lo que implica observarla como si fuera el objeto empírico de una ciencia teórico-experimental. Desde luego, en ningún caso cabe forzarla para someterla a una interpretación correctora (*berichtigende Auslegung*).<sup>36</sup> Así, por ejemplo, en su estudio sobre el delito de coacciones, está clara su reverencia al texto legal y su calificación de la interpretación “teleológica” (entre comillas en el original) como una opinión preconcebida, que no aclara el tipo sino que lo transforma.<sup>37</sup> Por tanto, si lo entiendo bien, HRUSCHKA se inclina por un realismo semántico en relación con el contenido de las leyes.<sup>38</sup> En su planteamiento la interpretación es un acto de naturaleza lógico-lingüística, que puede y debe tener lugar sin valoración alguna.<sup>39</sup>

Hecha esta sucinta concreción de la posición de HRUSCHKA, se confirma desde luego la idea inicial de que en su programa los enunciados del grupo (i) constituyen el marco –de análisis lógico y lingüístico– tanto de los enunciados del grupo (ii), como de los del grupo (iii).<sup>40</sup> En cambio, no se

<sup>31</sup> HRUSCHKA, *Strafrecht*, 1983, p. XIX. La idea de que los juicios de valor son “decisiones” es muy característica del formalismo: KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 442. KELSEN no admite ninguna clase de cognición en cuanto a ellos (pp. 347, 351), sino que los considera sencillamente acientíficos.

<sup>32</sup> HRUSCHKA, *Strafrecht*, 1983, p. XVII; EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, 2005, pp. 242-243 y 248: estas no deben ser mezcladas con los análisis estructurales.

<sup>33</sup> Sobre los problemas relacionados con la pretensión de cultivar una dogmática crítica, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., pp. 161-234, con amplias referencias.

<sup>34</sup> HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, 2005, p. 243.

<sup>35</sup> HRUSCHKA, *Strafrecht*, 1983, pp. XII-XIII.

<sup>36</sup> HRUSCHKA, *Strafrecht*, 1983, pp. XIV-XV.

<sup>37</sup> HRUSCHKA, «La coacción en el sistema del Derecho penal», en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, 2005, pp. 197 ss., 212. Su idea general es que, a partir de un cierto punto, hay que recurrir al legislador, que es el que debe intervenir (p. 213).

<sup>38</sup> Cfr. una posición de realismo epistémico radical en relación con el contenido de las leyes en MEYER, «Bestimmtheit und Normativität des Rechts. Eine Erwiderung auf das Paradigma diskursiver Rechtserzeugung», *ARSP*, (114), 2007, pp. 81 ss.

<sup>39</sup> Radical, HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, p. 34: “esta concepción del Derecho no tiene en absoluto la consecuencia de defender que todos los casos son resolubles por deducción. Cabe desde luego que el Derecho esté indeterminado en algunos casos, de modo que haga necesaria una valoración del aplicador del Derecho. Esta valoración implica una libertad (de decisión) del aplicador del Derecho y con ello precisamente la ausencia de vinculación jurídica” (*Dieses Rechtsverständnis hat keineswegs die Konsequenz, vertreten zu müssen, dass jeder Fall deduktiv entscheidbar ist. Das Recht mag durchhaus in einigen Fällen in einem Maße unbestimmt sein, das eine Wertung des Rechtsanwenders erforderlich macht. Diese Wertung impliziert eine (Entscheidungs-)Freiheit des Rechtsanwenders und damit aber gerade das Fehlen rechtlicher Bindung*). Sobre el método del formalismo, ORTIZ DE URBINA, *La excusa del positivismo*, 2007, pp. 33 ss.

<sup>40</sup> HRUSCHKA no toma en consideración el hecho constatable de que la búsqueda de muchos de los conceptos del Derecho penal tiene lugar a partir de las valoraciones. El método de “construcción teleológica de los conceptos”



explicita en absoluto el significado de la tesis de que los enunciados valorativos del grupo (ii) asimismo vinculan la construcción de los enunciados interpretativos del grupo (iii).

Si entiendo bien el sentido de la obra de HRUSCHKA, esta avanza desde el planteamiento inicial de una hermenéutica fenomenológica –con todo, ya formalista<sup>41</sup>, a un planteamiento explícitamente formalista-analítico. Es cierto que, en *¡Repensar el Derecho penal!*, todavía afirmaba que “la segunda tarea de los años que vienen consiste en el desarrollo de una ética jurídica normativa que se ocupe de las correspondientes valoraciones como tales”.<sup>42</sup> Sin embargo, en su obra posterior no se contienen tomas de posición, ni siquiera mínimas, acerca de cómo debe construirse esta teoría de los contenidos correctos del Derecho penal –de entrada, una teoría normativa del delito–.<sup>43</sup> Es decir, lo que en la terminología dominante en filosofía del Derecho suele denominarse el sistema de la ética normativa del Derecho penal (*normative Strafrechtsethik*).<sup>44</sup> No está claro cómo propone HRUSCHKA que se acceda a los contenidos materiales de los juicios de valoración. Por ejemplo, a la asignación a una determinada situación de necesidad de la cualidad de causa de justificación de una acción.<sup>45</sup> Por lo demás, en algún momento parece que para HRUSCHKA los contenidos de los juicios de imputación (enunciados adscriptivos) se pueden formular de modo *quasi* lógico-analítico. Pero esto, de ser cierto, no podría ser compartido. Así, por ejemplo, la adscripción de responsabilidad conforme al modelo de la excepción de la *actio libera in causa* no tiene en absoluto una naturaleza lógico-analítica, sino normativa. Ahora bien, en la obra de HRUSCHKA el formalismo es una constante. Ello permite relacionarlo no solo con la *philosophia practica universalis* de WOLFF sino incluso con el método del positivismo lógico del siglo XX.<sup>46</sup> Como es sabido, esta última corriente filosófica tiende a abordar los juicios éticos mediante la lógica formal y el análisis del lenguaje. Por esta vía metodológica, los positivistas lógicos llegan incluso a la afirmación de que los juicios de valor carecen de contenido material.

Por lo demás, y como ya se ha indicado, en *¡Repensar el Derecho penal!* HRUSCHKA manifiesta ciertamente que los enunciados del grupo (iii) –la interpretación de las leyes– están vinculados a los del grupo (ii) –enunciados de ética normativa–. Pero también este planteamiento se ve contradicho luego en su propio planteamiento. En realidad, no se advierte que, para HRUSCHKA, los postulados jurídico-normativos integren la precomprensión hermenéutica del penalista dogmático en su acceso a los textos legales. Si así fuera, debería admitir la interpretación teleológica

---

(*wertende, teleologische Begriffsbildung*) está tan arraigado en Derecho penal, que es discutible que se sustraiga a él incluso quien se forma el propósito de construir conceptos “analíticos”.

<sup>41</sup> HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, 1972, pp. 52, 54, en el que el “*Rechtsphänomen*” o “*die Sache Recht*” (el Derecho natural), que proporciona el sentido del Derecho positivo, se entiende de modo completamente formal. Cfr. también la descripción y crítica de ALWART, *Recht und Handlung*, 1987, pp. 97 ss.

<sup>42</sup> En HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, 2005, p.243.

<sup>43</sup> Este „*Sollzustand des Strafrechts*” es precisamente el objeto de la dogmática para la mayoría de nosotros. Así, por ejemplo, ZACZYK, «Was ist Strafrechtsdogmatik?», *FS-Küper*, 2007, pp. 723 ss., 727. Con respecto a él, el Derecho vigente tiene la propiedad de lo casual y lo provisional.

<sup>44</sup> Y de la política del Derecho penal (*Strafrechtspolitik*).

<sup>45</sup> Sobre el par de conceptos analítico-sintético, cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, 1983, pp. 388 ss., indicando que en el libro “se renuncia a juicios sintéticos” (*auf syntetische Urteile verzichtet wird*). Ciertamente, en sus referencias al estado de necesidad, suele partir del utilitarismo matizado, pero cabe que ello se deba exclusivamente a considerar que este es el punto de partida del legislador histórico.

<sup>46</sup> LIPSTEIN, «Book Reviews: Strafrecht nach logisch-analytischer Methode», *Cambridge Law Journal*, (43-1), 1984, p. 207, apunta a la clara influencia en HRUSCHKA del positivismo lógico.

o procedimientos similares de integración valorativa de los textos legales. Pero su única precomprensión es lógico-analítica, de modo que la relación con el texto es interpretativa en el sentido que esta expresión tiene para los analíticos. Esto es, al menos, lo que parece sugerirse en su *Strafrecht*. Con todo, ¿acaso no fue la pretendida integración del modelo de la excepción de la *actio libera in causa* –por él patrocinado– en la legislación positiva alemana una reducción teleológica?<sup>47</sup>

## 2. 2. Formalismo y (relativo) antiformalismo en la evolución de la dogmática jurídica

Como se ha indicado, el planteamiento de HRUSCHKA entronca con la tradición del formalismo jurídico –mucho más patente en el Derecho civil que en el Derecho penal–, que sobrevivió al tránsito del iusnaturalismo hacia el positivismo.<sup>48</sup> Asumir esto permite situar su obra e interpretarla. En efecto, el formalismo mantuvo el método racionalista abstracto del iusnaturalismo protestante (de GROCIO y PUFENDORF, pero sobre todo de WOLFF) y lo aplicó al Derecho positivo. Al hacerlo, descompuso a este último en dos elementos procedentes de la tradición de ese iusnaturalismo racionalista. Por un lado, el elemento material (*Stoff*). Es decir, los elementos de contenido material –la *jurisprudentia particularis*– que quedaban fuera de la ciencia jurídica, abandonados a la actividad de los prácticos del Derecho. Por otro lado, el elemento de forma (*Form*). En otras palabras, las categorías y estructuras –la *jurisprudentia universalis*–, auténtico objeto de la ciencia jurídica, para los formalistas.<sup>49</sup> Conceptos y estructuras –lo necesario y permanente en cualquier Derecho positivo– pasaron a obtenerse por abstracción del total de Derechos positivos reales y posibles. Esto pone de relieve que, tratándose de formalismos, la calificación de un planteamiento como iusnaturalista o como positivista es secundaria y, prácticamente, irrelevante.<sup>50</sup>

En realidad, con todo, el formalismo que alcanzó su mayor plenitud en Derecho civil es el de SAVIGNY,<sup>51</sup> PUCHTA y el primer JHERING. En ellos se encuentra el núcleo de la jurisprudencia de conceptos, que se centró en las estructuras y conceptos permanentes subyacentes al Derecho civil vigente en Alemania, entendidos *more geometrico* como esqueleto de cualquier Derecho posible. Así, JHERING apelaba a la gramática y a la química como paradigmas del análisis que tiene que llevar a cabo la ciencia del Derecho.<sup>52</sup> Como ya se ha indicado, en HRUSCHKA cabe hallar expresiones idénticas a las que ellos utilizan. Estas ponen de relieve que a su visión del “fenómeno Derecho” le es ajena una dimensión ético-normativa. En definitiva, la idea de justicia queda fuera de la ontología del Derecho de HRUSCHKA.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> VOGEL, *Juristische Methodik*, 1998, pp. 136 ss. HRUSCHKA pasó luego a sostener este modelo únicamente *de lege ferenda*.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ VICÉN, «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», *AFD*, (VIII), 1961, pp. 47 ss.

<sup>49</sup> En este contexto hay que situar a John AUSTIN (1790-1859), influido claramente por la doctrina alemana de la época, que se halla en el origen de la llamada “*analytical jurisprudence*” (o *classificatory jurisprudence*). En el mundo académico anglosajón es todavía hoy muy patente esta división funcional entre los penalistas prácticos y los “filósofos” (analíticos) del Derecho penal.

<sup>50</sup> Cfr. ALWART, *Recht und Handlung*, pp. 100-101, sobre la paradójica proximidad entre HRUSCHKA y KELSEN.

<sup>51</sup> SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, p. 22, utilizando la metáfora geométrica del triángulo.

<sup>52</sup> Cfr. sobre todos ellos la exposición de LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. Rodríguez Molinero, de la 4ª ed. alemana), 2001, pp. 39 ss.

<sup>53</sup> Como señala críticamente (y con bastante ironía) HASSEMER, «Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik», *FS-Jung*, 2007, pp. 231 ss., 236, la jurisprudencia de conceptos es propia de un Estado de leyes

Al igual que en Derecho civil, también en Derecho penal cabe advertir el formalismo postiusnaturalista en la distinción de FEUERBACH entre materia (*Stoff*) y forma (*Form*).<sup>54</sup> La primera viene dada por el contenido de las leyes positivas. Pero la segunda constituye el auténtico objeto de la ciencia y consta de los conceptos jurídicos, así como de las relaciones internas entre estos en el seno de los enunciados y del sistema. El formalismo, que en Derecho penal no prosperó inicialmente dado el papel de los penalistas hegelianos, sí fue asumido parcialmente en el último tercio del siglo XIX. Ello tuvo lugar, muy singularmente, en el esqueleto del modelo de teoría del delito de von LISZT/BELING<sup>55</sup> y del primer RADBRUCH, pero también en la obra de autores como BINDING o BIERLING.

Sin embargo, esa línea de evolución más bien derivó en la teoría general del Derecho (*allgemeine Rechtslehre*). En efecto, el formalismo siguió su largo camino hacia KELSEN de la mano de los autores que fundaron la teoría general del Derecho<sup>56</sup> como el propio MERKEL o BIERLING. Frente a ello, puede afirmarse que el primer tercio del siglo XX se caracterizó por la progresiva consolidación en la dogmática del Derecho penal del pensamiento antiformalista y aparentemente contrario al positivismo legalista. Es en ese contexto en el que se produjo el apogeo de la doctrina de la elaboración teleológica de los conceptos (*teleologische Begriffsbildung*) del Derecho penal –en particular, de la teoría del delito– así como de la doctrina de la interpretación teleológica de las leyes. El desarrollo de estas doctrinas fue paralelo al de la jurisprudencia de intereses e incluso de las concepciones tópicas en Derecho civil y, de hecho, pretendía hallar un punto intermedio entre estas y la propia jurisprudencia de conceptos. Algo muy perceptible en Derecho penal ya antes de la II Guerra Mundial, pero sobre todo después. La lectura de la obra “Política criminal y sistema del Derecho penal” de ROXIN pone claramente de relieve cuál fue el devenir de esta corriente.

Es cierto que el antiformalismo de las concepciones teleológicas, así como su indefinición en cuanto a los fines, dio lugar, en la década de los treinta del siglo XX, a una degeneración en construcciones irracionalistas –emocionalistas– y autoritarias. Pero esta degeneración no era inherente al método, que pretendía adecuar el Derecho penal al cambio social sin perder la seguridad de los conceptos jurídicos.<sup>57</sup> Por ello, el giro autoritario producido –que es indiscutible en términos históricos– no constituye una objeción contra la necesidad de abordar la cuestión de la corrección del contenido material de los juicios que formula la dogmática. Más bien, pone de relieve todo lo contrario: lo importante que es la fijación del marco de corrección material de los enunciados de valor. Esto no es problemático en la actualidad para los casos límite, dada la vigencia de las constituciones de la segunda postguerra mundial y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Pero obviamente dentro de ese marco existe todavía un enorme campo de discusión. Algunas de

---

(*Gesetzesstaat*), para el que la administración de justicia es algo neutro que hace abstracción de los contenidos de justicia. Sus vehículos, la „axiomatización“ y la „deducción“, permitirían supuestamente, a través de la lógica matemática o simbólica, que la ley por sí sola resolviera todos los casos...

<sup>54</sup> FEUERBACH, *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft* (1804), 2002, pp. 16 ss., 22.

<sup>55</sup> En todo caso, el formalismo de BELING es especialmente notable.

<sup>56</sup> A la que RADBRUCH calificó, y no es anecdótico, de “eutanasia de la filosofía del Derecho”: RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, 2 (Rechtsphilosophie, II), 1993, p. 247.

<sup>57</sup> Sobre esto, MOCCIA, *El Derecho penal entre ser y valor* (trad. Bonnano), 2003, pp. 63 ss.

las construcciones dogmáticas más importantes de la segunda mitad del siglo XX han sido precisamente teleológicas y, desde luego, no son impugnables como irracionalistas o autoritarias.

Así las cosas, puede afirmarse –a modo de balance– que se siguen suscitando dos cuestiones distintas, merecedoras de la mayor atención. Estas son:

(i) Cuál es la relación adecuada, dentro de la dogmática, entre los conceptos y enunciados lógico-analíticos, los descriptivos y aquellos que son atributivos de significado, valorativos y adscriptivos,<sup>58</sup> así como por dónde discurren sus zonas grises. Ello concierne en particular a la elaboración conceptual. ¿Puede afirmarse que esta tiene que ser siempre analítica? ¿Por qué un concepto analítico-formal –de autoría, de tentativa, etc...– debería primar sobre uno normativo-material (no necesariamente funcional)<sup>59</sup> y sobre uno normativo-formal (legal)?

(ii) Si los enunciados normativos (significativos, valorativos y adscriptivos) del Derecho penal deben elaborarse, en concreto, desde perspectivas teleológico-funcionales (y cuáles) o, en cambio, deontológicas o mixtas; y cómo es posible su sistematización.

### 3. Los enunciados valorativos de la dogmática

#### 3.1. La racionalidad teórica en los enunciados lógico-analíticos y descriptivos de la dogmática

No cabe duda de la importancia del análisis conceptual y estructural –de la protodogmática (*Protodogmatik*)– en la dogmática del Derecho penal.<sup>60</sup> Este permite advertir en ella algo de lo propio de una ciencia en el sentido duro de la expresión. En efecto, puede afirmarse que la explicación y sistematización de las estructuras lingüísticas profundas del Derecho penal es una disciplina teórica.<sup>61</sup> En palabras de KINDHÄUSER, se trata de una “ciencia exacta”<sup>62</sup> con un discurso de alcance global. Para toda la actividad adicional de la dogmática del Derecho penal, tales análisis ejercen la misma fuerza vinculante que la lógica formal, por un lado, y la misma que las aportaciones de las ciencias experimentales,<sup>63</sup> por el otro. Expresado de otro modo, todos esos enunciados muestran la

<sup>58</sup> Un profundo análisis de las bases filosóficas y lingüísticas de esta tripartición, que comparto con independencia de alguna divergencia terminológica que luego mostraré, se halla en SÁNCHEZ-OSTIZ, en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, 2019, pp. 31 ss., así como en el cuadro de la p. 48.

<sup>59</sup> Sobre los conceptos funcionales, ahora SÁNCHEZ-OSTIZ, en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, 2019, p. 33. El libro clásico (lamentablemente casi olvidado) es el de BRINGEWAT, *Funktionales Denken im Strafrecht*, 1974.

<sup>60</sup> Ya SILVA SÁNCHEZ, GA, 2004, pp. 680-681; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, p. 36: “análisis axiológicamente neutro de las formas de imputación jurídico-penales” (*axiologisch neutrale Analyse strafrechtlicher Zurechnungsformen*).

<sup>61</sup> En referencia a los conceptos de la “teoría general del Derecho” señalaba RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, 2, p. 247 que “pertenecen a la teoría del conocimiento jurídico, a la filosofía teórica, no a la filosofía jurídica como rama de la filosofía práctica”.

<sup>62</sup> KINDHÄUSER, «Zu Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft», *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 443 ss., 446-447: “kraft analytischer Wahrheit”.

<sup>63</sup> Que son asimismo extremadamente importantes. La relevancia de lo empírico (en un sentido más bien amplio, es decir, comprensivo de las ciencias del comportamiento y de las ciencias sociales) ha sido sostenida siempre por una corriente de la doctrina. Piénsese, en particular, en las aportaciones de autores frankfurtianos como HAFKE, LÜDERSSEN o PRITZWITZ. Tras unos años de decadencia, mi impresión es que esta perspectiva vuelve a estar en alza

resistencia de las formas conceptuales de la realidad y aportan seguridad.<sup>64</sup> En este punto existen, sin embargo, al menos dos problemas: (a) que se abuse del argumento empírico, presentando lo que realmente son propuestas materiales de contenido significativo, valorativo o adscriptivo como mera traslación al Derecho penal de los avances de las ciencias experimentales;<sup>65</sup> y (b) que se abuse del argumento lógico-analítico, presentando lo que realmente son propuestas normativas como si fueran deductivo-analíticas.<sup>66</sup> El recurso frecuente al argumento de que la posición contraria incurre en un “error categorial” es seguramente el ejemplo más evidente de esto.<sup>67</sup>

### 3. 2. La racionalidad práctica en los enunciados valorativos de la dogmática

Una vez agotado el ámbito de los enunciados analítico-deductivos y de los empíricos,<sup>68</sup> en cuanto al resto de enunciados la dogmática actúa como una ciencia “práctica” –normativa–<sup>69</sup>, no “teórica”,<sup>70</sup> en el sentido aristotélico –y no vulgar– de ambas expresiones. No tiene por objeto una realidad externa, sino la acción humana orientada al fin de una “vida buena”. Muestra, por tanto, una intensa relación con la ética y la política. Como doctrina jurídico-normativa del delito,<sup>71</sup> produce enunciados de atribución de sentido, de valoración y adscripción: pretende conformar un sistema de soluciones justas<sup>72</sup> en la atribución de responsabilidad penal.<sup>73</sup>

---

tanto en el continente como en el ámbito anglosajón. En España, la más relevante es la línea abierta en estos últimos años por MIRÓ LLINARES, «Hechos en tierra de normas», en *LH-Morillas Cuevas*, t.I, 2018, pp. 451 ss. Pero él mismo alude a que, entre otros, sobre todo DÍEZ RIPOLLÉS y MOLINA FERNÁNDEZ han apuntado el camino que sigue. Por lo demás, debe tenerse en cuenta la apelación a la prudencia en esta línea que efectúa HERRERA MORENO, «Nuevo naturalismo punitivo: aspectos de controversia en torno a los discursos penales de base evolucionaria», *REPC*, (20-09), 2018, en particular, pp. 44 ss.

<sup>64</sup> SCHUHR (ed.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, 2014, *passim*, en concreto sobre la aportación a la seguridad jurídica que realizan las teorías axiomáticas.

<sup>65</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, 2019, pp. 43, n. 39, y 53, pone de relieve algo esencial: en la medida en que el sujeto cognoscente es el mismo cuando realiza operaciones cognitivas teóricas y prácticas, aunque se opere de buena fe el deslinde no es nada fácil, ni siquiera para él.

<sup>66</sup> Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 10, n. 2, ya ponía de relieve que hasta las expresiones aparentemente más sencillas y descriptivas necesitan una “*mühsame teleologische Interpretation, ganz zu schweigen von unbestimmten Rechtsbegriffen*”.

<sup>67</sup> Por ejemplo, HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, p. 303 criticando a la teoría de la imputación objetiva que fracasa por razones (supuestamente) “lógico-analíticas”. Sin embargo, también hay que alertar frente al riesgo del “argumento ontológico”. Ya durante el período de vigencia del finalismo se produjo una inflación de argumentos relativos a las estructuras lógico-objetivas en materias que, en realidad, estaban sujetas a valoración.

<sup>68</sup> Sobre su limitación, Arth. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 1990, p. 18; HASSEMER, *FS-Jung*, 2007, pp. 236, 238.

<sup>69</sup> HILGENDORF, «Was heißt “normativ”? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modavokabel», *FS-Rottleuthner*, 2011, pp. 45 ss., 48-49, divide los enunciados del Derecho en tres grupos: *begrifflich-analytisch, deskriptiv y praktisch-normativ*.

<sup>70</sup> SILVA SÁNCHEZ, *GA*, 2004, p. 681.

<sup>71</sup> HILGENDORF, *FS-Rottleuthner*, 2011, p. 61, sostiene que el vocablo “normativo” es un “*bluff*”, que pretende eludir tachas de falta de racionalidad, en particular de fundamentación, sin que se advierta su total ausencia de seriedad. Aquí, como es evidente, no se comparte ese juicio. Valga remitir al profundo estudio de SÁNCHEZ-OSTIZ, en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, 2019, pp. 28 ss., para advertir de la frivolidad de la afirmación de HILGENDORF.

<sup>72</sup> Supranacionales, pero no supraculturales. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», en EL MISMO, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, pp. 23 y ss.

<sup>73</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS*, (2), 2010, pp. 134 ss., 137, poniendo de relieve el insuficiente tratamiento de esta dimensión de la dogmática en el planteamiento de HRUSCHKA: “*De este modo, junto a la dimensión analítica cabría destacar la dimensión ético-normativa de la dogmática dado que, en última instancia, la gran pregunta que ésta acomete es la relativa al sentido de una conducta desde el punto de vista de la correcta atribución de responsabilidad. Una dimensión, por cierto, que al igual que la lógica-analítica se caracteriza también por su supranacionalidad*”.

Naturalmente, cabe discutir cuántos de los conceptos y enunciados que la doctrina dominante presenta como normativos (en la atribución de sentido, la valoración de conductas y en la imputación) lo son realmente. Por eso mismo, también es discutible hasta qué punto cabría reformularlos como enunciados pertenecientes al nivel del análisis lógico-lingüístico o al plano empírico. Un camino importante en este punto es el de cierta “desnormativización” y concreción de algunos de los enunciados valorativos más abstractos.<sup>74</sup> Desde luego, es posible avanzar en la determinación de las propiedades, situaciones o circunstancias empíricas que dan lugar a la emisión de un juicio normativo. Pero este procedimiento de desnormativización tiene un límite.

Por eso tiene que reconocerse que existe un ámbito de la dogmática más allá del propio de los enunciados lógico-analíticos y empíricos. Y asumir que, al cultivar esa dimensión de la dogmática del delito, el profesor de Derecho penal no adopta la perspectiva externa –teórica, pretendidamente neutral– del observador (es decir, la de la tercera persona), sino la interna –práctica– del participante (la de la primera persona que dialoga, respectivamente, con una segunda persona).<sup>75</sup> En efecto, la perspectiva del observador –con todos los matices señalados– se agota en la formulación de los enunciados incluidos en el grupo (i) de la tripartición de HRUSCHKA.<sup>76</sup> Estos, como se ha indicado, surgen en medio de la resistencia que ejercen tanto los conceptos como la estructura misma del objeto de regulación. Los enunciados del grupo (ii), en cambio, son juicios normativos –de atribución de sentido, de valoración o de adscripción– formulados por un sujeto que, en diálogo con otros, participa en el discurso práctico sobre las soluciones correctas a los problemas del Derecho penal. Todo enunciado que se formula en este ámbito refleja a la vez, y necesariamente, también un punto de vista propio así como la tarea personal en busca del Derecho correcto.<sup>77</sup>

El discurso normativo de la dogmática del Derecho penal se desarrolla con varias e importantes constricciones.<sup>78</sup> Es posible que estas no hagan de él una disciplina “científica” –signifique esto lo que sea– pero sí cualificadamente racional (el término clásico es *scientia practica*). Por un lado, tiene lugar, precisamente, la restricción derivada de los enunciados del grupo (i). Estos, junto a las reglas generales de la lógica y las formales de todo discurso, constituyen el esqueleto formal de la argumentación dogmática. Por otro lado, además, el discurso normativo se ve constreñido obviamente por las referencias empíricas.

Ahora bien, además, en el trabajo propio del ámbito de enunciados (ii) pueden advertirse otras constricciones. Estas son:

(a) La restricción objetiva, pues la restricción más evidente de un discurso viene dada por el objeto sobre el que se discute. Por mucho que se admita –y debe admitirse– el pluralismo epistemológico,

---

<sup>74</sup> SCHÜNEMANN, «Einführung», en EL MISMO (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, 1984, p. 60.

<sup>75</sup> Ello conlleva un alejamiento del esquema sujeto-objeto: Arth. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 1990, pp. 25 ss.; EL MISMO, «Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica» (trad. Ollero), *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (50), 2016, pp. 133 ss.

<sup>76</sup> Y de los (se supone) puramente descriptivos de leyes, valoraciones ajenas, relaciones empíricas, etc...

<sup>77</sup> PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal* (trad. Robles/Pastor/Coca), 2019, p. 72.

<sup>78</sup> Muy próximo, SÁNCHEZ-OSTIZ, en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, 2019, pp. 52 ss.

es obvio que la realidad sobre la que hablamos nos limita. Ello vale también para la realidad del mundo de la filosofía práctica,<sup>79</sup> en el que la pregunta no es la de ¿qué es esto? sino la de ¿qué debo hacer? Solo la convicción de que existe lo justo, aunque sea muy difícil –si no imposible– hallarlo de forma definitiva, permite escapar de la sofística.

(b) La constricción hermenéutica, que viene dada por la tradición de la dogmática. Esta constituye desde hace muchos siglos un marco mental desde el que contemplamos la realidad.<sup>80</sup> La idea de continuidad histórica no solo se halla en la base de nuestra formación como juristas (desde los primeros cursos de la Universidad). Además, está claro que consideramos a los autores más representativos de esa tradición multiseccular como verdaderos interlocutores, al releerlos y discutir con ellos. La tradición sienta, en fin, las bases de nuestra precomprensión. La circularidad hermenéutica en la relación del dogmático con los problemas que le ocupan y sus soluciones viene dada por una dimensión comunitaria diacrónica tanto o más que por una pura precomprensión individual.<sup>81</sup>

(c) La constricción pragmática, que proviene de la integración del penalista dogmático en una comunidad contemporánea de discurso. Esta añade, a las reglas generales de los discursos racionales, otras reglas derivadas de su propia *praxis* argumentativa. En efecto, no es solo que nuestra precomprensión sea ampliamente comunitaria. Además, sucede que nos aboca al diálogo.<sup>82</sup> En palabras de GADAMER, la temporalidad y la finitud del ser humano frente a la tarea infinita de la comprensión y de la verdad impiden el control individual (el dominio del objeto). Así, el diálogo expresa la convicción acerca de una participación común en la verdad, que de hecho nos supera.<sup>83</sup> Ese diálogo, como sobre todo ha puesto de relieve HABERMAS, conforma una *praxis* especialmente densa en regulación procedimental, que debe ser respetada.<sup>84</sup>

(d) La constricción histórico-cultural, derivada del espíritu del tiempo.<sup>85</sup> No se suele cultivar la dogmática al margen de la sociedad en la que nos ha tocado vivir. La comunidad dogmática discute

<sup>79</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, 2019, pp. 57-58.

<sup>80</sup> PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, 2019, p. 71: es una “compleja cultura de fundamentación”. Sobre el papel de la tradición en el conocimiento práctico y la ausencia de contradicción entre esta y la razón, cfr. Arth. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 1990, pp. 41-42. Como se ha indicado de forma clara: “La autoridad y la tradición no son impedimentos para el libre desarrollo de la razón, que habría que eliminar, sino que más bien forman el marco conceptual y existencial en que se genera la comprensión”. Se trata de una “aceptación libre y reflexiva del propio pasado, que es capaz de modificar creativamente la tradición a la vez que la transmite a las generaciones sucesivas”, FAZIO/FERNÁNDEZ LABASTIDA, *Historia de la filosofía*, t.IV, 2004, p. 398.

<sup>81</sup> GADAMER, «Problemas de la razón práctica», en EL MISMO, *Verdad y método*, t.II, 2002, pp. 309 ss.

<sup>82</sup> GADAMER, «Texto e interpretación», en EL MISMO, *Verdad y Método*, t.II, 2002, pp. 319 ss.; EL MISMO, «Hermenéutica», en EL MISMO, *Verdad y método*, t.II, 2002, pp. 363 ss., 373.

<sup>83</sup> GADAMER, *Verdad y método*, 2002, t.II, pp. 313.

<sup>84</sup> Con todo, y según luego se reiterará, estas afirmaciones no conllevan la asunción de la perspectiva de HABERMAS. A diferencia de este, y como señala Arth. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 1990, p. 32, entiendo que lo correcto no surge “del” procedimiento, aunque sí surge “en” el procedimiento. Ya Arth. KAUFMANN, «Das Menschenbild im Recht. Rechtsphilosophische Aspekte», *FS-Schüler-Springorum*, 1993, pp. 415 ss. Similar, generalizando, en cuanto a la realidad en sí y la obtención de una imagen de la misma, Arth. KAUFMANN, «Die strafrechtlichen Aussagetheorien auf dem Prüfstand der philosophischen Wahrheitstheorien», *FS-Baumann*, 1992, pp. 119 ss., 121.

<sup>85</sup> PAWLIK, «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenlehre», *GA*, 2014, pp. 369 ss., 375 ss., 380 (con el ejemplo del estado de necesidad agresivo). En cambio cfr. HRUSCHKA, «Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft», *JZ*, (9), 1992, pp. 437-438, criticando la dependencia de la *Rechtspolitik* con respecto a la historicidad o al condicionamiento ideológico.

desde el espíritu del tiempo y con el espíritu del tiempo. Este, a su vez, se manifiesta tanto en una determinada cultura social como en el orden de valores de la Constitución (y los Tratados internacionales de derechos humanos).<sup>86</sup> Una y otra dimensión pueden hallarse, sin embargo, en una tensión más o menos explícita. La Constitución, en efecto, no deja de ser un programa de cuya plena realización la cultura social puede hallarse más o menos distante.

### 3. 3. Racionalidad y texto en la interpretación de las leyes

En fin, cuando el discurso normativo de la dogmática se refiere a una materia regulada en un texto legal –es decir, cuando nos hallamos ante los enunciados del grupo (iii): los “comentarios” a la legislación–<sup>87</sup> se da una constricción adicional a todas las anteriores. Esta viene representada precisamente por el texto. Como se ha señalado antes, cabe desde luego aproximarse al texto desde varias perspectivas, distintas de la simple descripción de su letra.<sup>88</sup> Así, por un lado, es posible hacerlo adoptando un punto de vista de semántica realista, que parte de que dicho texto tiene un significado dado. Este pretende operar mediante enunciados de traducción, exegéticos. Pero, por otro lado, cabe aproximarse también desde una perspectiva fundamentalmente pragmática, que entienda que el significado surge, ante todo, de la *praxis* interpretativa de la comunidad.<sup>89</sup> Esta comunidad interpretativa está institucionalizada e integrada por los penalistas profesionales: jueces, fiscales, abogados y académicos. Sus integrantes comparten, como se ha dicho, una precomprensión hermenéutica de los textos y están a la vez abiertos –en los términos que establece el proceso judicial– al discurso.<sup>90</sup> Ahora bien, pese a la diversidad de las perspectivas de ambos enfoques generales, existe un acuerdo mínimo: el texto ofrece “resistencia” y no se le puede hacer decir cualquier cosa.<sup>91</sup> Tal resistencia no es, en realidad, sino otra forma de denominar al principio de legalidad. En todo caso, quien no ha experimentado personal e íntimamente la resistencia de la cosa,<sup>92</sup> la resistencia del concepto, la resistencia del argumento y la resistencia del texto, tampoco ha experimentado lo que es hacer dogmática.

En aquellos ámbitos del Derecho penal en los que existe un texto, la comunidad de los dogmáticos académicos, del mismo modo que la de los integrantes de la comunidad interpretativa, pero no orientándose solo a un caso concreto, sino desde una aproximación abstracta o intermedia a los distintos problemas, “busca resultados lo más razonables posible”.<sup>93</sup> En ese camino y con ese

<sup>86</sup> El que se sale de ambos marcos puede llevar a cabo una *normative Strafrechtslehre* transtemporal, pero, a cambio de ello, tiene que pagar el precio de una auto-exclusión de la comunidad de discurso.

<sup>87</sup> Para KINDHÄUSER, *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 455 ss., precisamente este plano constituye la dogmática en sentido estricto, que en su opinión es una disciplina interpretativa.

<sup>88</sup> Adoptando un punto medio a este respecto, HASSEMER, *FS-Jung*, 2007, pp. 240 ss., 248.

<sup>89</sup> PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, 2019, pp. 67 ss. Esta es una perspectiva desarrollada ante todo por F. MÜLLER y su línea de trabajo. Cfr. al respecto SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo» al libro de KUDLICH, *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal*, 2018, pp. 15 ss., con referencias.

<sup>90</sup> Esto significa que la dimensión hermenéutica y la pragmática se integran de modo no exento de tensiones, pero en ningún caso contradictorio: cfr., para el ámbito no jurídico, BUSCHMEIER, «Was ist pragmatische Hermeneutik?», en BUSCHMEIER/HAMMER (eds.), *Pragmatismus und Hermeneutik. Beiträge zu Richard Rortys Kulturpolitik*, 2011, pp. 21 ss.

<sup>91</sup> ZAMBRANO, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*, 2009, pp. 59 ss., 64.

<sup>92</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1999, pp. 115 ss.

<sup>93</sup> KUHLEN, en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit*, 2000, p. 36: “streben danach, auf der Grundlage des geltenden Rechts zu richtigen, d.h. möglichst “vernünftigen”, “gerechten” oder “angemessenen” Ergebnissen zu kommen und so



propósito, efectúa valoraciones,<sup>94</sup> que tienen que ir fundadas en razones, reconocidas como tales en la comunidad hermenéutica.

### 3. 4. Los enunciados valorativos como subclase de los normativos

Según una clasificación que recoge HRUSCHKA, en la ciencia del Derecho solo existirían tres clases de enunciados<sup>95</sup>: los descriptivos, los prescriptivos<sup>96</sup> y los adscriptivos.<sup>97</sup> No se alude especialmente a los valorativos (tampoco a los interpretativos: atributivos de sentido o significativos). Ello es debido a que la propia autonomía lingüística de los enunciados valorativos ha sido discutida por un sector de autores. La negación de la autonomía de tales enunciados tiene una clara vinculación con el empirismo y con el emotivismo ético. Así, según un punto de vista muy difundido en la filosofía del lenguaje, un enunciado valorativo es, en realidad, o bien un enunciado descriptivo o bien un enunciado prescriptivo. Se afirma que, entendido como enunciado realmente descriptivo, susceptible de verdad o falsedad, el enunciado valorativo describe simplemente un deseo o una preferencia de quien lo emite. En cambio, se añade, como enunciado en realidad prescriptivo, la valoración es algo menos fuerte que una norma, expresa una emoción y constituye una invitación o recomendación al destinatario.<sup>98</sup>

Los enunciados valorativos pueden ciertamente analizarse desde perspectivas de descripción empírica o de prescripción débil. Pero para la dogmática del hecho punible lo determinante en ellos es su dimensión normativa, que consiste en la asignación a una acción –o a un estado de cosas– de un valor positivo o negativo determinado.<sup>99</sup> En esta medida, los enunciados valorativos deben distinguirse de los descriptivos, de los prescriptivos<sup>100</sup> y de los adscriptivos.<sup>101</sup> Según la clasificación que me parece preferible,<sup>102</sup> los enunciados valorativos son una de las tres subclases

---

*konstruktiv mitzuarbeiten an dem Beitrag den das Recht zur Ermöglichung eines friedlichen Zusammenlebens der Bürger leistet*”.

<sup>94</sup> Como indica KUHLEN, en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit*, 2000, p. 39, de lo contrario, “no se habría podido escribir el libro de Roxin *Autoría y dominio del hecho*, lo que, a mi entender, no habla precisamente en contra de este trabajo” (*Roxins Täterschaft und Tatherrschaft hätte “nicht geschrieben werden dürfen, was m. E. nicht gegen diese Arbeit spricht*).

<sup>95</sup> Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, 1983, pp. 415 ss.; en España ALCÁCER GUIRAO, «Cómo cometer delitos con el silencio», en TOLEDO *et al* (eds.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 21 ss., 25 ss.

<sup>96</sup> Sobre la distinción entre enunciados descriptivos y prescriptivos, que procede de AUSTIN y HARE, cfr. por ejemplo RÜTHERS, *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, § 4, Rdn. 109 ss.

<sup>97</sup> El clásico es HART, «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (49), 1949, pp. 171 ss. Sobre el papel que, en relación con el desarrollo de los enunciados adscriptivos, le corresponde a HRUSCHKA, cfr. SCHNUR, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, 2006, p. 50.

<sup>98</sup> HILGENDORF, en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit*, 2000, pp. 11-12; VON DEN PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, p. 260: las normas “sind als deontische Qualifikation Handlungsleitend”; “Wertungen können menschliches Handeln lediglich empfehlen, leiten es aber nicht wie Normen (...)”; RÜTHERS, *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, § 4, Rdn. 109 ss., distingue, dentro de los *Bewertende Urteile* (o *Werturteile*), los *deskriptive Werturteile* y los *preskriptive Werturteile*, entre los que obviamente se cuentan las normas (Rdn. 113); VON DEN PFORDTEN, *Deskription, Evaluation, Präskription*, 1993, *passim*. Sobre la discutida idea de que toda prescripción presupone una valoración cfr. pp. 357 ss., 375.

<sup>99</sup> Los juicios de tipicidad y de justificación en Derecho penal están claramente integrados por enunciados de atribución de sentido y valorativos.

<sup>100</sup> Los propios de las normas

<sup>101</sup> PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2008, pp. 20 ss.; LA MISMA, «Comprobar, imputar, valorar», *InDret*, (3), 2013, pp. 10 ss.: los juicios de valor deben ser generalizables.

<sup>102</sup> Muy similar, según creo, SÁNCHEZ-OSTIZ, en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, 2019, pp. 47-48. La discrepancia es fundamentalmente terminológica. En la terminología usada aquí, los enunciados

de los enunciados normativos: las otras dos subclases las conforman los enunciados de atribución de sentido y los adscriptivos. Los enunciados normativos de la dogmática del Derecho penal, por tanto, pueden tener por objeto la asignación de sentido a un acontecimiento,<sup>103</sup> la valoración de dicho fenómeno o bien la imputación de este a un sujeto.<sup>104</sup>

A propósito de los enunciados normativos resulta decisiva la determinación de la naturaleza del baremo de referencia. En efecto, la formulación de los enunciados normativos puede tomar como baremo: (a) una normatividad de naturaleza metafísica, representada por determinadas propiedades metafísicas inherentes a las acciones como su bondad o maldad, o por su originación libre. Pero también puede tomar como baremo (b) una normatividad inmanente a la *praxis* social. Es decir, el conjunto de enunciados metalingüísticos cuyo objeto –de pretendida descripción– es la *praxis* (los enunciados lingüísticos) existente en una determinada sociedad en cuanto a la valoración de acciones y a la atribución de estas a sujetos. O bien puede adoptar un baremo (c) integrado por una normatividad trascendente a la *praxis*, pero en todo caso no meta-social. Es decir, el conjunto de enunciados metalingüísticos cuyo objeto de pretendida descripción es la *praxis* de valoración de acciones y de atribución de responsabilidad a los agentes que debería existir de conformidad con un determinado modelo normativo: los fines constitucionales del Derecho penal, una determinada representación social de lo justo, etc.<sup>105</sup> Se supone que este modelo debe poder ser acogido en una sociedad dada (de modo que constituya un deber ser factible), aunque contravenga su *praxis* real. En todo caso, no es descartable que el planteamiento de un autor concreto tome elementos de los tres modelos.

A mi entender, cuando HRUSCHKA formula enunciados valorativos se mueve sobre todo en el ámbito (b) con pocas concesiones al (c). Así, asume ciertamente los principios y reglas elaborados por la doctrina del Derecho racionalista de la Ilustración.<sup>106</sup> Pero presenta los juicios de valor como pura expresión –pragmática– de un juego lingüístico socialmente existente de atribución de derechos y deberes. Más allá de esto, argumenta solo con principios formales como los de coherencia o generalización.<sup>107</sup>

### 3. 5. Fundamentos de los modelos dogmáticos valorativos

---

normativos constituyen el género de las tres especies: atributivos de sentido, valorativos y adscriptivos. En la de SÁNCHEZ-OSTIZ, los enunciados normativos constituyen una de las especies, junto a los valorativos y los adscriptivos, de los enunciados del lenguaje práctico. Adicionalmente, SÁNCHEZ-OSTIZ incluye en los juicios normativos las prescripciones legales. Aquí, en cambio, estas constituyen una clase aparte, al igual que las descripciones. Mi clasificación está fundamentalmente orientada a precisar cuáles son las tres clases de enunciados que los dogmáticos utilizamos en este ámbito (ii), es decir, en el de la ética normativa y la política del Derecho.

<sup>103</sup> A partir de la definición (normativa) de un concepto.

<sup>104</sup> Sobre los puntos en común y las diferencias entre ambos, PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2008, pp. 33 ss.

<sup>105</sup> ROBLES PLANAS, *ZIS*, (2), 2010, p. 139.

<sup>106</sup> HRUSCHKA, *JZ*, (9), 1992, pp. 429 ss.

<sup>107</sup> Por poner solo un ejemplo: HRUSCHKA, «Der Gegenstand der Debatte über die Abtreibung», en BOTTKE/LAMPERT/RAUSCHER, *Schutz des menschlichen Lebens. Ethische, rechtliche und sozialpolitische Aspekte*, 1997, pp. 97 ss., 109: “Personen schreiben wir Würde zu...”; p. 110: “Ob wir aber dem Foetus oder Embryo Ko-Subjektivität zuzuschreiben haben oder nicht, darüber kann im Rahmen einer Debatte über die richtigen Verhaltensregeln nicht gesprochen werden”.

Lo anterior muestra que, en primer lugar, deben distinguirse las valoraciones propias de las descripciones de valoraciones ajenas.<sup>108</sup> Estas últimas son enunciados descriptivos metalingüísticos. En la actividad de la doctrina del Derecho penal no se toman las valoraciones propias como punto de partida, sino que se parte de descripciones de valoraciones ajenas. Como se ha indicado, estas segundas –que se mueven en un metalenguaje– suelen referirse a la valoración compartida por un grupo de sujetos reales o ideales. Por tanto, lo común es que los enunciados valorativos reflejen en realidad el hecho institucional correspondiente a un acuerdo valorativo (real o ideal) alcanzado por varios sujetos.<sup>109</sup> Ese acuerdo constituye el punto de partida de la inferencia de otros enunciados valorativos. La cuestión es, por tanto, qué características muestra el acuerdo – más o menos abstracto– del que un determinado autor parte al exponer luego sus propuestas críticas y de desarrollo.

En Derecho penal ha sido y es especialmente relevante el punto de vista –definido antes en (b)– que pretende describir las valoraciones practicadas en un momento dado en una sociedad y, a partir de ahí, construir deductivamente un sistema del Derecho penal funcional (a aquellas). El punto de partida es aquí la descripción de una normatividad inmanente<sup>110</sup> o, en otras palabras, de una *praxis* de atribución de responsabilidad realmente existente en una sociedad determinada en términos espacio-temporales –en definitiva, de un hecho institucional–.<sup>111</sup> En tal descripción se tiene que adoptar, obviamente, la perspectiva del observador. Pero –inevitablemente– la de un observador que contempla la realidad social desde el sistema del Derecho (penal) y que, además, está sujeto a las precomprensiones propias de la tradición de este. Lo que cabe discutir es si con ello resulta posible eludir por completo la perspectiva del participante y, por tanto, de la interpretación (normativa) que ya no es mera descripción. Seguramente, negar radicalmente tal posibilidad es mucho decir. En todo caso, frente a quien “afirma que describe” las reglas de imputación objetiva y subjetiva ya existentes en una sociedad determinada solo puede argüirse críticamente: (i) la inexactitud en la descripción del modelo social y, en concreto, de sus modos de proceder en cuanto a la valoración de conductas y la atribución de responsabilidad; o bien (ii) la incorrección de sus inferencias en cuanto a la determinación de qué instituciones jurídico-penales y con qué contenidos son funcionales o disfuncionales a ese modelo social; o, en fin, (iii) los errores de traducción de lo anterior al lenguaje de la teoría del delito o la errónea sistematización de esta.<sup>112</sup> De las tres cuestiones, solo la segunda tiene contenido declaradamente valorativo. Pero este contenido, a su vez, se redefine mediante la propiedad de la funcionalidad, es decir, de su aptitud para contribuir al mantenimiento del sistema social de atribución de sentido y responsabilidad. De entrada, la dogmática “normativista-funcionalista” del delito que ha venido propugnando JAKOBS pretende ser normativista, en primer lugar, solo en el sentido de “descriptiva de una normatividad preexistente”. Se mueve, pues, en el plano de un metalenguaje cuyo lenguaje objeto viene dado

<sup>108</sup> HILGENDORF, en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit*, 2000, pp. 29 ss.

<sup>109</sup> Como pone de relieve PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2008, p. 21, los enunciados descriptivos pueden describir tanto hechos naturales como “hechos institucionales”.

<sup>110</sup> “die wahre Benennung der normativen Verfassung der Gesellschaft”: Así, JAKOBS, «Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin», en ENGEL/SCHÖN, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, pp. 103, 105-106, 133. Sobre este aspecto de la obra de JAKOBS, recientemente, STUCKENBERG, «Neukantianismus», en KINDHÄUSER/KREß/PAWLIK/STUCKENBERG, *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, pp. 125 ss., 152 ss.

<sup>111</sup> HILGENDORF, en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit*, 2000, p. 15

<sup>112</sup> O todas las anteriores. O dos de las tres...

por las atribuciones de sentido, las valoraciones y las adscripciones socialmente existentes.<sup>113</sup> El normativismo adicional de la propuesta de JAKOBS sí contiene una premisa fuerte: la de que el sistema jurídico-penal de valoración y adscripción de responsabilidad debe ser precisamente funcional a tal sistema social real. Sabemos, ciertamente, que no puede ser radicalmente disfuncional so pena de verse superado por los acontecimientos. Pero la cuestión de si debe ser precisamente funcional contiene una valoración sobre la legitimidad inherente a ese sistema social practicado que, desde luego, puede cuestionarse.<sup>114</sup>

Con todo, existen planteamientos –distintos del anterior– a los que ya se hizo referencia más arriba en (c).

Así, por un lado, el que, frente a la *praxis* social efectiva, pretende partir en la construcción dogmática de lo que considera las valoraciones fundamentales inherentes al Derecho positivo –constitucional y legal– vigente en un Estado determinado.<sup>115</sup> Por ejemplo, ROXIN y quienes siguen su planteamiento toman como referencia básica la representación del legislador positivo sobre los fines político-criminales del Derecho penal. Los juicios normativos del Derecho penal se construyen entonces desde una perspectiva teleológica, orientada a su mejor contribución a esos fines. Aunque existen límites derivados de la realidad (*Stoff*),<sup>116</sup> el criterio de corrección de tales juicios se halla en una relación de medio a fin con las metas programáticas de una comunidad política concreta.

Por otro lado, el que entiende que es posible elaborar los juicios normativos del Derecho penal no desde una orientación teleológica de uno u otro signo, sino más bien a partir de una determinada representación de lo justo. Esta perspectiva se auto-califica de normativa, pero no funcional. La cuestión es cómo se reconstruye en ella el acuerdo sobre la noción de justicia a partir del cual deben luego elaborarse los enunciados valorativos o adscriptivos más concretos.<sup>117</sup>

### 3. 6. La corrección de las valoraciones

Sentado lo anterior, a propósito de los juicios de valor pueden hacerse dos afirmaciones susceptibles de lograr acuerdo: (i) que existen evidencias valorativas, verdades prácticas, cuyo estatus –con todo– no debe ser identificado con el de las certezas de las ciencias formales o

<sup>113</sup> Esta línea parece ser asumida por KINDHÄUSER, *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 444-445, 447, 463, cuando, tras calificar a la ciencia del Derecho penal como “administradora del Derecho” (*Verwalterin des Rechts*), o “ciencia de la justicia” (*Gerechtigkeitswissenschaft*), identifica el criterio de legitimidad del Derecho penal con la “estructura normativa de la sociedad” (*normative Struktur der Gesellschaft*) o la “autocomprensión normativa del tiempo” (*normatives Selbstverständnis der Zeit*), y a la institución del Derecho penal como “elemento funcional” (*funktionales Element*) a la realidad social.

<sup>114</sup> Cfr. la crítica de SILVA SÁNCHEZ, «Retos científicos y retos políticos», en EL MISMO, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, pp. 38-41.

<sup>115</sup> ROXIN, *Strafrecht AT*, t.I, 4ª ed., 2006, § 7 E, Rn. 72-78. En parte crítico SILVA SÁNCHEZ, «Ein kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht», *GA*, 2011, pp. 312 ss., 315-316.

<sup>116</sup> Sobre estos en el planteamiento de ROXIN y, más aún, en el de SCHÜNEMANN, SILVA SÁNCHEZ, «Política criminal en la dogmática», en EL MISMO, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, pp. 7 ss., 17 ss.

<sup>117</sup> Cfr. NEUMANN, «Vom normativen zum funktionalen Strafrechtsverständnis», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, 1996, pp. 57 ss.; EL MISMO, «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?» en PRITTWITZ/MANOLEDAKIS (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 119 ss., 122, 125.

experimentales;<sup>118</sup> pero (ii) que, más allá de esas verdades prácticas, existe un importante espacio de indeterminación.<sup>119</sup> En este espacio más allá de la evidencia se da ciertamente un margen de apreciación, en el que procede proseguir la actuación cooperativa y admitir las divergencias. Cabe que estas empiecen ya en las premisas, según ya se ha señalado. Así, por ejemplo, puede adoptarse una perspectiva filosófico-política más o menos liberal –individualista o republicana– o comunitarista;<sup>120</sup> y cabe asimismo acoger una perspectiva de filosofía moral deontológica o, en diversa medida, consecuencialista,<sup>121</sup> o ninguna de las dos anteriores. A partir de ahí, el reto consiste precisamente en reducir progresivamente los espacios de relatividad a través de la fundamentación.<sup>122</sup>

Como se ha indicado reiteradamente, nadie razona de modo aislado.<sup>123</sup> Quienes piensan sobre los mismos problemas hablan sobre ellos, van conformando un conjunto, más o menos limitado, de enunciados valorativos y pretenden conformar más espacios compartidos. Así van constituyendo comunidades hermenéuticas. Una de ellas es, desde hace siglos, la comunidad de penalistas. Por eso se ha puesto de relieve cómo la hermenéutica del Derecho penal no es subjetivista. La reconstrucción abstracta de “lo jurídico” se basa en la intersubjetividad propia de la comunidad de los académicos (en la comunidad dogmática). La interpretación y aplicación concreta de la ley al caso se basa, del mismo modo, en la intersubjetividad común de los jueces, fiscales, abogados y profesores de cada país (la comunidad interpretativa). Como ya se ha indicado, las comunidades hermenéuticas se caracterizan por su permanencia y por su simultánea dinamicidad. Por un lado, viven de la tradición; por otro lado, la van modificando. Si la comunidad hermenéutica no es cerrada ni autoritaria, sino abierta y dialogal, existe un *continuum* de entradas y salidas en ella, al tiempo que los propios presupuestos de la comunidad van cambiando. En este sentido, la comunidad dogmática académica tiende a reflejar la estructura de una comunidad de discurso de HABERMAS, aunque obviamente nunca alcance sus condiciones ideales, que son irrealizables. En la comunidad –institucionalizada– que interpreta el texto ante el caso concreto, en cambio, hay inevitables elementos autoritativos (la *potestas* inherente a la posición procesal del juez), así como de interés estratégico (la pretensión de victoria en el pleito que tienen las partes). Estos alteran –es inevitable que así sea– las reglas del discurso, pudiendo discutirse, naturalmente, la medida en que ello tiene lugar.<sup>124</sup> Dos cosas son claras, sin embargo: la *potestas* judicial solo habrá sido ejercida con auténtica *auctoritas* si sus cimientos son racionales y se han ido conformando sobre una base

<sup>118</sup> Arth. KAUFMANN, *FS-Baumann*, 1992, p. 128.

<sup>119</sup> Este no debe conducir en ningún caso a afirmar la imposibilidad de conocer el Derecho correcto: en el sentido del texto, Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 12 ss., crítico frente al relativismo valorativo.

<sup>120</sup> Cfr. la descripción de las diversas posturas en GÓMEZ LANZ, «La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales», *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss.

<sup>121</sup> Cfr. NEUMANN, «Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik», *ARSP*, (44), 1991, pp. 248 ss.; EL MISMO, «Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in *Recht und Moral*», *JRE*, (2), 1994, pp. 81 ss.

<sup>122</sup> PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2008, pp. 25 ss.

<sup>123</sup> La tendencia histórica es sustituir las “cosas” por las “ideas” y finalmente por las “palabras” en el seno de una comunidad dada. Sobre ello, cfr. RORTY/HABERMAS, *Sobre la verdad ¿validez universal o justificación?*, 2007, p. 96. Con todo, la primera premisa debe ser que pensamos y razonamos sobre algo real.

<sup>124</sup> Críticos de modo radical BOVINO/COURTIS, «Por una dogmática conscientemente política», *AFD*, (XVII), 2000, pp. 179 ss., 206, para quienes en el proceso las partes utilizan con irreverencia el discurso dogmático, trastocando, segmentando y aun utilizando piezas contradictorias; todo ello, en términos puramente estratégicos.

discursiva-procedimental; y el interés estratégico de parte debe perseguirse con lealtad procesal. A corregir defectos en lo uno y en lo otro se orienta el sistema procesal de recursos, por mucho que este se cierre también de forma autoritativa en la última instancia.

Dada la exigencia de fundamentación –y si se dan las condiciones formales de un proceso de diálogo (discurso)– cabe esperar que se manifieste la existencia de posiciones no argumentadas, así como que, entre las argumentadas, prevalezca la fuerza del mejor argumento. Pero es posible que no sea así. Por tanto, la obtención de un consenso fáctico no necesariamente determina que los enunciados valorativos que emite el sujeto que lo haya obtenido sean los correctos. Ello sucede aunque se respeten los procedimientos de discurso, que además en la vida real nunca son ideales. La posición correcta solo puede ser, por tanto, la que goza a su favor del mejor argumento o del mejor saldo argumental: la más plausible. Sostener esto presupone, por un lado, asumir una posición de moderado objetivismo y de cognoscitivismo práctico (tanto moral como político y jurídico). Sin embargo, también obliga a ser consciente –por otro lado– de la historicidad y la falibilidad de cualquier propuesta práctica, que tiene que presentarse con humildad y provisionalidad.<sup>125</sup> En este contexto, sin embargo, resulta decisiva la consideración de las razones como criterios objetivos de plausibilidad de los juicios normativos más allá del consenso fáctico.<sup>126</sup>

La cuestión es, ciertamente, por qué al argumentar nos sentimos vinculados por razones que no hemos creado. La atractiva hipótesis de que las razones reflejen una dimensión normativa del mundo en relación con nuestras posibilidades de acción merece una atención que aquí no puede ser desarrollada.<sup>127</sup> Pero en todo caso parece claro que nuestros enunciados valorativos no solo están sujetos a la “resistencia del otro” (los otros sujetos que argumentan), sino también, y más aún, a una “resistencia de las razones”. Esta última la experimentamos incluso como autorrestricción: en concreto, al constatar la imposibilidad de sostener como juicio valorativo “racional-intelectual” una determinada opinión propia de origen “emocional”. La existencia de la comunidad dogmática garantiza, ante todo, que esa resistencia de las razones se haga mucho más abierta y transparente.

Los enunciados normativos –tanto como los lógico-analíticos y los empíricos– forman parte del horizonte hermenéutico (de la precomprensión) de la comunidad dogmática. Ello es así cuando esta se aproxima de modo abstracto al mundo de las acciones humanas –el mundo en su totalidad puede verse como un texto–<sup>128</sup> pero, igualmente, cuando afronta los textos escritos de las leyes penales. Naturalmente, ello conlleva que la dogmática del Derecho penal, al tiempo que conoce el Derecho, lo vaya construyendo y deconstruyendo.<sup>129</sup> Esta afirmación es paradójica, desde luego, y ha sido objeto de muchas críticas. La pérdida de la neutralidad exigible a toda ciencia, la confusión entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, o entre la ciencia jurídica y la filosofía moral y

---

<sup>125</sup> PAWLIK, GA, 2014, pp. 388-389; ya antes, OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, 1989, p. 131.

<sup>126</sup> La formulación de juicios normativos refleja con claridad una *praxis* humana que, como toda nuestra *praxis*, está caracterizada por el dar y recibir razones: NIDA-RÜMELIN, *Humanistische Reflexionen*, 2016, pp. 249 ss., 256 ss., 325 ss.

<sup>127</sup> Sobre ello, a mi juicio esencial, LARMORE, «Der Zwang des besseren Arguments», en WINGERT/GÜNTHER (eds.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. FS-Habermas*, 2001, pp. 106 ss.

<sup>128</sup> La atractiva idea del mundo como texto es propia de la hermenéutica filosófica: GADAMER, «Texto e interpretación», en EL MISMO, *Verdad y Método*, t.II, 2002, pp. 319 ss., 329.

<sup>129</sup> PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, 2019, p. 70.

política, son solo algunas de ellas. Sin embargo, todas las críticas parten de una ontología reduccionista del Derecho *–les paroles de la loi–*<sup>130</sup> incapaz de dar cuenta de qué es en realidad y cómo funciona; y adicionalmente, de cerrar los ojos al hecho de que el saber jurídico tiene una naturaleza práctica. Para quien entiende el Derecho como *praxis*,<sup>131</sup> el hecho de que su búsqueda y su creación vayan a la par es algo que tiene el valor de la evidencia.<sup>132</sup>

#### 4. De nuevo: la dogmática frente al legalismo

Como ya se señaló páginas atrás, la dogmática jurídico-penal, que se inserta en la filosofía práctica y cuyos conceptos son prelegales, no es obviamente ajena a la ley. Tras la aparición de la ley parlamentaria en la tradición europea, una de las prestaciones de la dogmática (legitimar las decisiones correctas) tiene lugar precisamente también mediante la reconducción a la ley de las soluciones que se adoptan.<sup>133</sup> Por eso la perspectiva “legalista” que se autocalifica de antidogmática carece de enemigo real. En efecto, nadie cuestiona que las construcciones dogmáticas tengan que respetar el texto de la ley penal, allí donde esta se ha pronunciado.<sup>134</sup> En cambio, sí sería interesante que los legalistas antidogmáticos mostraran con claridad, de una vez por todas, cómo entienden que se pueden resolver los problemas jurídicos con el único instrumento de la letra de la ley. Frente a la mezcla de impotencia y arbitrariedad que esa pretensión conlleva, hay que sostener que no es respeto, sino todo lo contrario, el rechazo de la necesidad de reconstruir la teleología de las regulaciones legales. En primer lugar, porque la acción legislativa, como toda acción, tiene una teleología genérica e inmanente que se manifiesta en su referencia a algún valor.<sup>135</sup> En segundo lugar, porque la atribución de sentido concreto a una acción tampoco tiene por qué identificarse con la pretensión subjetiva del agente, en este caso, la “voluntad” del legislador histórico como agente colectivo. El texto, sea cual sea la intención de su emisor, adquiere su sentido objetivo en virtud de su inserción en un contexto determinado. Por tanto, la atribución de sentido puede y

<sup>130</sup> Críticos respecto a este reduccionismo, PAWLIK, GA, 2014, p. 372; SILVA SÁNCHEZ, «La tradición de los juristas y la interpretación de las leyes», en SANTOS/HERMIDA DEL LLANO (coords.), *Una filosofía del Derecho en acción. Homenaje a A. Ollero*, 2015, pp. 1589 ss.

<sup>131</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en «Prólogo» a KUDLICH, *Cuestiones fundamentales*, 2018, p. 17.

<sup>132</sup> La dogmática jurídico-penal es ciertamente una disciplina práctica, al menos en un cuádruple sentido del término:

(i) Su objeto, el Derecho penal, es expresión histórica de la *praxis* de una comunidad política.

(ii) Su misión es afrontar dos preguntas prácticas, de las que se derivan todas las demás en un sistema. La de cómo actuar conforme a Derecho (cuál es el contenido de las normas de conducta); y la de cómo tratar a quien no obra conforme a Derecho (cuál es el contenido del supuesto de hecho de la norma de sanción). Los juicios normativos que ocupan a la comunidad de los penalistas son, efectivamente, de naturaleza ético-jurídica y político-jurídica. La comunidad aborda la respuesta a estas preguntas desde la perspectiva de una *praxis* consolidada.

(iii) En particular, cuando existen, las leyes son claramente un objeto de la dogmática. Las leyes son, por su parte, el resultado formal de una *praxis* humana intensamente institucionalizada.

(iv) Pretende auxiliar a la aplicación de las leyes por los jueces (la práctica del Derecho: *die Praxis*), en el marco de la comunidad interpretativa antes mencionada.

<sup>133</sup> ZACZYK, *FS-Küper*, 2007, p. 732.

<sup>134</sup> Por eso no tiene sentido oponer la letra de la ley a la dogmática. Cfr. sin embargo, LAGODNY, «Strafrechtsdogmatik und Strafrechtsdidaktik auf der Suche nach dem Wortlaut des Gesetzes», *FS-Amelung*, 2009, pp. 51 ss.

<sup>135</sup> Cfr. ZAMBRANO, *La inevitable creatividad*, 2009, p. 62; en cambio, la negación de la existencia de valores tras las leyes se halla en textos como el de BOUVIER, «Reglas y razones subyacentes», *Doxa*, (27), 2004, pp. 393 ss., 403, 407-408.

debe realizarse teniendo presente ese contexto.<sup>136</sup> Pues bien, en el caso de las leyes, el contexto viene dado por las prácticas lingüísticas de la comunidad interpretativa. Sostener esto no solo no es incurrir en arbitrariedad, sino que constituye la antítesis de esta. La comunidad interpretativa no deja de tener presentes, por un lado, las aportaciones de una semántica realista –referencial–, que aporta un sentido estático o literal del texto. Pero también considera, por otro lado, las prestaciones de la semántica inferencial así como el horizonte teleológico de comprensión. Con estas herramientas se esfuerza por obtener el sentido del texto, que nunca acaba de estar cerrado de forma definitiva. Así entendida, la interpretación sistemático-teleológica no es una forma más de interpretación de las leyes. Es la forma necesaria de toda interpretación, tanto de las leyes como de cualquier realidad práctica.<sup>137</sup>

### 5. De nuevo: la dogmática frente al decisionismo valorativo

El Derecho penal como *praxis* social se caracteriza, entre otros rasgos, por la racionalidad: una racionalidad tanto formal como material. Sin embargo, como se ha indicado desde el principio, un sector doctrinal entiende que la apelación a argumentos de racionalidad valorativa es, en realidad, un simple velo que pretende encubrir meras opiniones ideologizadas. Veámoslo.

En nuestro tiempo, desde luego, el decisionismo es algo cotidiano. Pero este no solo se manifiesta en un cierto activismo judicial y en las posiciones de los profesores “de partido”. Además, es patente que el decisionismo –hijo del relativismo– tiende cada vez más a convertirse precisamente en doctrina dominante en los debates públicos de ética y política normativa. A ello, sin embargo, no es ajena aquella posición –reacia a aceptar una racionalidad que vaya más allá de lo formal y lo empírico– que entiende que los enunciados valorativos o de imputación no pueden ser juicios racionales objetivos. Esa perspectiva, que parte de la pretensión moderna de certeza como expresión de un pleno dominio sobre el mundo –es decir, del racionalismo cientificista–, desplaza el resto de la realidad no lógica ni empírica al ámbito del irracionalismo subjetivista.<sup>138</sup> Por eso, entiende, como ya se expuso, que los enunciados valorativos solo expresan estados subjetivos de quien los emite. Algo que implica sostener la imposibilidad de razonar sobre ellos. Ahora bien, si todo enunciado valorativo es una mera opinión o decisión de quien lo emite, entonces todos ellos son *prima facie* igual de (i)legítimos. La tendencia a extraer las cuestiones ético-normativas –y entre ellas, la discusión sobre el Derecho correcto– del ámbito de lo racional y de llevarlas al plano volitivo-emocional es uno de los signos distintivos del actual “democratismo” axiológico beligerante frente a una supuesta “expertocracia” en cuestiones valorativas. Para ese democratismo las valoraciones son meras opiniones que no cabe analizar desde la perspectiva de una racionalidad específica, más allá de los criterios formales.<sup>139</sup> Por eso, lo único que cabe hacer

<sup>136</sup> Así, por ejemplo, CROWE, «The Role of Contextual Meaning in Judicial Interpretation», *Federal Law Review*, (41), 2013, pp. 417 ss.

<sup>137</sup> ZAMBRANO, *La inevitable creatividad*, 2009, pp. 59 ss., 73. Ya SILVA SÁNCHEZ, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 660-661.

<sup>138</sup> Lo expone muy bien LLANO, *Humanismo cívico*, 1999, pp. 55-74.

<sup>139</sup> Esto se enmarca en una evolución social más general hacia el emocionalismo infantilista que ya percibió tempranamente FINKELKRAUT, *La derrota del pensamiento*, 1987.



es contar el número de opiniones a favor y en contra de una determinada valoración, para seguidamente inclinarse por la mayoritaria.

Si se aplica esto a la emisión de valoraciones en Derecho penal, la primera consecuencia es asimismo evidente: debe prevalecer la valoración mayoritaria, obtenida a través de los procedimientos institucionales correspondientes. Es decir, mediante el procedimiento legislativo (y el control de constitucionalidad). ¡Pero esto no lo discute nadie! La pregunta es, entonces, por qué a algunos les sigue incomodando la presencia de las “opiniones” de los expertos en Derecho penal. Mi impresión es que el “democratismo” en auge sostiene una posición filosófica que va más allá de afirmar que en un Estado democrático prevalece obviamente la posición mayoritaria expresada en la promulgación de leyes. Lo esencial es que sostiene que la ley promulgada debe ser tenida, por ello mismo, como correcta; o que, en todo caso, no debe discutirse sobre su corrección. En otras palabras, que no hay criterio de corrección más allá del procedimiento legislativo (y de un control de constitucionalidad practicado, eso sí, con un fuerte *self-restraint*). De este modo, sin embargo, este “decisionismo” va mucho más allá de las posiciones decisionistas clásicas. Como con razón expuso en su día Hermann LÜBBE,<sup>140</sup> el decisionismo es la doctrina que enseña que “la validez de una decisión política existe independientemente de la corrección de su contenido”. Es decir, la que separa la cuestión de la validez de las decisiones y la cuestión relativa a su “verdad práctica” (*auctoritas, non veritas facit legem*).<sup>141</sup> Con ello, sin embargo, solo pretende establecer un criterio legítimo de imposición de las leyes como leyes, es decir, aludir a un diseño institucional que permita adoptar soluciones practicables. En absoluto se trata de negar la necesidad de que prosiga la discusión material sobre las razones y la legitimidad de tal discusión.<sup>142</sup> Y, desde luego, jamás pretendería pronunciarse sobre aquellos ámbitos en los que no existe ninguna decisión legal. Pero estos constituyen obviamente una parte muy importante del objeto de la dogmática del Derecho penal.<sup>143</sup>

Cabe la posibilidad de que lo que moleste no sea que los profesores discutan, sino que lo hagan arrogándose ante la opinión pública la condición de expertos. Es decir, su actitud supuestamente elitista. Pero, de ser así, lo erróneo es aludir a una supuesta “expertocracia”. En efecto, en primer lugar carece de sentido trasladar al Derecho penal una discusión que proviene del mundo de la teoría del Estado y trata de tomar posición frente al problema actualizado de lo que siempre se ha llamado “tecnocracia”.<sup>144</sup> No cabe esgrimir los argumentos que son procedentes a propósito de una

<sup>140</sup> LÜBBE, «Decisionismo. Una teoría política comprometida», en EL MISMO, *Filosofía práctica y teoría de la historia* (trad. Garzón Valdés), 1983, pp. 51 ss.

<sup>141</sup> LÜBBE, en *Filosofía práctica*, 1983, pp. 52-54. La referencia a HOBBS y a su propuesta como “solución de paz” en el contexto de las guerras de religión es obvia. No es casual que esta cuestión volviera a surgir de la mano de Max WEBER cuando Alemania se veía envuelta en la tensión insuperable de concepciones antagónicas del mundo.

<sup>142</sup> LÜBBE, en *Filosofía práctica*, 1983, p. 54: “los teólogos pueden seguir argumentando y discutiendo” (lo que se refiere obviamente al contexto de los siglos XVI y XVII); pp. 62-64: en los seminarios “podía seguir librándose la batalla platónica de los gigantes por la verdad del ser”.

<sup>143</sup> Por eso, además, el “democratismo” se opone a lo que denomina hipertrofia de la Parte General del Derecho penal y, en particular, de la teoría del delito. Para él se trata de “demostrar” que el legislador se ha pronunciado, en realidad, sobre todas las cosas...(¡!).

<sup>144</sup> Cfr., de nuevo, LÜBBE, «Acerca de la teoría política de la tecnocracia», en EL MISMO, *Filosofía práctica*, 1983, pp. 31 ss.

burocracia de tecnócratas<sup>145</sup> para oponerse a las propuestas garantistas y limitadoras que sostiene la comunidad académica de penalistas. Pero es que, además, los penalistas académicos no tienen la más mínima posibilidad de gobernar: así que, por muy expertos que sean, no tienen *kratía* en absoluto. En particular, no tiene ningún sentido utilizar, para referirse al supuesto elitismo de los profesores de Derecho penal, las frases de KANT relativas a los “*Philosophen Könige*” (filósofos reyes).<sup>146</sup> Debe señalarse, para empezar, que tales expresiones se enmarcan en una caracterización crítica de los juristas como meros servidores del Estado y de su lógica del poder.<sup>147</sup> Por lo demás, conviene no olvidar que las referidas manifestaciones de KANT enlazan con su escrito sobre “El conflicto de las Facultades”.<sup>148</sup> Lo que KANT pretende en estos textos es anatematizar precisamente al jurista que se desentiende de la búsqueda de la verdad. Pero, en todo caso, es interesante reproducir lo que dice a continuación: “No es de esperar que los reyes filosofen o que los filósofos devengan reyes, pero tampoco hay que desearlo; porque la posesión del poder corrompe inevitablemente el libre juicio de la razón. Pero que los reyes o los pueblos soberanos (que se gobiernan a sí mismos según leyes de igualdad) no silencien o acallen a la clase de los filósofos, sino que les dejen hablar públicamente, resulta indispensable a unos y otros para iluminar sus asuntos y porque la estirpe de los filósofos no es, dada su naturaleza incapaz de formar facciones o grupos de presión, nada sospechosa de la acusación de hacer propaganda”. La afirmación de la existencia de una racionalidad valorativa –y de enunciados normativos más y menos fundamentados– no es expresión de elitismo, ni puede conducir a una actitud de superioridad moral de los académicos.<sup>149</sup> Los problemas y soluciones que ocupan a la dogmática han estado y están, por su propia naturaleza, abiertos al debate público. En concreto, el discurso sobre los presupuestos valorativos del castigo estatal –para el que nadie es profano, sino que todos somos partícipes– obviamente no puede sustraerse al debate de los ciudadanos. Ahora bien, la comunidad académica se rige esencialmente por la razón, aunque esporádicamente puedan injerirse en ella otros motivos menos elevados.<sup>150</sup> En otros discursos sociales, en cambio, los motivos ajenos a la racionalidad valorativa –ideología, intereses, búsqueda de mayorías sociales o políticas, poder, en suma– son consustanciales y suelen pasar por delante de aquella. Estos motivos predominantes determinan que con frecuencia no rijan en ellos ni siquiera los principios de generalización y coherencia. A esto debe añadirse la obvia diferencia de nivel en cuanto al tiempo de reflexión y al instrumental técnico existente en la comunidad académica y en el debate político.<sup>151</sup> La crítica a

<sup>145</sup> LÜBBE, en *Filosofía práctica*, 1983, p. 50: básicamente, la neutralidad fingida. Es decir, que se encubre una determinada ideología.

<sup>146</sup> Véase sin embargo GÄRDITZ, *JZ*, (13), 2016; también PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, 2019, pp. 51-52. Una crítica matizada a GÄRDITZ en PRITWITZ, «Das Strafrecht: Ultima ratio, propia ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?», *ZStW* (129), 2017, pp. 390 ss.

<sup>147</sup> KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1796, Zweiter Zusatz: “*Daß Könige philosophieren, oder Philosophen Könige würden, ist nicht zu erwarten, aber auch nicht zu wünschen; weil der Besitz der Gewalt das freie Urteil der Vernunft unvermeidlich verdirbt. Daß aber Könige oder königliche (sich selbst nach Gleichheitsgesetzen beherrschende) Völker die Klasse der Philosophen nicht schwinden oder verstummen, sondern öffentlich sprechen lassen, ist beiden zu Beleuchtung ihres Geschäfts unentbehrlich und, weil diese Klasse ihrer Natur nach der Rottierung und Klubberverbündung unfähig ist, wegen der Nachrede einer Propagande verdachtlos*”.

<sup>148</sup> KANT, *Der Streit der Fakultäten*, 1798, en el que, entre otras cuestiones, subrayaba precisamente la superioridad de la Facultad de Filosofía sobre la Facultad de Derecho, por la búsqueda de la verdad y de la libertad –en un marco de razón– que es propia de la primera, frente al sometimiento al poder, propio de la segunda.

<sup>149</sup> PAWLIK, GA, 2014, pp. 386-387; EL MISMO, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, 2019, p. 93.

<sup>150</sup> Arth. KAUFMANN, *Gerechtigkeit –der vergessene Weg zum Frieden*, 1986, pp. 122 ss.

<sup>151</sup> Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 50-61, con críticas, a las que ahora me remito, a KUHNEN y PAWLIK, entre otros. Muy importantes son los esfuerzos dedicados por ROBLES PLANAS a la racionalización de las

un supuesto decisionismo valorativo de los profesores se convierte, entonces, en un real abandono de las cuestiones valorativas del Derecho penal al decisionismo social, caracterizado por una mezcla espuria de intuiciones y emociones cambiantes y manipulables.<sup>152</sup> Frente a esto, lo que debe intentarse es que los ciudadanos intervengan en debates públicos racionales e ilustrados por los expertos.<sup>153</sup> Y que en dichos debates se ejerciten en la práctica –intrínsecamente humana– de dar y recibir razones (de argumentar). Pero eso es justo lo contrario de abocarlos a respaldos cuasi-plebiscitarios de decisiones populistas adoptadas estratégicamente. La mentalidad plebiscitaria que padecemos es, precisamente, un reflejo –en absoluto el único– del reduccionismo de la razón y de su pretendida exclusión del discurso práctico.<sup>154</sup>

## 6. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO (2004), «Cómo cometer delitos con el silencio», en TOLEDO *et al* (eds.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 21 ss.

ALWART (1987), *Recht und Handlung -Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu einer analytischen Hermeneutik-*, Mohr Siebeck, Tübinga.

Armin KAUFMANN (1982), «Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel des Strafrechts», en EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Heymann, Colonia, pp. 7 ss.

Arth. KAUFMANN (2016), «Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica» (trad. Ollero), *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (50), pp. 133 ss.

——— (1993), «Das Menschenbild im Recht. Rechtsphilosophische Aspekte», en ALBRECHT *et al* (eds.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Heymann, Colonia, pp. 415 ss.

——— (1992), «Die strafrechtlichen Aussagetheorien auf dem Prüfstand der philosophischen Wahrheitstheorien», en ARZT *et al* (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Giesecking, Bielefeld, pp. 119 ss.

——— (1990), *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, Decker & Müller, Heidelberg.

——— (1986), *Gerechtigkeit -der vergessene Weg zum Frieden*, Piper, Múnich.

BOUVIER (2004), «Reglas y razones subyacentes», *Doxa*, (27), pp. 393 ss.

BOVINO/COURTIS (2000), «Por una dogmática conscientemente política», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XVII), pp. 179 ss.

---

decisiones valorativas en Derecho penal: ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 27 ss.; también, EL MISMO, «La tiranía de la proporcionalidad», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, 2019, pp. 115 ss.

<sup>152</sup> Coincidente, DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, 2019, pp. 51 ss.

<sup>153</sup> Desde luego, aquí incide la diversidad de concepciones sobre la filosofía práctica (y sobre la dogmática). PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, p. 64, sostiene que esta debe limitarse a “sintetizar estructuras de convicción existentes”, sin “reinventar” nada. Ello suena mucho al inmanentismo de JAKOBS. Como antes se ha indicado, existen otras posibilidades y no creo que, por ello, deban tacharse de elitistas o expertócratas.

<sup>154</sup> Cfr. sin embargo, en sentido similar al de HRUSCHKA, KINDHÄUSER, *FS-Yamanaka*, 2017, p. 465.

BRINGEWAT (1974), *Funktionales Denken im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin.

BUSCHMEIER (2011), «Was ist pragmatische Hermeneutik?», en BUSCHMEIER/HAMMER (eds.), *Pragmatismus und Hermeneutik. Beiträge zu Richard Rortys Kulturpolitik*, Zeitschrift für Ästhetik und Allgemeine Kunstwissenschaft (ZÄK), Sonderheft, pp. 21 ss.

CROWE (2013), «The Role of Contextual Meaning in Judicial Interpretation», *Federal Law Review*, (41), pp. 417 ss.

DE SOUSA MENDES (2018), «Über den nicht wissenschaftlichen Charakter der Rechtsdogmatik im Kelsens Denke», *Rechtstheorie*, (49), pp. 87 ss.

DONINI (2019), *Populismo e ragione pubblica*, Mucchi, Modena.

ENGI (2009), «Wissenschaft und Werturteil – Wissenschaft und Politik», *Ancilla Iuris*, pp. 25 ss.

FAZIO/FERNÁNDEZ LABASTIDA (2004), *Historia de la filosofía*, t.IV, Palabra, Madrid.

FEUERBACH (1804), *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, 2002, Nomos, Baden-Baden.

FINKIELKRAUT (1987), *La derrota del pensamiento*, Anagrama, Barcelona.

GADAMER (2002), «Texto e interpretación», en EL MISMO, *Verdad y Método*, t.II, Sígueme, Salamanca, pp. 319 ss.

——— (2002), «Problemas de la razón práctica», en EL MISMO, *Verdad y método*, t.II, Sígueme, Salamanca, pp. 309 ss.

——— (2002), «Hermenéutica», en EL MISMO, *Verdad y método*, t.II, Sígueme, Salamanca, pp. 363 ss.

GÄRDITZ (2016), «Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz», *Juristen Zeitung*, (13), pp. 641 ss.

GIMBERNAT ORDEIG (1999), *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid.

GÓMEZ LANZ (2018), «La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3).

——— (2011), «La aproximación de la hermenéutica a la dogmática penal», *Revista Icade*, (82), pp. 149 ss.

——— (2008), «La interpretación de la ley penal como actividad dogmática», *Revista Icade*, (74), 2008, pp. 37 ss.

GONZÁLEZ VICÉN (1961), «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (VIII), pp. 47 ss.

HAAS (2002), *Kausalität und Rechtsverletzung*, Duncker & Humblot, Berlin.

HART (1949), «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (49), pp. 171 ss.

HASSEMER (2007), «Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik», en MÜLLER-DIETZ *et al* (eds.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 231 ss.

HERRERA MORENO (2018), «Nuevo naturalismo punitivo: aspectos de controversia en torno a los discursos penales de base evolucionaria», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20-09).

HILGENDORF (2011), «Was heißt “normativ”? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modavokabel», en MAHLMANN *et al* (eds.), *Gesellschaft und Gerechtigkeit: Festschrift für Hubert Rottleuthner*, Nomos, Baden-Baden, pp. 45 ss.

——— (2000), «Das Problem der Wertfreiheit in der Jurisprudenz», en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz. Konstanzer Begegnung: Dialog zwischen der Juristischen Fakultät der Universität Konstanz und Richtern des Bundesgerichtshofs*, Müller, Heidelberg, pp. 1 ss.

HRUSCHKA (2005), «¡Repensar el Derecho penal!», en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 235 ss.

——— (2005), «¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?», en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 551 ss.

——— (2005), «La coacción en el sistema del Derecho penal», en HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 197 ss.

——— (1997) «Der Gegenstand der Debatte über die Abtreibung», en BOTTKE/LAMPERT/RAUSCHER, *Schutz des menschlichen Lebens. Ethische, rechtliche und sozialpolitische Aspekte*, EOS, 1997, pp. 97 ss.

——— (1992), «Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft», *Juristen Zeitung*, (9), pp. 429 ss.

——— (1983), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1ª ed., de Gruyter, Berlin.

——— (1976), *Strukturen der Zurechnung*, de Gruyter, Berlin.

——— (1972), *Das Verstehen von Rechtstexten*, Beck, München.

JAKOBS (2007), «Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin», en ENGEL/SCHÖN, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 103 ss.

KANT (1798), *Der Streit der Fakultäten*, Nicolovius, Königsberg.

KANT (1796), *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Nicolovius, Königsberg.

KELSEN (1960), *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Deuticke, Viena.

KINDHÄUSER (2017), «Zu Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft», en JOERDEN/SCHMOLLER (eds.), *Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 443 ss.

KUHLEN (2000), «Wertfreiheit in der Jurisprudenz?», en HILGENDORF/KUHLEN, *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz. Konstanzer Begegnung: Dialog zwischen der Juristischen Fakultät der Universität Konstanz und Richtern des Bundesgerichtshofs*, Müller, Heidelberg, pp. 33 ss.

LAGODNY (2009), «Strafrechtsdogmatik und Strafrechtsdidaktik auf der Suche nach dem Wortlaut des Gesetzes», en BÖSE/STERNBERG-LIEBEN (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafoerfahrensrechts.: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 51 ss.

LARENZ (2001), *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. Rodríguez Molinero, de la 4ª ed. alemana), Ariel, Barcelona.

LARMORE (2001), «Der Zwang des besseren Arguments», en WINGERT/GÜNTHER (eds.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. FS-Habermas*, Suhrkamp, Berlin, pp. 106 ss.

LIPSTEIN (1984), «Recensión a Strafrecht nach logisch-analytischer Methode», *Cambridge Law Journal*, (43-1), pp. 207 ss.

LLANO (1999), *Humanismo cívico*, Ariel, Barcelona.

LÜBBE (1983), «Decisionismo. Una teoría política comprometida», en EL MISMO, *Filosofía práctica y teoría de la historia* (trad. Garzón Valdés), Alfa, Barcelona, pp. 51 ss.

——— (1983), «Acerca de la teoría política de la tecnocracia», en EL MISMO, *Filosofía práctica y teoría de la historia*, Alfa, Barcelona, pp. 31 ss.

MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA (2011), *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.

MERKEL (1881), «Über „das gemeine deutsche Strafrecht“ von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (1), pp. 553 ss.

MEYER (2007), «Bestimmtheit und Normativität des Rechts. Eine Erwiderung auf das Paradigma diskursiver Rechtserzeugung», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (114), pp. 81 ss.

MIRÓ LLINARES (2018), «Hechos en tierra de normas», en SUÁREZ LÓPEZ *et al* (eds.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, t.I, Dykinson, Madrid, pp. 451 ss.

MOCCIA (2003), *El Derecho penal entre ser y valor* (trad. Bonnano), BdeF, Montevideo.

NEUMANN (2000), «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?» en PRITTWITZ/MANOLEDAKIS (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Nomos, Baden-Baden, pp. 119 ss.

——— (1996), «Vom normativen zum funktionalen Strafrechtsverständnis», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, Nomos, Baden-Baden, pp. 57 ss.

——— (1994), «Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (2), pp. 81 ss.

——— (1991), «Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (44), pp. 248 ss.

NIDA-RÜMELIN (2016), *Humanistische Reflexionen*, Suhrkamp, Berlin.

OLLERO TASSARA (1989), *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

ORTIZ DE URBINA (2007), *La excusa del positivismo*, Civitas, Madrid.

PAWLIK (2019), *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena* (trad. Robles/Pastor/Coca), Atelier, Barcelona.

——— (2014), «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 369 ss.

PRITTWITZ (2017), «Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129), pp. 390 ss.

PUPPE (2013), «Comprobar, imputar, valorar», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3).

PUPPE (2008), *Kleine Schule des juristischen Denkens*, UTB, Stuttgart.

RADBRUCH (1993), *Gesamtausgabe*, 2 (Rechtsphilosophie, II), Müller, Heidelberg.

ROBLES PLANAS (2019), «La tiranía de la proporcionalidad», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, Ideas, Lima, pp. 115 ss.

——— (2014), «Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, BdeF, Buenos Aires, pp. 27 ss.

——— (2010), «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (2), pp. 134 ss.

RORTY/HABERMAS (2007), *Sobre la verdad ¿validez universal o justificación?*, Amorroutu, Buenos Aires.

ROXIN (2006), *Strafrecht AT*, t.I, 4ª ed., Beck, Múnich.

RÜTHERS (2005), *Rechtstheorie*, 2ª ed., Beck, Múnich.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2019), «Lo normativo y lo fáctico», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona*, Ideas, Lima, pp. 25 ss.

SAVIGNY (1814), *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1967, Holms, Hildesheim.

SCHUHR (2014), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tubinga.

——— (2006), *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin.

SCHÜNEMANN (1984), «Einführung», en EL MISMO (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, de Gruyter, Berlin, pp. 1 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

——— (2018), «Prólogo», en KUDLICH, *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 15 ss.

——— (2015), «La tradición de los juristas y la interpretación de las leyes», en SANTOS/HERMIDA DEL LLANO (coords.), *Una filosofía del Derecho en acción. Homenaje a A. Ollero*, Congreso de los Diputados, Madrid, pp. 1589 ss.

- (2011), «Ein kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 312 ss.
- (2010), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires.
- (2007), «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», en PAWLIK, *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Heymann, Colonia, pp. 645 ss.
- (2007), «Política criminal en la dogmática», en EL MISMO, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, pp. 7 ss.
- (2007), «Retos científicos y retos políticos», en EL MISMO, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, pp. 23 ss.
- (2004), «Straftatsystematik deutscher Prägung. Unzeitgemäß?», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 679 ss.
- STUCKENBERG (2019), «Neukantianismus», en KINDHÄUSER/KREß/PAWLIK/STUCKENBERG, *Strafrecht und Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 125 ss.
- STUCKENBERG (2007), *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, de Gruyter, Berlin.
- VOGEL (2012), «Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum», *Juristen Zeitung*, (1), pp. 25 ss.
- (2002), «Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 517 ss.
- (1998), *Juristische Methodik*, de Gruyter, Berlin.
- VON DEN PFORDTEN (2010), *Normative Ethik*, de Gruyter, Berlin.
- (1993), *Deskription, Evaluation, Präskription*, Duncker & Humblot, Berlin.
- ZACZYK (2007), «Was ist Strafrechtsdogmatik?», en HETTINGER *et al* (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, pp. 723 ss.
- ZAMBRANO (2009), *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F.