

## Los límites de lo normativo

### Sumario

-

*Los enunciados del Derecho penal (legislación, jurisprudencia y dogmática) presentan carácter normativo. Con el fin de evitar la arbitrariedad de los enunciados que empleamos (el riesgo de constructivismo), es preciso establecer ciertos límites y condicionamientos. Estos límites no son de carácter empírico, sino normativo. Concretamente, se propone que dichos límites provienen de la coherencia lógica, la consistencia valorativa y la capacidad performativa de los enunciados. Establecidos estos límites, se procede a ejemplificar cómo se presentan en diversas operaciones de la legislación, aplicación del Derecho y la dogmática.*

### Abstract

-

*The statements of criminal law (statutes, courts decisions and dogmatics) have a normative character. In order to avoid the arbitrariness (the risk of constructivism) of these statements, it is necessary to establish certain limits and conditions. These limits have not empirical, but normative character. Specifically, here I suggest that these limits come from the logical coherence, the value consistency and the performative capacity of the statements. Having defined these limits, I aim to exemplify how they are displayed in different operations of legislation, application of law and dogmatics.*

### Zusammenfassung

-

*Die Formulierungen des Strafrechts (Gesetzgebung, Rechtsprechung und Dogmatik) sind normativer Natur. Um die Beliebigkeit (das Risiko des Konstruktivismus) bei diesen Aussagen zu vermeiden, ist es notwendig, gewisse Grenzen und Bedingungen festzulegen. Diese Grenzen sind nicht empirisch, sondern normativ. Konkret wird vorgeschlagen, dass sich diese Grenzen aus der logischen Kohärenz, der Wertekonsistenz und der Leistungsfähigkeit der Aussagen ergeben. Sobald diese Grenzen festgelegt sind, wird beispielhaft dargestellt, wie sie in verschiedenen Operationen der Gesetzgebung, der Rechtsanwendung und der Dogmatik zum Ausdruck kommen.*

**Title:** *The Limits to Normative Statements*

**Title:** *Die Grenzen normativer Aussagen*

-

**Palabras clave:** normativismo, constructivismo, dogmática, empirismo.

**Keywords:** *Normativism, Constructivism, Dogmatics, Empiricism.*

**Stichwörter:** *Normativismus, Konstruktivismus, Dogmatik, Empirismus.*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2022.i3.05

-

Recepción

26/11/2021

-

Aceptación

18/05/2022

-

## Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Los enunciados normativos pueden ser verdaderos o falsos**
- 3. Los límites de las construcciones normativas**
- 4. El modo de operar de la dogmática**
- 5. Las operaciones del Derecho**
- 6. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Introducción

Este trabajo toma como motivo una publicación relativamente reciente<sup>1</sup> en la que se defiende la distinción entre lo normativo y lo fáctico en las construcciones del Derecho penal. En dicho trabajo, me propuse clarificar el sentido de la expresión «normativo» cuando es empleada por los penalistas (legislación, jurisprudencia y dogmática). Dentro de un concepto más amplio de conceptos de carácter *comprendivo*, propio del entendimiento práctico (por tanto, también del Derecho), diferencio tres usos del lenguaje: *normativo*, *valorativo* y *adscriptivo*. Estos tres usos son paralelos a otros, de carácter *explicativo*, propio del entendimiento teórico: *descriptivos*, *fácticos* y *conectivos*. En mi opinión, con el fin de evitar la arbitrariedad de los enunciados que empleamos, es preciso partir de ciertos límites y condicionamientos. En particular, pongo en duda que lo empírico (en terminología allí propuesta: lo descriptivo, lo fáctico y lo conectivo), pueda ofrecer un límite eficaz a enunciados normativos.

Pienso que todavía es posible extraer conclusiones más allá de lo que entonces quedó dicho. Este trabajo se plantea como una continuación y desarrollo de aquel trabajo citado, a partir de una de las afirmaciones finales allí empleadas. Concretamente, deseo prestar atención a la idea de que los enunciados normativos admiten juicios de verdad o falsedad, es decir, tienen *dimensión veritativa*, y no sólo fundan declaraciones de voluntad, opiniones de mayor o menor conveniencia, de mera oportunidad, etc.<sup>2</sup> En la medida en que admitan ser juzgados con arreglo a si son verdaderos o falsos, podría prevenirse el reproche de arbitrariedad que en ocasiones se dirige al modo de proceder con los enunciados normativos<sup>3</sup>. Se trata de una visión que parece celarse detrás del calificativo de «normativo» aplicado a una posición o propuesta doctrinal, o de la crítica por abandono de categorías prejurídicas de base<sup>4</sup>. Que las categorías del Derecho penal tienen carácter normativo es una afirmación ampliamente aceptada<sup>5</sup>. La idea va más allá del Derecho penal y abarcaría a todas las instituciones jurídicas: por tanto, no sólo en Derecho penal, sino también en otros sectores. Y además, abarcaría los enunciados empleados por el legislador, los tribunales y la dogmática. Casi parece una tautología afirmar que las categorías del Derecho son de naturaleza normativa. Y esto exige tomar conciencia de cómo proceder con enunciados y conceptos de tal naturaleza, y de los posibles límites de tales construcciones.

<sup>1</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, «Lo normativo y lo fáctico», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA, *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, 2019, pp. 25-59.

<sup>2</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 57-58. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», *InDret Penal*, (4), 2019, pp. 1-31, 19-20.

<sup>3</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, pp. 21-22.

<sup>4</sup> Respecto a la posición de Jakobs, cfr. la visión de ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 5.ª ed., 2020, § 7, nm. 30; SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en EL MISMO *et al.* (coords.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 13-20; EL MISMO, «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 643-654; si bien no abandonando un punto de partida normativo (FS-Roxin, 2001, p. 30; *Modernas tendencias*, pp. 659-661); FEIJOO SÁNCHEZ, «La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 435-544, 473-493. Pero por todos, cfr. las diversas aportaciones compiladas en KINDHÄUSER *et al.* (coords.), *Strafrecht und Gelleschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, 2019.

<sup>5</sup> Es más, a juicio de SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret Penal*, (1), 2008, p. 12, «la discusión sobre el “normativismo” ... hoy está en primer plano en la discusión dogmática española». Pero no lo es menos en la doctrina de lengua alemana. Se percibe una autocomprensión de la doctrina alemana como de carácter normativo con cierta base empírica, y un rechazo del normativismo como exceso a evitar. A mi modo de ver, como se expondrá en el texto, es una cuestión que admite graduación.

Comenzaré con una exposición de cómo entiendo esa función veritativa de tales enunciados (2.). Esto obliga a matizar y distinguir entre el modo de proceder normativo y el constructivismo (3.), y ahí me referiré a los posibles límites de las construcciones normativas, que es el tema central de esta contribución. A continuación, expondré cómo opera lo normativo en las construcciones de la dogmática, sobre todo jurídico-penal, pero no solo (4.), y en diversas operaciones del Derecho: legislación, interpretación, prueba, imputación y valoraciones (5.).

## 2. Los enunciados normativos pueden ser verdaderos o falsos

1. Los enunciados normativos son susceptibles de verdad o falsedad en la medida en que sean acordes o no con la realidad a la que se refieren. Se sostiene, por tanto, una posición de la verdad como correspondencia. Con todo, este concepto de verdad opera de manera diversa en los juicios del entendimiento práctico y en los del entendimiento teórico. En este último, se trata de la correspondencia entre el juicio que se emite sobre la realidad y esta misma realidad, que se halla fuera del entendimiento. En cambio, en los juicios del entendimiento práctico, se trata de constatar la correspondencia de estos con los principios y premisas de los que derivan. En este sentido, intentar comprobar la verdad de los juicios del entendimiento práctico por su correspondencia con objetos del mundo exterior es una pretensión abocada al fracaso. Su criterio de verdad no es la correspondencia o no con un objeto exterior, sino los principios de los que derivan esos enunciados<sup>6</sup>. Se trata de enunciados que sí son susceptibles de verdad, pero de una verdad de carácter práctico. Así, una construcción normativa que no respete esos principios resultaría falsa, no verdadera. Hay por tanto un criterio de correspondencia a efectos de verdad práctica, distinto del empleado en los juicios del entendimiento teórico<sup>7</sup>. Sin esta referencia, aqueja a los enunciados jurídicos el riesgo de caer en la arbitrariedad<sup>8</sup>.

2. Lo anterior pone de manifiesto que el modo propio de los enunciados del Derecho, lo mismo que el de otros saberes referidos a la acción humana, no es de carácter empírico. La tentación de recurrir a juicios de tal carácter puede presentarse ante el riesgo de incerteza, arbitrariedad y variabilidad de las apreciaciones del Derecho. No es extraño así pensar que sea preciso recurrir a referencias estables, y que estas provendrían de los saberes empíricos. En materia de dolo, por ejemplo, no es extraño escuchar o leer que la cuestión reside en determinar el conocimiento y/o la voluntad<sup>9</sup>, en si el agente quería o no quería, tenía intención o no<sup>10</sup>, etc. Pero eso difícilmente se deriva de datos empíricos, sencillamente porque ni voluntad ni intención son fenómenos naturales<sup>11</sup>. Asimismo, en sede de culpabilidad, nuestro acceso a la psique del agente no es posible más allá de las apariencias externas y estas no son propiamente la psique. Por tanto, no

<sup>6</sup> Cfr. también MARTÍNEZ DORAL, *Estructura del conocimiento jurídico*, 1963, pp. 86-87. Cfr. también OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, 1989, pp. 105-107.

<sup>7</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, p. 58, con referencias citadas.

<sup>8</sup> Podrán ser diversos los principios con arreglo a los cuales se constata la correspondencia, pero siguen siendo criterios de comparación y medición de los juicios y conceptos en cuestión. Así, por ejemplo, para FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *CPC* núm. 65, 1998, pp. 271-272, que un concepto sea normativo significa que viene determinado por normas (penales, en este caso), y, en consecuencia, se tiene en cuenta lo que debe ser conocido (pp. 284-285). A mi modo de ver, además de esa fuente de normatividad habría otras (jurisprudencia, dogmática), sin descartar los principios jurídicos y de Política criminal.

<sup>9</sup> Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., 2015, 10/73.

<sup>10</sup> Así, en particular en sede de distinción entre dolo eventual y culpa consciente: cfr. MIR PUIG, *DP. PG*, 2015, 10/89-98.

<sup>11</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (eds.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 57-78, 77.

podrá determinarse la imputabilidad o su ausencia mediante un análisis sustitutivo de la psique. Aparte de que no sabemos muy bien cómo lograr esta certeza tratándose del mundo psíquico interno, aunque se lograra identificar este, seguiríamos con la incerteza, puesto que lo buscado –por así decir– no estaba ahí dentro, sino que era el sujeto mismo actuando. Se trata de algo diverso, algo que se sitúa en un plano distinto del de los fenómenos empíricos.

3. Si no son enunciados empíricos, cabría pensar en la alternativa de huir hacia un constructivismo radical<sup>12</sup> que es común calificar como normativismo<sup>13</sup>. Se trataría de configurar los conceptos, juicios y enunciados mediante un lenguaje propio y libre. Sin embargo, no parece ser esta la forma de lograr certeza<sup>14</sup>, salvo que dichas construcciones sean producto del consenso cerrado y uniforme entre los intervinientes en un uso del lenguaje específico<sup>15</sup>. Es posible que el lenguaje técnico-jurídico presente de alguna manera esta faceta, en cuanto posee un vocabulario propio. De ser así, las categorías jurídicas gozarían de validez reconocida, pero sin contar con cimientos más sólidos que los derivados del consenso; los juristas tendrían libertad para construirlos sin más límite que lograr el acuerdo. Sin embargo, en realidad no proceden así los juristas: se parte de un cuerpo de conceptos asentado que desempeña una función y así se les reconoce. Con otras palabras, no se trata de construcciones arbitrarias o *ex novo*. Se parte en cambio de algunas exigencias a la hora de conceptualizar y emitir juicios en Derecho (y en los saberes de carácter práxico, en general). Por el específico modo de ser la realidad del Derecho, también acecha esta tentación, la del constructivismo<sup>16</sup> (conviene tomar conciencia de que el Derecho emplea a menudo ficciones, presunciones, juicios de valor, conceptos indeterminados,

---

<sup>12</sup> En la medida en que subsista cierta conexión o relación con lo empírico, este constructivismo radical parece empresa difícil de lograr. Por su parte, se refiere SCHÜNEMANN, en *FS-Roxin*, 2001, pp. 13-20, a la posición de Jakobs con los calificativos de «normativismo libre de empirismo» (p. 13), «teoría antiempirista» (p. 15), «teoría puramente normativista» (p. 17), o «normativismo radical» (p. 20), que me parecen exagerados; por su parte, FEIJOO SÁNCHEZ, en *Teoría de sistemas*, p. 483, la califica como «monista-normativa», o de «normativismo universalista». A su vez, entiendo que el normativismo de Jakobs, acusado de estar alejado de todo empirismo, no renuncia a una cierta base en cuanto que, por ejemplo, a la hora de preguntarse por la persona, indica: «lo mínimo es un cuerpo animado» (cfr. JAKOBS, «La idea de normativización en la dogmática jurídico-penal», en EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, reimpr., 2016, p. 21). Pero este elemento mínimo necesario no es suficiente, pues requiere a continuación: «Sólo puede ser persona jurídico-penal activa, es decir, autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente el Derecho. Se trata, como resulta evidente, del concepto jurídico-penal de culpabilidad» (p. 22). Con todo, esa apelación a un mínimo elemento empírico se ve normativizado de inmediato en el concepto de persona de corte hegeliano que emplea Jakobs (cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 528-531).

<sup>13</sup> Sobre todo en la doctrina alemana, el calificativo de normativista y el normativismo vienen asociados a una valoración peyorativa (cfr. n. 12). En estas páginas se prefiere hablar de constructivismo.

<sup>14</sup> Como ha puesto de relieve PUPPE, «Naturalismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal moderna» (orig., GA 1994, pp. 297-318; trad. Pastor Muñoz), en LA MISMA, *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 165, el normativismo (extremo, según entiendo) incurre en el naturalismo que pretendía superar porque construye sus conceptos sin tener en cuenta los criterios descriptivos de sus valoraciones por lo que acaba considerando los hechos a valorar como cosas.

<sup>15</sup> Cfr. GARCÍA AMADO, «Neokantismo y Derecho penal. Sobre el papel y el sentido de la dogmática penal y sobre el papel de los penalistas», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, 2020, pp. 153-157. Discrepo de su visión sobre el papel de la dogmática, que me parece llamada sin embargo a aportar una visión supranacional, y suprapositiva.

<sup>16</sup> Se detecta en ocasiones como calificarlo de normativismo apunta a un riesgo metodológico a evitar (cfr. por ejemplo, ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 8, nm. 54, citando a ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.ª ed., 1965, p. 13). Entre el doble riesgo de incurrir en las «falsificaciones» del normativismo y del naturalismo (o «fiscalismo», p. 14), sitúa Engisch, (p. 15), el enfoque que considera correcto: el punto de vista de lo «social-natural», o de la «experiencia cotidiana» (cfr. también p. 25). Y atribuye el mérito a E. Wolf («Der Sachbegriff im Strafrecht», 1929 y *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, 1931) y Welzel (*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935) de haber abierto e iniciado esa perspectiva (*ibidem*). Con todo, la aspiración a que la visión del jurista se halle marcada por la experiencia cotidiana no es sino un criterio normativo: por tanto, menos empírico de lo que parece.

asignación de efectos, etc.). Estos y muchos otros instrumentos conceptuales se emplean porque la operatividad del Derecho no se da en el plano de lo empírico. Pero esto no significa que se incurra en la mera construcción arbitraria de conceptos. Si el empirismo es un riesgo, también lo es el constructivismo.

4. Podría plantearse –es una hipótesis– como una cuestión de grado o evolución de niveles de mayor o menor estadio de normativización. Entre empirismo y constructivismo se situaría el modo de proceder normativo como un nivel intermedio, equidistante entre aquellos extremos, y como remedio frente a los excesos que estos traerían consigo. Por tanto, habría cierto margen entre la Escala del empirismo y la Caribdis del constructivismo. No me parece, sin embargo, que las cosas sean tan simples. A los saberes práxicos, referidos a la acción humana, corresponden conceptos, enunciados y juicios normativos como algo propio. Y como un saber que se da en sociedad, la búsqueda de certeza es inherente a ellos en cuanto garantiza su aceptación mejor que su contrario. Pero esa certeza posible y viable difícilmente será la seguridad que parecen proporcionar los enunciados empíricos. Renunciar a la certeza no es propio de un saber que aspire a ser calificado como científico, ni de una teoría que pretenda serlo. Esta certeza no deriva de que se parta de una base empírica, pues esta no es idónea para aportar en tal ámbito la seguridad que se busca. Del mismo modo que el constructivismo, atendiendo al contenido de la decisión de la voluntad del que interviene, huye de la incerteza que haría inútiles sus propuestas, el empirismo dice evitar la incerteza de las teorías y apreciaciones no constatables recurriendo a lo natural. Ambos extremos buscan la certeza, y posiblemente no sean tan distantes sus posiciones, en cuanto que los dos se basan en afirmaciones sobre las que hay acuerdo: conceptos compartidos, sea porque son constatables, sea por su reconocimiento en un contexto. Las diferencias vendrían en función del criterio de certeza buscada. Esa supuestamente cómoda, e hipotética, posición intermedia de lo normativo habrá de aspirar también a la certeza, pero ¿con qué criterio? Supone, sin duda, una ardua tarea. Y además, una vez fijado un criterio, no queda garantizado su uso correcto: la seguridad y la certeza no vienen dadas.

5. Si partimos de la base de que conceptos, enunciados y juicios en Derecho –de los saberes práxicos, en general– son de carácter normativo, nos preguntamos por su relación con el empirismo y el constructivismo. No me parece que se trate de una posición intermedia, equidistante, que combine los elementos positivos que pueda haber en los extremos. Y ello, por cuanto no es cuestión de abstraer a partir de realidades naturalísticas (en sentido ascendente), como tampoco de concretar desde enunciados abstractos (en sentido descendente). No lo veo tampoco como una distinción de grado, de progresivo nivel de abstracción, sino como el modo propio de conceptualizar, de formular enunciados y enjuiciar una situación o realidad teniendo en cuenta –y no es un mero matiz– que está por medio la libertad. Es el ámbito de lo normativo. Una vez en el marco de una posición normativa, sí es posible que se den grados de mayor o menor nivel de concreción o referencia a lo empírico. Esta, la libertad, elude toda aproximación empirista o naturalista, de modo que resulta inútil aspirar a «probar» la libertad, o constatar la voluntad, o evidenciar la intención, como quien mide, pesa o cuantifica datos. A la vez, esa misma libertad resiste a una construcción arbitraria. El carácter normativo del saber jurídico ha de llevar a conocer y respetar las condiciones de posibilidad de estas construcciones y a moverse dentro de los límites que le son propios.

6. En definitiva, los enunciados jurídicos (conceptos, categorías y juicios del Derecho) distan de ser algo empírico como también algo arbitrariamente construido, es decir, algo elaborado sin fundamento suficiente. Por no ser empíricos, no son realidades constatables. Y por no ser meros constructos, no son realidades arbitrarias. La realidad del Derecho tiene carácter normativo,

como lo idóneo y propio de una faceta de la acción de seres dotados de libertad que conocen, valoran, enjuician el mundo que se les presenta y actúan. Esta libertad es de carácter transcendental, en cuanto que queda más allá de la experiencia sensible, pero sin abandonar el ámbito de lo empírico en el que se da<sup>17</sup>. Dicha libertad significa que su apreciación se produce en el momento de ejercerse, y no tanto cuando teorizamos sobre ella o nos referimos a ella al margen de la concreta acción libre enjuiciada. De aquí parte el problema de referirnos a la libertad en el procedimiento judicial penal, pues de suyo es un acceso a posteriori a algo que ya tuvo lugar y además no es empírico<sup>18</sup>. Pero también aquí reside el problema de aspiraciones como la prueba del dolo, pues este no se prueba, sino que se infiere sobre la base de datos (muchos de ellos, sí, probados, en cuanto constatados); el dolo es, en cambio, objeto de una operación de atribución o imputación<sup>19</sup>. Ciertamente el mundo de la libertad se entrecruza con el mundo de lo empírico. Y a la vez, el mundo de lo normativo no se halla indemne frente al riesgo de constructivismo, esto es, de elaboraciones o decisiones arbitrarias, sin límites ni operatividad más allá del ámbito de quien las elabore y emplee<sup>20</sup>. En definitiva, aunque el carácter normativo de sus juicios y enunciados es propio del Derecho y los saberes práticos, conviene dilucidar la relación entre aquellos y lo empírico (y el empirismo), por un lado, y el constructivismo, por otro. Dentro de ese modo de proceder de carácter normativo, sí me parece percibir que existen diversos grados o niveles, que son reflejo de cómo se elaboran y proponen los enunciados. En función de cuánto y cómo se entienda el Derecho vinculado o liberado de lo empírico podríamos hablar de grados menores o mayores de normativización<sup>21</sup>. Esta cuestión traslada el centro de atención a si son posibles, y cómo, los límites a los enunciados normativos, que se aborda a continuación.

### 3. Los límites de las construcciones normativas

1. Que el enfoque adecuado es el que se ha denominado «normativo» no significa que lo empírico carezca de importancia, como tampoco que el constructivismo o normativismo extremo no tenga nada que decir. Ciertamente se halla muy asentado en la dogmática penal el enfoque normativo sobre una base, mayor o menor, de datos empíricos, como se percibe, por ejemplo, en materia de dolo (conocimiento...), imputación objetiva (causalidad)<sup>22</sup>, determinación y valoración de riesgos

<sup>17</sup> La acción humana es uno de esos fenómenos que DREYFUS/TAYLOR, *Recuperar el realismo* (orig., 2016), 2016, p. 62, califican como «límitrofe», entre el mundo de las causas y el de la comprensión, «que participan tanto del mundo de la naturaleza como de la libertad» (p. 62). La acción humana se despliega en el espacio de las causas, pero es comprensión, concepto, razones... (cfr. *ibidem*, pp. 138-139) entrelazadas con las limitaciones físicas que percibimos, no como dos planos superpuestos, sino entrelazados (cfr. *ibidem*, p. 134); es más: los niveles biológico y de significado se hallan «profundamente mezclados», «únicamente se encuentran diferenciados nocionalmente» (*ibidem*, p. 180). A la idea de límite apela también SCRUTON, *Sobre la naturaleza humana* (orig., 2017; trad., Carabante), 2018, pp. 40-41, 64, pero aplicado al sujeto humano.

<sup>18</sup> Con palabras de KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, *Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften*, v. IV, pp. 452-453: «Como ser racional y, por tanto, perteneciente al mundo inteligible, el hombre nunca puede pensar la causalidad de su propia voluntad si no es bajo la idea de libertad; pues libertad es independencia (que siempre debe atribuirse a sí misma la razón) de las causas que determinan el mundo sensible. Con la idea de libertad se halla inseparablemente unido el concepto de *autonomía*, y con esta, el principio universal de la moralidad que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de los seres *racionales*, igual que la noción de ley de la naturaleza sirve de fundamento a todos los fenómenos.» (r.o.).

<sup>19</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 357-362.

<sup>20</sup> Con palabras, en otro contexto, de MORESO, *Lo normativo: variedades y variaciones*, 2020, p. 27, «[e]l fenómeno jurídico refleja un rasgo crucial: califica como no opcionales algunos comportamientos humanos».

<sup>21</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, p. 13.

<sup>22</sup> Para Kelsen, primero es la imputación y después la causalidad, como manifestación de la evolución y maduración de la sociedad. En cambio, el hombre de sociedades primitivas asociaba el principio de imputación a la naturaleza. Cfr. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2.ª ed., 1960, § 19 (pp. 86-88); EL MISMO, «Causalidad y retribución» (1941), en *¿Qué es justicia?*, 1992, pp. 195-196; EL MISMO, «Causalidad e

en una sociedad concreta, etc<sup>23</sup>. Sin embargo, el valor limitador de lo empírico es más modesto de lo que parece. En ocasiones, se recurre a la realidad empírica como posible fundamento, y por eso mismo como limitación al modo de proceder normativo. Y así, se dice que el dolo ha de basarse al menos en el conocer del sujeto, y que tal conocer es un dato psicológico que habría de comprobarse<sup>24</sup>. Se suele partir de que el riesgo de la conducta en el sentido del tipo es el enfoque correcto, pero siempre que mantenga un sustrato causal<sup>25</sup>. También, que la culpabilidad se basa en el reproche, por ejemplo, pero sin abandonar cierta referencia a la concreta situación psíquica del agente, médicamente determinada<sup>26</sup>. Y los ejemplos podrían continuar. De este modo, lo empírico operaría como un elemento mínimo necesario<sup>27</sup>, y por tanto como una barrera insustituible y, por eso mismo, infranqueable<sup>28</sup>. La aspiración, de entrada, resulta loable y se comprende como reacción a un modo de proceder normativo desmedido del que cabría esperar, sobre todo, excesos y arbitrariedades<sup>29</sup>. Entonces, con el fin de impedir que acabe en constructivismo, parece que el mejor antídoto sería pertrecharse con una cierta dosis de realidad empírica. Sin embargo, cabe dudar de la capacidad limitadora de lo empírico, como también temer el riesgo de derivar en un constructivismo sin límites.

2. Respecto a lo primero, la conveniencia de pertrecharse con una cierta dosis de realidad empírica<sup>30</sup>, me permito traer a colación dos situaciones en las que se ha recurrido a lo empírico y esto no ha ofrecido la resistencia propia de un límite. Por un lado, lo sucedido en algunos planteamientos sobre el papel de las neurociencias: en la medida en que se recurre a ellas como

---

imputación» (1950), *ibidem*, pp. 225-228. El proceso de «desmitologización» gracias al pensamiento causal no supone una explicación suficiente, sino que sustituye un mito por otro. Sería, entonces, el pensamiento normativo de la idea de imputación (al modo «no-kelseniano») el que da entrada a criterios y categorías adecuadas.

<sup>23</sup> No faltan planteamientos de combinar los resultados de saberes empíricos con los de la dogmática: cfr. la propuesta de MIRÓ LLINARES, «Hechos en tierra de normas: Una introducción epistemológica a la relevancia de la realidad fáctica en el Derecho penal», en SUÁREZ LÓPEZ *et al.* (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Morillas Cueva*, 2018, pp. 451-473; EL MISMO, «Cientismo, dogmatismo y Derecho penal», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, 2020, pp. 279-288.

<sup>24</sup> Cfr. en este sentido, la crítica que dirige RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 189 ss., a la «determinación del dolo», sobre todo cuando se trata de la averiguación de un fenómeno psicológico (pp. 259-271).

<sup>25</sup> Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 11, nm. 46, en donde se mantiene la causación como «límite último de la posible imputación». Cfr., sin embargo, las dificultades para determinar la causalidad y el resultado, en PUPPE, *El Derecho penal como ciencia*, pp. 141-152.

<sup>26</sup> Así, en SCHÜNEMANN, en *FS-Roxin*, 2001, pp. 23-30, en donde propone en sede de culpabilidad, una mutua relación entre elementos *descriptivos* (la inevitabilidad individual) y *normativos* (la reprochabilidad y exigibilidad), en virtud de lo que denomina «Brückenprinzipien» (p. 25, «principios-puente», en *Modernas tendencias*, pp. 656, 659), citando a H. Albert, que operarían como elementos de engranaje entre los modos descriptivo y normativo del lenguaje (p. 30). Entre estos «principios-puente» se halla el de que el *deber supone poder*, por ejemplo (p. 25).

<sup>27</sup> Cfr. DíEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 1990, *passim*.

<sup>28</sup> Cfr. MIR PUIG, «Límites al normativismo en Derecho penal», en ALONSO GARCÍA *et al.* (eds.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 672-674. Cfr. asimismo la propuesta de DíEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, pp. 304-312, de una perspectiva psicológico-individual, pero sin renunciar a la normativización en el Derecho penal, que considera «irrenunciable» (p. 304).

<sup>29</sup> Como representante de esa «falsificación» normativista sitúa ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, p. 13, a Kelsen, refiriéndose precisamente a la idea de persona como centro de imputación. Según entiendo, el enfoque normativo no significa desprenderse de la realidad a la que se refieren, y sobre la que se afirman los conceptos y enunciados normativos. En todo caso, en ese enfoque normativo hay grados.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, la propuesta de LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 210-213, al menos para el anclaje del dolo y la culpabilidad en datos ontológicos («determinados aspectos de ese contexto ontológico», p. 213). Cfr. *ibidem*, pp. 213-214, sus reservas ante los enfoques normativos movidos por consideraciones preventivas. Cabe observar, sin embargo, que los riesgos de excesos preventivos se pueden dar también en construcciones empiristas, en la medida en que la pena sea vista como un tratamiento quirúrgico, por ejemplo. El riesgo de excesos preventivos no se conjura con una dosis mayor de empirismo.

patrón científico válido, también para realidades como la libertad, la consecuencia es que se extraen consecuencias de carácter normativo a partir de una base empírica<sup>31</sup>. En fin, un supuesto en el que lo empírico ni limita ni es tan seguro como se esperaba. Por otro lado, consideremos cómo lo empírico cede a merced de intereses constructoristas sin escrúpulos. Se percibe que lo empírico ofrece poca resistencia cuando de lo que se trata es de construir una realidad al margen de aquello. En la medida en que se afirma que las diversas facetas de la personalidad son producto de una construcción cultural, previa deconstrucción de lo físico, químico, natural, etc., se pone de manifiesto su escasa capacidad limitadora.

Esto podría llevar a pensar que se trata de excesos evitables ateniéndose al lenguaje de la naturaleza; sin embargo, lo natural en los seres humanos es racional y es social<sup>32</sup>, de modo que ya no es tan empírico<sup>33</sup>. Ante esta escasa capacidad, otra posible reacción sería la de desconfiar de lo empírico también. Y no falta razón a este planteamiento: la realidad que presentamos como empírica se halla frecuentemente mediada por parámetros, unidades de medición, formulaciones etc. que le restan carga empírica. Así, hasta algo tan físico como el transcurso de la luz durante el día se establece en virtud de unidades convencionales –normativas, pues– de medida: minutos, horas, días, estaciones... Y eso genera la consabida cuestión de decidir cuándo acaba el día y cuándo comienza la noche. *No cabe sino una solución normativa a lo que es un problema de índole normativa*. En realidad, no es una realidad empírica entrecruzada o imbricada con enunciados de otro carácter, ni tampoco algo normativo limitado por lo empírico. Se trata más bien de algo netamente normativo expresado para resolver un problema que es también normativo: en el ejemplo de la medición del tiempo, el de decidir sobre las horas y los días en una comunidad de personas libres<sup>34</sup>. Que en la determinación de un problema normativo se recurra a lo empírico no es una forma de traicionar el punto de partida y caer en el empirismo desde el ámbito de lo normativo, sino la más sensata manera de enfocar el problema: contar como punto de partida con los condicionantes físicos, químicos, estadísticos, etc. Por eso, no me parece ajeno a la dogmática jurídico-penal contar con datos empíricos, siempre que cada saber respete su modo de proceder propio<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Para PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y psicología de sentido común», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, 2020, pp. 875-885, «debemos cambiar por completo nuestro lenguaje y nuestro aparato conceptual a la hora de definir el concepto de dolo y de intentar probarlo: que debemos fundamentar la atribución de responsabilidad penal por delito doloso en algo más que en puros juicios psicosociales de atribución ... y acoger, en cambio, los conceptos y categorías propios de la ciencia cognitiva» (p. 884). Mi planteamiento difiere de este enfoque, si por ciencias cognitivas se entiende solo las de carácter empírico, por partir del carácter normativo del saber jurídico, pero sin la ingenuidad de pensar que, a partir de ahí, resultan fáciles las operaciones de interpretación, prueba, imputación, etc. Por otra parte, en las ciencias cognitivas confluyen planteamientos no empíricos (filosóficos) a tener en cuenta.

<sup>32</sup> Cfr. el planteamiento de ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.ª ed., 1965.

<sup>33</sup> Para NUSSBAUM, *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad, justicia* (orig., 2014), 2018, p. 120, se sitúa la relevancia de lo subjetivo en el cristianismo, frente al pensamiento judío, y los estoicos. Con todo, esta referencia subjetiva no es empírica, sino normativa a su vez.

<sup>34</sup> Sobre la dimensión y sentido del tiempo, cfr. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, pp. 67-109, en donde se destaca la dimensión natural frente a la medición (convención) práctico-natural de ese fenómeno (cfr. *ibidem*, pp. 108-109).

<sup>35</sup> En particular, es digno de mención, el esfuerzo que en años recientes viene desplegando MIRÓ LLINARES, en *LH-Luzón Peña*, pp. 279-288, partidario de un adecuado «pluralismo metodológico» que, para evitar «la tendencia a mantener alejada la argumentación sobre el Derecho penal y la política criminal de otras disciplinas científicas que podrían constituir un apoyo», dé entrada a los saberes empíricos y se supere lo que «podría denominarse de “aislacionismo científico del Derecho penal”» (p. 286), en la línea de buscar un «*pluralismo compatible*» en lo metodológico (p. 284, citando a Stephanie Ruphy). Se trata «de incorporar al desarrollo de nuestro saber otros conocimientos procedentes de la ciencia para, respetando el pluralismo metodológico, buscar la compatibilidad y eficacia para la mejora de nuestro sistema» (p. 284), y así «hacer más sólidos tanto los fundamentos axiológicos

3. Con todo, también es arriesgado recurrir y emplear enunciados normativos sin percatarse del posible peligro de incurrir en *constructivismo*. El constructivismo presenta el riesgo de que sus productos resulten inviables, sea de manera absoluta (nadie los puede comprender o aplicar), sea de manera relativa (más allá de los hablantes que emplean esa expresión)<sup>56</sup>. Podría hablarse así de una exigencia de «compartibilidad», en cuanto capacidad de un enunciado para ser asumido por otro<sup>57</sup>. La carencia de esta capacidad, su inviabilidad, hace que el enunciado no sea normativo sino expresión de ese constructivismo que venimos rechazando. Por tal entiendo la elaboración de enunciados, conceptos y juicios sin respetar las exigencias de razonabilidad compartida<sup>58</sup>. Se trata de construcciones lingüísticas cuya eficacia no trasciende el ámbito del propio grupo de hablantes, de manera que tiene escasa influencia (un juego del lenguaje de corto alcance). Los enunciados normativos son también construcciones lingüísticas, pero dotadas de eficacia en una comunidad de hablantes y más allá de estos, si se desea hacerlos valer. Y en efecto, el lenguaje perdura en el tiempo, se transmite. Aunque evolucione, lo hace sobre la base de consensos compartidos que paulatinamente se adaptan manteniendo una duradera estructura básica de sintaxis. El conjunto de los enunciados jurídicos es un mundo de presunciones, ficciones, valoraciones, atribuciones etc. que empleamos. Un enunciado de carácter normativo (por ejemplo, que el dolo exige conocimiento; o la culpabilidad requiere normalidad motivacional; o la autoría se basa en el dominio del hecho; y tantos otros que nos resultan familiares) tiene valor en cuanto resulta coherente entre los que lo emplean y en el conjunto del ordenamiento, esto es, en el conjunto de otros enunciados normativos presentes y pasados, y con capacidad de perdurar. Sin embargo, cuando empleamos enunciados de ese estilo sin la necesaria coherencia, incurrimos en ese constructivismo que vengo describiendo. Así, por ejemplo, si se afirmase que, como la tentativa exige dirigir peligro contra un bien jurídico, eso se daría cuando el agente abriga en su interior pensamientos de odio contra alguien, entonces estaríamos proponiendo un enunciado que no es coherente con otras decisiones, antiguas y recientes, que operan en ese mismo ordenamiento (sería incoherente exigir eso mientras no es algo percibido exteriormente).

4. La situación ahora descrita respecto al valor de las realidades empíricas y de los enunciados constructivistas nos lleva a calificar como falacias ciertos modos de proceder. Así, cuando recurrimos a una realidad empírica y aspiramos a extraer de ella consecuencias normativas, incurrimos en la falacia de hacer decir a la realidad algo que no puede. Se trata, obvio es decirlo, de una manifestación más de la falacia naturalista. Más allá de que no acaba de agradarme el uso de tal expresión («falacia naturalista»), veo preferible indicar aquí que se trata de la falacia de extraer de la realidad empírica enunciados, juicios y valoraciones de orden normativo<sup>59</sup>. A la vez,

---

de nuestro sistema como la relación de las mismas con las bases de la realidad de las que proceden y a las que se dirigen» (p. 283).

<sup>56</sup> Cfr. la crítica que traza PUPPE, *El Derecho penal como ciencia*, pp. 137-171, al modo de elaborar los enunciados la dogmática jurídico-penal de corte normativista (constructivista).

<sup>57</sup> Cfr. la aportación de PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2011, pp. 756-813, quien, partiendo del carácter normativo del dolo (pp. 756-774), propone criterios de aceptabilidad de la posición del agente respecto al control del propio riesgo: recurre a la idea de «la *atendibilidad objetiva* de la explicación que ofrezca el sujeto de las razones de su comportamiento» (p. 766, r.o.), como base para poder afirmar la racionalidad de estas: «no será atendible, esto es, será epistémicamente infundada o injustificada o, más simplemente, *irracional*, si importa una pretensión o manifestación objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistemológico de que se trate» (p. 767). Entiendo que su propuesta podría trascender el ámbito del dolo, que es para el que se formula.

<sup>58</sup> Crítico con el contenido y operatividad de la idea de racionalidad, DíEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, pp. 111-116, 316.

<sup>59</sup> Puede ser de interés recurrir a la idea de problemas convergentes y problemas divergentes que propone SCHUMACHER, *Una guía para los perplejos* (orig., 1977), 2019, pp. 185-195. Afrontar problemas mediante la técnica, con los niveles primarios del conocimiento, conduce a soluciones convergentes: cuanto más se sabe, mejor se

también es posible incurrir en la «falacia normativista» de dar entidad normativa a cualquier aspiración del hablante<sup>40</sup>. Una actitud que merecería el calificativo de «adanista», sin duda<sup>41</sup>.

Sendas falacias no se evitan con una co-respectiva carga de carácter constructivo o empírico, según sea el caso. En concreto, el riesgo de la falacia empirista no se ve conjurado con una adecuada dosis de conceptos normativos; ni evitamos el riesgo de la falacia constructivista a base de recurrir a lo empírico como contrapeso. Pienso que ambas posiciones pueden estar en la base de la pretensión de buscar límites empíricos a las construcciones del Derecho o la dogmática jurídica<sup>42</sup>. Así, cuando en sede de culpabilidad exigimos una patología psiquiátrica para la eximente de enajenación mental, o una situación química en el organismo para la de intoxicación<sup>43</sup>; como base empírica, puede ser un mínimo punto de partida, pero que no resuelve la cuestión clave sobre la culpabilidad y sus límites.

En cambio, me parece que no podemos elaborar los enunciados de un saber normativo como es el Derecho, al margen de otros saberes de carácter normativo, pero respetando también entonces sus condicionamientos<sup>44</sup>. En este sentido, se perciben algunos intentos dignos de mención: por un lado, con la orientación hacia las ciencias cognitivas, siempre que en estas se incluya algo más y algo diverso que lo empírico, como la Filosofía, por ejemplo<sup>45</sup>; por otro, la propuesta metodológica de atender a las Ciencias sociales y la Filosofía social mediante una teoría intersubjetiva o interpersonal de la comunicación<sup>46</sup>; y, por otro lado, la invitación a tomar en cuenta los saberes de carácter normativo en ciertos ámbitos y cuestiones<sup>47</sup>.

---

soluciona el asunto. En cambio, en ámbitos donde impera la libertad, la cultura y en definitiva los niveles más altos del conocimiento, los de la comprensión, los problemas conducen a soluciones divergentes. Intentar tratar los problemas de la libertad como cuestiones de técnica es impropio, inidóneo.

<sup>40</sup> Muy gráficamente critica PUPPE, «Vom Naturalismus zum Normativismus, von der Systematik zur Topik. Der Niedergang der deutschen Strafrechtswissenschaft vom Allgemeinen Teil», *ZIS*, (4), 2020, p. 144, el normativismo por su preterición de lo fáctico, de los hechos: lo que califica como el «horror facti» de la dogmática normativista (del constructivismo, diríamos mejor). Cfr. además LA MISMA, *El Derecho penal como ciencia*, p. 164, donde defiende cómo «no podemos salir adelante sin un cierto naturalismo» (empirismo, diríamos mejor).

<sup>41</sup> Uno de los problemas del constructivismo radica en que procede como si hiciera Biología, pero no *sub ratione materiae*, sino *sub ratione voluntatis*. Es decir, el *voluntarismo* de que los enunciados designen lo que ahora deseamos que designen. Y eso, más que un saber jurídico, es propio de una ideología que quiere imponer una realidad a pesar de toda resistencia del objeto. Ese modo de proceder no contaría con la resistencia que ofrece el objeto al que se refiere, sino que lo construye y modela.

<sup>42</sup> Hay que abandonar la visión de que lo normativo sería una fase más evolucionada del conocimiento humano, un estadio superador del mundo de lo empírico, sinónimo de primitivo. Si de seres humanos se trata, con libertad, ambos puntos de vista se dan cita en todo momento. Me parece claro que la relevancia que damos a algunos elementos normativos puede crecer conforme avanza la civilización. Asimismo, parece claro que los progresos científicos se dan allí donde se abandona lo primitivo. Como también es posible grandes avances en un ámbito, con retrocesos en el otro.

<sup>43</sup> Cfr. sobre esta última, CASANUEVA SANZ, *La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad*, 2019, la denominada como fórmula «psiquiátrico-psicopatológica» (p. 174).

<sup>44</sup> Además del ya mencionado «pluralismo metodológico» que propone Miró Llinares en *LH-Morillas Cueva*, 2018, pp. 451-473 y en *LH-Luzón Peña*, pp. 279-288, para combinar los resultados de saberes empíricos con los de la dogmática.

<sup>45</sup> Así, la propuesta de PAREDES CASTAÑÓN, en *LH-Luzón Peña*, pp. 875-885.

<sup>46</sup> Concretamente, en FEIJOO SÁNCHEZ, en *Teoría de sistemas*, pp. 493-513.

<sup>47</sup> Cfr. CIGÜELA SOLA, «Compliance más allá de la ciencia penal. Aportaciones de la sociología de las organizaciones al análisis de la criminalidad corporativa y de la imputación jurídico-penal», *InDret Penal*, (4), 2019, pp. 1-35: si bien el autor opone (pp. 3 y 5) las ciencias normativas (Ética y Derecho) a las no normativas (Sociología de la organización, Criminología y Psicología), entiendo que es posible construir una Sociología o una Criminología empíricas, como también combinarlas en mayor o menor grado con enunciados normativos.

5. Según entiendo, la objeción de que lo empírico proporciona escasos límites a los enunciados normativos sigue en pie<sup>48</sup>. La realidad empírica no es el límite definitivo o terminante, porque el enfoque jurídico escapa a lo empírico, lo «desnaturaliza» cuando lo emplea, y esto hace que se rebase el «límite» según se vea oportuno. Los límites, como venimos diciendo, han de tener carácter normativo a su vez<sup>49</sup>. Estos límites son de coherencia lógica, así como de consistencia valorativa y de capacidad performativa. Se trata entonces de destacar cómo lo normativo tiene sus leyes.

Y entre estas «leyes» está el que merezca el calificativo de incoherente un enunciado i) que no respete la lógica (principios de identidad, no contradicción, y de tercero excluido, por ejemplo). De este modo, sería arbitrario por incoherente pretender que una y la misma realidad (el dolo, por ejemplo) signifique algo distinto en lugares sistemáticos diversos (el tipo y la culpabilidad, por ejemplo). La teoría del delito, por su sistematicidad y elevado grado de consenso, puede aportar coherencia lógica. Pero nada está garantizado: comenzando porque el consenso es más aparente que real en cuanto se desciende a la cuestión del concreto significado de cada concepto doctrinal, y acabando en que en la teoría del delito confluyen no pocas instituciones valorativas como las de bien jurídico, ponderación, pena, libertad, sancionabilidad y otras muchas. En efecto, el consenso es menos real y amplio en cuanto se entra en las particulares posiciones sobre el contenido de cada categoría, lo cual puede dar en incoherencia lógica si se emplea por otro autor sin las necesarias salvedades. A su vez, esas variadas categorías no son entes aislados, sino conceptos mutuamente conectados, de modo que una afirmación en uno de ellos no pasa sin consecuencias en otros, y es obligado coordinar lo que se diga en cada una de esas categorías con el resto, en la medida en que se hallan entrelazadas.

Esto hace que la coherencia lógica deba completarse ii) con la consistencia valorativa. En efecto, es preciso respetar las decisiones que ya constan en el ordenamiento, o en el proceder de la dogmática, o en percepciones asentadas. Así, es preciso mantener la afirmación de lo que se dice proteger (la dignidad, por ejemplo) y los concretos bienes y personas que se dice tutelar (sea cual sea su condición). Concretamente, se trata de reflejar el orden de valores y principios que forman parte de la identidad de la sociedad<sup>50</sup>. A este respecto, me parece importante respetar las decisiones que históricamente se hayan tomado (al menos mientras no se reformen por el procedimiento legalmente establecido), y que se hallan en la base de la configuración de las instituciones sociales y nos permiten autocomprendernos. En cambio, una renuncia a abordar las referencias valorativas supone facilitar el camino de la dogmática hacia el decisionismo<sup>51</sup>.

En este mismo sentido, el respeto de otros saberes *normativos*<sup>52</sup> es adecuado, pero en el bien entendido de que el punto de vista, el objeto formal *quo*, de la dogmática jurídico-penal no tiene

---

<sup>48</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, pp. 51-52. Para SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, p. 13: «el discurso normativo se ve constreñido obviamente por las referencias empíricas».

<sup>49</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, pp. 51-57.

<sup>50</sup> Para FEIJOO SÁNCHEZ, en *Teoría de sistemas*, p. 484, esta es la alternativa metodológica al funcionalismo normativista de Jakobs, aunando la normatividad y la legitimidad.

<sup>51</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, pp. 25-26.

<sup>52</sup> Cfr. CIGÜELA SOLA, *InDret Penal*, (4), 2019, pp. 1-35. Como expresa el autor, y teniendo en cuenta que son posibles las aproximaciones a los fenómenos organizativos desde otros saberes, «no basta –como ha ocurrido hasta ahora– con que los penalistas tratemos de integrarlas [sc., ciencias no normativas] en los dominios de nuestro propio lenguaje (dogmático), sino que además hemos de realizar el esfuerzo de comprender lo que otras ciencias, más habituadas al fenómeno organizativo, tienen que decir acerca de qué es y cómo funciona este sujeto social, tan nuevo y tan extraño para nosotros.» (p. 5), y al «igual que la comprensión e imputación del delito individual necesitó de las aportaciones de otras ciencias como la filosofía moral, la antropología o la psicología para

por qué coincidir<sup>53</sup>. Sería temerario que la dogmática se construyera al margen de las aportaciones de esos otros saberes, como también que se entregara y cediera su papel a lo que establezcan aquellos. ¿Y las aportaciones de los saberes *empíricos*? Por la misma razón señalada, sería temerario volver la espalda a la ciencia natural, por ejemplo, como también entregar la dogmática a la física. Se trata de no ignorar, de tener en cuenta, las aportaciones de esos saberes, por una razón normativa de prudencia y sensatez que evite una dogmática irreal<sup>54</sup>. Se trataría de un *imperativo de atender a lo empírico por razones normativas*. Esto requiere respetar el modo de ser y el punto de vista de cada saber.

A la coherencia lógica y la consistencia valorativa sigue –debe seguir– el velar iii) por la capacidad performativa de los enunciados, juicios y valoraciones. Se trata, en definitiva, de que los enunciados normativos sean viables, posibles en el entorno de las personas a las que se dirigen<sup>55</sup>. De este modo, un enunciado que sea de imposible cumplimiento, o de inviable realización (porque no llega a sus destinatarios, por ejemplo, o les exige conductas que no está en su mano llevar a cabo), perdería su carácter normativo, para convertirse en una pretensión constructivista. Y aquí cobra de nuevo sentido la oportunidad de atender a lo empírico y otros saberes, siempre que cada ciencia adopte y mantenga el enfoque y objeto formal *quo* que condiciona los juicios y enunciados que emita.

6. Podría pensarse que estos límites no son barreras tan infranqueables como sería de desear. O bien que son escasamente útiles por su indefinición. O bien que no aportan capacidad de resistencia por ser ellos mismos de naturaleza normativa (así, incurriendo incluso en una petición de principio). Sin embargo, no veo más límites que los propios de los saberes prácticos. Esto no significa que la realidad empírica carezca de relevancia<sup>56</sup>, sino que nos interesa en cuanto realidad que «habla el lenguaje» de lo normativo<sup>57</sup>. Así, por ejemplo, si se recurre a la causalidad como requisito mínimo y previo de la imputación objetiva, eso no significa que algo empírico «se implante» o «injerte» como tal en lo normativo, sino que aquella se «desnaturaliza» al comprobar que un factor es causal del resultado de esta acción: en definitiva, es ya un límite de carácter normativo<sup>58</sup>.

En particular, prestemos atención a la posible capacidad limitadora que ofrece la resistencia del objeto<sup>59</sup>. En la medida en que somos sujetos inmersos en el mundo natural a la vez que en el

---

perfeccionarse, la comprensión e imputación de delitos en el ámbito organizativo debe nutrirse, en igual medida, de los conocimientos de la sociología, la psicología y la criminología de las organizaciones» (p. 30).

<sup>53</sup> Sobre dicho objeto formal *quo*, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, p. 33, n. 16.

<sup>54</sup> En palabras de JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 44: «si se pretende que el Derecho mantenga su capacidad de conexión en la vida cotidiana, no puede contradecir de manera radical las constataciones cotidianas consolidadas».

<sup>55</sup> Así, la propuesta de SCHÜNEMANN, en *Modernas tendencias*, pp. 25-31, si entiendo bien, de respetar ciertos «principios-puente» que garantizan la coherencia de los planteamientos.

<sup>56</sup> Cfr. el valor que le asigna SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, p. 13.

<sup>57</sup> La cuestión tiene más relevancia de lo que puede parecer a primera vista. Se encuentra ahí toda una manera de entender nuestra relación con la realidad que nos circunda. Y podemos pensar que nuestro conocimiento es una manera de acceder a ese mundo, a través de ciertas formas de mediación o conexión. Esta manera de ver es la que ha dominado la modernidad, y se halla en discusión: cfr. DREYFUS/TAYLOR, *Recuperar el realismo*, pp. 42-43.

<sup>58</sup> Cfr. *supra*, n. 41.

<sup>59</sup> Puesto que somos sujetos inmersos en el orden tanto de lo empírico como de lo valorativo, puede suceder que percibamos lo normativo en clave de realidad empírica, como si el Derecho o las normas se impusieran por sí solas. Y puede suceder también que percibamos e interpretemos nuestro entorno empírico en clave de acción humana y responsabilidad; con otras palabras, estaríamos utilizando lo normativo como prisma de la realidad empírica o natural. Así, cuando vemos intenciones en sucesos naturales. Un caso de este mecanismo de atribución como la

mundo de la libertad, dicho objeto sería una condición necesaria con la que contar. Es razonable que sea así. Y lo es porque difícilmente tendrá capacidad performativa –eficacia– un enunciado normativo que no respete el ser de los objetos naturales a los que se refiere. En tales casos, es una exigencia de racionalidad la que nos lleva a respetar el objeto en cuestión. Se trataría de un límite, no de lo empírico, sino de algo normativo (racionalidad, etc.) sobre la realidad natural.

7. Una alternativa no poco teorizada es la de buscar estándares previos de generabilidad (así, Kant) o de consenso (así, Rawls), pero es dudoso que realidades claves de la persona y la sociedad sean fácilmente objeto de acuerdo sin poner en ellos todas las implicaciones materiales que llevan consigo, por lo que se trataría de algo menos formal de lo que se anunciaba. En todo caso, una construcción normativa, en cuanto propia del mundo de la praxis, esto es, de personas libres, se da en sociedad, y requiere por eso mismo la confrontación pública de opiniones<sup>60</sup>. No es descartable el consenso que pueda alcanzarse, sino que es un objetivo a lograr. En este contexto, me parece importante destacar que el ámbito de las decisiones normativas no puede excluir puntos de vista o posiciones solo porque tengan visiones omnicomprendivas. Me refiero en concreto a la ilusoria pretensión de excluir tras el velo de ignorancia visiones de la persona, la sociedad o el Estado que sean expresión de una particular postura sobre el bien (una postura omnicomprendiva). Así, resultaría inadecuado excluir posiciones –también normativas– sobre la persona, la familia, la libertad, el Estado, entre otras, por el hecho de que provengan de una determinada visión del mundo. De este modo, planteamientos de origen religioso no pueden excluirse porque sean de tal carácter. Esto supondría ya, en cuanto negación de la religión, una toma de postura religiosa<sup>61</sup>. En definitiva, un enfoque pretendidamente aséptico sobre el bien y los bienes en sociedad no parece fácil, quizá porque no sea posible. Pero sí es posible, y resulta imprescindible, comenzar por respetar las tres exigencias de coherencia, consistencia y capacidad performativa al elaborar propuestas sobre qué proteger, a quién hacer responsable y cómo.

#### 4. El modo de operar de la dogmática

1. Entre las categorías del Derecho penal que experimentan más clara normativización se encuentran las de la teoría general del delito y ya la primera, la de la conducta. La operación de atribuirnos responsabilidad pone de manifiesto que no nos referimos a realidades empíricas, sino a creaciones que los juristas realizan para abordar algo que escapa a los instrumentos de

---

acción mediante supuestas intenciones se expone críticamente en NUSSBAUM, *La ira y el perdón*, pp. 42-43, cuando menciona el estudio estadístico de casos de reacciones humanas violentas ante máquinas expendedoras que no funcionaban (en algunos casos con consecuencias dramáticas: dos muertes).

<sup>60</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, pp. 20-22, y n. 132.

<sup>61</sup> Como puso de manifiesto SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* (orig., 2009), Barcelona, 2011, cap. final, no es posible abordar temas que afectan a las personas sin implicar posiciones sobre el bien. Cfr. ya antes, SANDEL, *El liberalismo y los límites de la justicia* (orig., 1982), Barcelona, 2000, *passim*, respecto a su visión crítica del planteamiento de RAWLS (y de KANT).

medición<sup>62</sup>. Pero esto no aligera el trabajo de la dogmática, ni exige de buscar fundamentación y razones de plausibilidad, algo arduo y a menudo complejo<sup>63</sup>.

Así, que la conducta humana sea algo más que movimiento en el espacio, algo distinto que la mera transmisión de impulsos nerviosos, forma parte de cualquier conceptualización al uso. Con todo, no siempre ha sido así, y para comprobarlo basta con acudir al concepto naturalista de acción como inervación sensible, despliegue de causalidad<sup>64</sup>. Incluso esa naturalización queda en una vana pretensión en la medida en que identificar un proceso y asociarlo a un sujeto es ya desnaturalizarlo. Y es que seccionar y seleccionar la realidad de los fenómenos es emplear criterios diversos de la mera «naturalidad». Así, los conceptos de acción que se emplean son normativos por cuanto distinguen lo acaecido de lo realizado, lo que pasa de lo que hacemos. Conceptos de acción como los propuestos por los diversos autores de la doctrina penalista son normativos, no porque respondan a una intencional búsqueda de «desnaturalizar» –valga la expresión– la realidad, propia de la idiosincrasia del que define ese concepto, sino porque es el modo de referirnos en Derecho penal a los objetos que nos corresponde. En definitiva, toda identificación de un objeto desde el punto de vista del Derecho es ya un producto normativo. Y esto no es algo excepcional, sino el modo propio de manejarse en Derecho.

2. La afirmación anterior resulta confirmada plenamente a la hora de analizar la imputación objetiva. Razones hay para dudar de que dicha operación sea propiamente un juicio de carácter imputativo como tampoco de carácter solamente objetivo<sup>65</sup>. Pero no es preciso llegar a tanto para apreciar que en el juicio de imputación objetiva se dan cita las determinaciones del legislador en un tipo concreto y la subsunción de lo fáctico en esa premisa. Y eso es normativo en cuanto que se parte de un criterio abstracto desde el cual se valora la realidad fáctica. Tópicos como los de riesgo típicamente relevante, ámbito de protección de la norma, adecuación social, riesgo permitido... son de carácter normativo en cuanto que son valoraciones, y no porque se asocien a las leyes emitidas por el legislador. Si acaso, la positivización es una consecuencia del carácter que tiene esa operación humana de medir, sopesar o calificar lo que percibimos. La percepción de la realidad va acompañada de suyo de esa valoración. Que el legislador aspire a regular conductas humanas es algo que resulta ser normativo desde su origen, porque eso supone contar con la libertad. Y esta no es algo empírico, natural, por más que las neurociencias la persigan en los microsegundos de la inervación sensible. La imputación objetiva es un ámbito claro de la

---

<sup>62</sup> El modo de operar el jurista no supone una construcción teórica alejada de la realidad a la que se refiere, sino que es un modo propio de conceptualizar y abstraer esa realidad: cfr. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, p. 22. Por eso mismo, los enunciados jurídicos no entran en competencia con los de los científicos naturales, como tampoco con las construcciones filosóficas. El jurista ve la realidad a través del prisma propio, sin que eso suponga incurrir en constructivismo (*ibidem*, pp. 23-24).

<sup>63</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, p. 20: «quien no ha experimentado personal e íntimamente la resistencia de la cosa, la resistencia del concepto, la resistencia del argumento y la resistencia del texto, tampoco ha experimentado lo que es hacer dogmática».

<sup>64</sup> Así, «el delito [es] acción, esto es movimiento corporal voluntario. De forma más precisa: movimiento corporal voluntario, es decir, movimiento corporal consciente y determinado a través de las representaciones»: v. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs*, 1.<sup>a</sup> ed., Berlin, Leipzig, 1881 (reimpr., Goldbach, 1997), § 19, p. 70 (r.o.). Sobre este concepto naturalístico de acción, cfr. las consideraciones críticas de ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, pp. 36-37, para quien el concepto de acción se halla por encima de la realidad del mundo natural, pero sin incurrir en los excesos del «normativismo».

<sup>65</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, «¿En qué medida imputa y es objetiva la “imputación objetiva”?», en *La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, pp. 105-117. Previamente, «Ist die “objektive Zurechnung” objektiv und zurechnend?», en HEINRICH/JÄGER et al., *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, 2011, v. 1, pp. 361-375.

operatividad de categorías de carácter normativo<sup>66</sup>. Es más, se enfoca como el conjunto de criterios para valorar un factor como algo típico<sup>67</sup>. Ya he mencionado una serie de tópicos, y lo mismo cabría decir del estadio del análisis de la realización del riesgo en el resultado. Y eso porque la adjudicación de responsabilidades entre autor, víctima y terceros es algo netamente jurídico y, por tanto, valorativo. Con todo, el empeño en reservar un espacio relevante a la causalidad no parece muy coherente<sup>68</sup>, salvo que lo entendamos como una opción normativa de selección de factores relevantes que, en esa medida, se «des-ontologiza». Por otra parte, la separación entre «conducta típica» e «imputación del resultado» á la Frisch no resta normatividad al enfoque: tanto una como otra presentan carácter normativo<sup>69</sup>.

3. Si centramos la mirada en una realidad vinculada a lo psicológico, como es el dolo, parecería que ahí conocimiento y voluntad aportarían exigencias empíricas y no normativas. Pero como es fácil de ver, ni en planteamientos naturalistas como el de v. LISZT el enfoque empírico era el adecuado. Y no podía serlo porque la captación del dolo como causalidad psíquica no deja de ser una metáfora de algo que no presenta dimensiones empíricas (el conocimiento y la voluntad)<sup>70</sup>. Sea como fuere, las diversas posiciones del dolo son menos psicológicas –y por tanto, menos empíricas o naturalísticas– de lo que se pretende<sup>71</sup>. Si del dolo pasamos a la imprudencia, el carácter normativo de los elementos y conceptos se ve reafirmado, porque la idea misma de error y de vencibilidad exige sopesar la realidad no por lo que empíricamente es, sino por la valoración que de ella se desea efectuar. Por tanto, pasa a primer plano la finalidad de esa figura. Y en el ámbito de la autoría y participación son asimismo criterios normativos de decisión sobre el concepto mismo de autor y sus partícipes los que se imponen<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> Cfr. por todos, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2001, pp. 55-85.

<sup>67</sup> En palabras de ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 11, nm. 46: «En definitiva, cometido de la imputación como tipo objetivo es ante todo indicar las circunstancias que hacen de una causación (límite último de la posible imputación) una acción típica».

<sup>68</sup> Así, el planteamiento de ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 11, nm. 1, quien reconoce que no hemos logrado aclarar la operatividad de las causas, pero «que ese uso habitual del lenguaje resulta inofensivo para la aplicación práctica del Derecho» (nm. 4). A este respecto, resultan muy gráficas las palabras de GIMBERNAT ORDEIG, «La causalidad en Derecho penal», *ADPCP* 15 (1962), pp. 543-580, 547: a la intromisión de las ciencias extrajurídicas «hay que achacar, en gran parte, la desproporcionada importancia alcanzada por el problema causal en nuestra disciplina: las teorías que se suceden buscan apoyo en otras ramas del saber, mientras que la ciencia del Derecho –la propiamente llamada a dilucidar la cuestión– asiste a la polémica como espectadora.» (cfr. EL MISMO, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (orig., 1962, 1966), 1990).

<sup>69</sup> Cfr. FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2004, con aportaciones diversas de sendos autores.

<sup>70</sup> Para el concepto de dolo, cfr. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, p. 39, en donde insiste en su punto de vista de elaboración de los conceptos jurídicos sobre la realidad de la vida cotidiana.

<sup>71</sup> A este respecto, es muy ilustrativo repasar la concepción de ROXIN sobre el dolo. La «esencia del dolo» es el desarrollo o realización del plan (ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 12, nm. 6), si bien valorando dicho plan objetivamente (*ibidem*), lo cual ya no es algo tan psicológico, sino que se ha convertido en un criterio que está más allá o que supone normativizar la supuesta realidad empírica. Y cuando propone criterios o directrices de interpretación de los tipos (nm. 15), está aportando elementos de valoración para una realidad que escapa a la percepción. Es más, es una tarea sumamente difícil la de verter lingüísticamente de forma adecuada un fenómeno que es psicológicamente muy sutil y en el que operan tendencias irracionales y conscientes solo relativamente (nm. 27), de modo que se trata entonces de considerar como eventual o como directo unos casos y otros en función de criterios normativos. Para concluir que la idea de decisión del agente, como todos los conceptos jurídicos, ha de enjuiciarse según parámetros normativos y no como puro fenómeno psicológico (nm. 30). En definitiva, es clave el punto de vista desde el que se valora, sin que sea posible una precisión matemática (nm. 73).

<sup>72</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *ADPCP* 45 (1992), pp. 491-514, 495.

4. Y es sobre todo en sede de culpabilidad donde se percibe la normativización más palmaria. Se trata ciertamente del concepto normativo por antonomasia: a partir de planteamientos naturalistas, asistimos a su progresiva «desnaturalización» o «desempirización» hasta llegar a su plena normativización<sup>73</sup>. Ideas como las de reproche, imputabilidad, conocimiento de la norma, poder actuar de otro modo, etc. han acabado por extraer la culpabilidad del mundo de lo meramente causal o empírico, si es que alguna vez hubieran podido estar solamente ahí. Así, se entiende la afirmación de que en la actualidad un concepto de culpabilidad de carácter normativo es correcto y dominante<sup>74</sup>. Sin embargo, sería erróneo entender que la culpabilidad fuera el lugar de la normativización. El modo de afrontar otras categorías del delito, como se ha expuesto, es suficiente para evitar esa visión de la culpabilidad como reducto o ámbito privativo de lo normativo.

5. Nuestro análisis del carácter normativo de las categorías de la teoría del delito podría proseguir y entrar más en detalle, pero no es necesario si de lo que se trata es de constatar que es un modo de proceder generalizado y asentado<sup>75</sup>. Es el modo de proceder de los conceptos jurídicos<sup>76</sup>, y no solo algo excepcional en algunos de ellos a modo de «decisión arbitral» ante la dificultad de que impere lo bio-psicológico. Entran aquí los desarrollos doctrinales de los últimos 40 años: la orientación a los fines, desprendiéndose de realidades ontológicas<sup>77</sup>. Más allá de que el contenido de lo «ontológico» está por concretarse, parece claro que se evita lo empírico (biológico, psicológico, neuronal, etc.). Y así, esas posiciones se autocomprenden como concepciones moderadamente normativas (o normativas con mala conciencia<sup>78</sup>, podríamos decir). Es más, parecen gozar de amplia aceptación. De los enfoques teleológicos y funcionales dirá ROXIN que van en aumento<sup>79</sup>.

6. En realidad, la normativización de las categorías es algo propio de saberes como el Derecho<sup>80</sup>. No es cuestión, según se viene exponiendo, de optar por una visión más o menos normativizada, o una más o menos empírica, sino de ser conscientes de que nuestro modo de proceder es de

<sup>73</sup> Con el riesgo que se percibe en ello: cfr. PALMA, M.F., «Inimputabilidad y oportunidad en Derecho Penal (entre la psiquiatrización del Derecho Penal y la judicialización de la Psiquiatría)», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, 2020, pp. 583-596.

<sup>74</sup> Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 19, nm. 11, 15. Entre los planteamientos más recientes, cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, pp. 373-390.

<sup>75</sup> Por aquí va la ciencia del Derecho penal en la actualidad, sobre los avances del finalismo y neoclasicismo (cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 7, nm. 23, siguiendo a Gallas). Con todo, siguen siendo necesarias decisiones valorativas frente al ontologicismo finalista (cfr. *ibidem*, nm. 24).

<sup>76</sup> Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 12, nm. 30.

<sup>77</sup> Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 7, nm. 26.

<sup>78</sup> Así, ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 7, nm. 27; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., 1973 (trad. de la 1.ª ed., 1970, Muñoz Conde: *Política criminal y sistema*, 1972), *passim*. Sobre el planteamiento de JAKOBS, cfr. ROXIN/GRECO, *ibidem*, nm. 30; SCHÜNEMANN, en *FS-Roxin*, 2001, pp. 13-20; EL MISMO, en *Modernas tendencias*, pp. 644-652.

<sup>79</sup> Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 7, nm. 32. Con todo, su enfoque se desmarca de lo «normativista», pues quiere estar –afirman– cerca y atento «lo más exactamente posible a la realidad de la vida» (ROXIN/GRECO, *ibidem*, § 8, nm. 75). No resulta extraño que la idea se encuentre ya en una de las tempranas aportaciones del primero, a propósito de la obra de Radbruch: ROXIN, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», en Arth. KAUFMANN (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968, pp. 260-268, 265. Sobre el significado del funcionalismo, resulta esclarecedor FEIJOO SÁNCHEZ, en *Teoría de sistemas*, pp. 437-438, en n. 5.

<sup>80</sup> Cfr. Díez RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 301: «toda la problemática estudiada puede reconducirse a una dicotomía fundamental, aquella que transita entre el enfoque atento a la descripción y averiguación de la realidad psíquica subyacente a los elementos subjetivos, y el que pretende convertir la formulación y constatación de tales elementos en un proceder fundamentalmente normativo».

carácter normativo. Y, conscientes de esto, contar con los límites para que no se convierta en el reino de la arbitrariedad. Allá donde nos referimos a la libertad, la conducta humana, la imputación, la responsabilidad, por ejemplo, el lenguaje que empleamos es el de juicios y enunciados no empíricos. Esto se debe a que tales realidades trascienden lo mensurable-empírico, ya que se sitúan en el plano de la comprensión. A esto ya me refería en el lugar citado<sup>81</sup>. Deseo ahora insistir en que no se trata de una mera peculiaridad de ciertas categorías de los penalistas, como si la imputación objetiva y la culpabilidad, por ejemplo, fueran el espacio para lo normativo en medio de un mundo dominado por la causalidad y lo empírico (a modo de reparto equitativo de cuotas entre un enfoque y otro). Se trata del modo propio de proceder de la dogmática jurídica<sup>82</sup>.

7. Pero que la dogmática opere mediante conceptos de carácter normativo no significa que sea el reino de la arbitrariedad como en ocasiones parece oponerse con recelo o prevención<sup>83</sup>. Ya el dato de que, tras siglos de mayores o menores avances de las civilizaciones, podamos seguir entendiéndonos y empleando un patrimonio conceptual compartido es síntoma de que no nos movemos en el dudoso ámbito de lo arbitrario, ni en el difuso campo de lo imprevisible, ni menos todavía en una caprichosa irracionalidad. Que podamos adoptar decisiones arbitrarias y erróneas es algo que cabe imaginar, y sucede no pocas veces, como es fácil comprobar. Comprobar que tales decisiones son erróneas es algo posible desde parámetros de corrección que proporcionan los principios y premisas normativas<sup>84</sup>, y desde estos podemos afirmar que se tratan de errores, de enunciados «falsos», por no verdaderos. Incluso aquellos intentos de «fisicalizar» el Derecho mediante su anclaje en lo biológico o lo empírico en general no han conducido precisamente a resultados más respetuosos con aquellas realidades y valores humanos que nos enorgullecemos de defender. Me refiero, sin ir más lejos, a las consecuencias de un positivismo naturalista que lo mismo defiende la causalidad física y psíquica como la intervención médica coactiva para prevenir delitos<sup>85</sup>.

Con todo, la dogmática actual no parece correr este riesgo tanto como el de su sustitución por un decisionismo autocomplacido y excluyente de propuestas valorativas. Algunas visiones de la dogmática aspiran a presentarla como autoritaria o como instrumento de autoritarismo. Ponen de relieve una opción excluyente de quien no se resista a ceder a la pretensión antidogmática. Sin embargo, la alternativa que se ofrece es entregarse a un mero juego de opiniones – decisionismo – en búsqueda de la mayoritaria, y expulsar los controles de racionalidad del debate. Consenso, sí, pero meramente técnico-numérico. Y ahí la racionalidad, la verdad práctica (incluso la verdad teórica), no tienen cabida<sup>86</sup>. Esta desconfianza hacia la dogmática recuerda el

<sup>81</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, pp. 28-35.

<sup>82</sup> Muy gráficas las palabras de JAKOBS, *Sobre la normativización*, pp. 34-35, a propósito de la causalidad en Derecho penal: «si el sistema del Derecho penal hace uso de la causalidad en sentido científico-natural, ello no sucede porque ésta fuera algo predado para la sociedad, sino porque la sociedad ha elevado esa causalidad a un criterio de sentido, de modo que cuando éste no es respetado, sólo puede constatar un sinsentido».

<sup>83</sup> Cfr. la defensa de la labor dogmática que efectúa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reivindicación de la (buena) dogmática», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, 2020, pp. 129-139.

<sup>84</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, pp. 25-59.

<sup>85</sup> Cfr. la crítica en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 52. Es llamativo que se resalte la faceta del v. LISZT garantista, cuando va en dirección contraria otra faceta de su obra, la de sus propuestas intervencionistas en materia de penalidad y delinquentes peligrosos. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, pp. 345-346, n. 96.

<sup>86</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, pp. 23-26.

reproche lanzado por las «filosofías de la sospecha» y, a juicio de las críticas vertidas, por razones no muy distintas de estas. Se sospecha de la dogmática, y de los dogmáticos, y por eso se les excluye sin exigirse previamente un mínimo de los requerimientos ideales para el discurso que se dice defender.

## 5. Las operaciones del Derecho

1. Además de la dogmática, conviene finalmente volver la mirada a algunas de las operaciones del Derecho, con objeto de valorar en qué medida es posible un adecuado planteamiento normativo. Me parece posible afirmar el carácter normativo de sus enunciados al menos en estas operaciones habituales: al legislar (párr. 2); en la interpretación de textos (párr. 3); en la prueba de hechos (párr. 4); en los juicios de imputación (párr. 5) y las valoraciones (párr. 6). Esta última consideración puede contribuir a delimitar qué significa la afirmación inicial de que el Derecho opera mediante conceptos normativos, y que estos deben someterse a la crítica de la verdad por su correspondencia o no con los principios y premisas.

2. La actividad del *legislador* presenta al menos dos facetas de especial interés a estos efectos. Por un lado, la de emitir o establecer prohibiciones y prescripciones. En esta, resulta clave el respeto de los límites indicados, entre lo cuales no es menos importante el tercero, el de la capacidad performativa, que da lugar a que se cuente con las condiciones de seguimiento de esos mensajes legales. Por otro lado, la faceta de definir o establecer conceptos en la ley, que a partir de entonces tendrán una vigencia específica en ese entorno. Me refiero al uso de presunciones y ficciones. Estas son ineludibles en el Derecho, por lo que no se trata de medios extraños o inusuales, sino muy comunes. Para respetar los límites, veo importante prestar atención al de consistencia. Así, la asignación de efectos a través de ficciones o presunciones debe respetar la finalidad de la institución y el contexto en el que se produce. La teleología de las instituciones es clave para trazar los límites de la vigencia y eficacia de una disposición legal que contiene ficciones o presunciones. Y esto valdría, en la medida en que lo sean, para las definiciones legales de conceptos.

3. Cabe identificar, además, las operaciones de *interpretación* de textos (de leyes, contratos, declaraciones, aforismos...). En tal caso, el jurista recurre a los instrumentos de interpretación (cánones) reconocidos, a los que cabría añadir además la ponderación, como el medio para operar con los enunciados jurídicos que calificamos como principios. Ambas operaciones – interpretación y ponderación – suponen que el intérprete se desprende y separa del texto, el cual es visto no como un objeto inerte o una realidad cerrada, sino como expresión de voluntad, sea de la ley en sí, sea del autor de la ley: así, *voluntas legis* y *voluntas legislatoris* son puntos de referencia mediante los cuales enunciamos que hay algo dotado de significado más allá de la apariencia signifiante<sup>87</sup>. Enfoques como los de la hermenéutica parecen confirmar que no estamos describiendo, midiendo o cuantificando algo perceptible sensorialmente, sino *haciendo decir algo* a la declaración de voluntad del autor del texto. Lo que realizamos al interpretar textos y ponderar principios es emitir una pretensión de validez a propósito del texto, y eso exige contar, emplear y proyectar la teleología del precepto y de la institución<sup>88</sup>. En este sentido, se

<sup>87</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, pp. 22-23; EL MISMO, «Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, 2006, pp. 367-395.

<sup>88</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, p. 22.

trata de una operación de carácter normativo. Y esto requiere mínimos de razonabilidad: de nuevo, coherencia lógica, consistencia valorativa y capacidad performativa.

4. Distinto es lo que acontece cuando decimos que *probamos* los hechos. La prueba, sea de la realización de la acción, sea de los elementos de esta, como también de la existencia y cualidades de los objetos, es una operación que reviste, de entrada, el carácter de una descripción, una constatación. De este modo, nos hallaríamos aquí más cerca de los saberes empíricos. A fin de cuentas, la prueba de una sustancia química (veneno, alcohol...) en el organismo es algo empírico que interesa a químicos, forenses y juristas<sup>89</sup>. Algo común al laboratorio y al foro, a la ciencia y a la jurisprudencia: la operación de constatación de algo dado funcionaría de manera semejante a la interpretación y ponderación, según se ha expuesto. Sería el modo de operar el Derecho en tales casos, con datos, objetos, estados y procesos a constatar. Y como constatación de algo que viene dado, pareciera que el Derecho se entrega aquí a los saberes empíricos, que son los expertos y capacitados para describir la realidad. En buena medida, la distinción que hacemos entre los juicios del forense y los del juez, en los procesos pondría de manifiesto esta «incompetencia» del Derecho para lo empírico y, en cambio, y a la vez, su apertura y remisión a los datos que proporcionan las ciencias y saberes naturales. A pesar de ello, y como vengo sosteniendo, abrigo dudas sobre esta dicotomía: ni me parece tan clara, ni me resulta tan aleccionadora. No es clara, porque cuando el Derecho opera con tales datos empíricos, está procediendo *como Derecho*. Esto es, prueba lo que necesita probar (para fundamentar un juicio de culpabilidad, por ejemplo). No serían, por tanto, enunciados meramente *constatativos*, sino dirigidos a una concreta finalidad u objetivo que es lo que les da sentido<sup>90</sup>. Y es que además resulta menos aleccionadora de lo que inicialmente parece, puesto que de ese empleo de datos empíricos no se sigue que el Derecho se entregue a las ciencias naturales. Significa tan solo que los juristas empleamos aquellos datos y realidades que necesitamos, pero siempre «procesándolas» *ad modum proprium*<sup>91</sup>, esto es, con vistas y modos específicamente jurídicos, normativos<sup>92</sup>. Por tanto, en definitiva, tampoco el sentido «constatativo» de estas operaciones enmienda el carácter normativo de los enunciados del Derecho.

5. Las operaciones de interpretación y prueba se entrelazan a menudo con las de *imputación*. En efecto, cuando atribuimos a alguien haber realizado un hecho, muy posiblemente sea en el marco de la interpretación de un texto legal, cuyo sujeto estamos buscando. También puede entremezclarse esta operación de imputar con la de valorar lo realizado, lo imputado, y de la que se tratará enseguida. Lo específico de la operación de imputación reside en ser un juicio de atribución que se mueve en un plano diverso al de la mera causalidad. También al imputar

<sup>89</sup> Obsérvese que la inaccesibilidad de los elementos internos (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, pp. 323 ss.) es compatible con el conocimiento de indicios sobre los que emitir juicios de imputación.

<sup>90</sup> Podría recordarse la gran diferencia, cualitativa, y no de mera cantidad, entre las doctrinas individualizadoras de la causalidad, y en particular las de la causalidad *adecuada*, frente a las de la *nuda* causalidad (cfr. MIR PUIG, *DP. PG*, 2015, 10/42). La selección entre factores causales con arreglo a algún criterio selectivo (relevancia, determinación, etc.) supone emplear algo que ya no es mera causalidad.

<sup>91</sup> Con expresión de FEIJOO SÁNCHEZ, en *Teoría de sistemas*, p. 439: «pasadas por el tamiz dogmático».

<sup>92</sup> Aquí la circularidad hermenéutica explicaría cómo la prueba lo es de algo que se requiere para hacer viable la aplicación de un precepto, y este presupone elementos fácticos que se *desean* probar. Procede tener en consideración la crítica que dirige PUPPE, *ZIS*, (4), 2020, pp. 143-150, al normativismo (constructivismo), por confundir estas valoraciones con los hechos a valorar (p. 144). Para ella, seleccionar e identificar los hechos es tarea ineludible, previa a la de su valoración. El objeto de la ciencia del Derecho es la desnормativización de las valoraciones al aplicarlas al caso singular (p. 147). Con todo, me parece que esa tarea de selección de los hechos no viene desprovista de valoraciones que serán aplicadas a continuación: aquí, una vez más, la circularidad hermenéutica anticipa las valoraciones. Es más, los hechos vienen delimitados por el sentido que adquieren en el contexto concreto.

entablamos una conexión entre lo realizado y un sujeto. Pero no se trata de la mera conexión causal, aunque esta se halle presente las más de las veces. Se trata de una conexión de sentido con arreglo a otro criterio: el de ser agente y el de que ese agente haya actuado mal. Con otras palabras, el sentido de que se ha actuado, y del reproche por ese actuar. Procedemos aquí sobre la base de experiencias y conocimientos personales que se han ido aquilatando a lo largo de nuestras relaciones interpersonales y que nos permiten extraer o inferir consecuencias. Así, atribuimos libertad, voluntariedad, conocimiento, intención, etc. no porque los veamos, esto es, porque empíricamente sean percibidos, sino porque, con base en una consolidada praxis social y personal, pertenecen a nuestro modo de ser personas en sociedad, a nuestras interacciones<sup>93</sup>. Dicha praxis incluye elementos de conocimiento propio y de conocimiento que tenemos del entorno, incluyendo nuestra percepción sobre otros sujetos<sup>94</sup>. Sobre esta base, partimos de la necesidad de conocimiento y voluntad para responder. Y ambos son inferidos a partir de la experiencia acumulada sobre datos o experiencias externas. Pero ni vemos ni apreciamos el conocimiento o la voluntad como vemos los colores o sentimos los sonidos del lenguaje. En cambio, los inferimos<sup>95</sup>. Que exista base empírica en ambas funciones psicológicas parece evidente (estímulo luminoso transmitido a través del nervio ocular, por ejemplo), pero no es el ojo quien conoce, sino el sujeto cognoscente. Y no necesitamos muchos datos de carácter empírico para inferir de manera sensata y racional que el sujeto conoce o quiere. En todo caso, nuestras operaciones de imputación, de atribución de responsabilidad, no presentan el carácter de afirmaciones empíricas (peso, volumen, composición, forma...), y no por eso son arbitrarias o equivocadas. Cabe afirmar la corrección de los juicios y enunciados de imputación, aunque carezcan de contenido empírico. Si aspiramos a desterrar la duda sobre esos juicios, respetando el modo de proceder aquilatado por la experiencia compartida a lo largo del tiempo, ya están dotados de suficiente certeza, y a ellos les acecha el mismo riesgo de incerteza que a cualquier otro<sup>96</sup>. Por tanto, la certeza no devendría de una mayor carga empírica, de mirar más al objeto natural implicado, sino a la alineación con su teleología y la función que cumple en términos normativos.

6. Finalmente, junto a las operaciones de interpretación, empleamos también juicios de *valoración*. Si la interpretación viene a establecer la dimensión y alcance del enunciado textual, la valoración lo aplica a un caso singular, que es un hecho o situación. Al valorar empleamos la operación de subsunción de una realidad bajo una premisa ya pre-establecida. Así, afirmamos de algo que es correcto, bueno, blando o azul, por ejemplo. De nuevo, se trata de juicios empíricos en unos casos, como de normativos en otros. La subsunción opera en ambos casos, pero lo que varía son los objetos a los que se aplica y el criterio empleado. Lo que en lo empírico es de carácter comparativo (entre dos realidades: el baremo de medición y lo medido), aquí es valorativo (entre dos realidades: la regla y lo subsumido)<sup>97</sup>. Particularmente en Derecho penal conviene tener en

<sup>93</sup> Ha señalado SCHÜNEMANN, *InDret Penal*, (1), 2008, p. 13, con expresión gráfica, que se trata de concretar progresivamente, conceptos abstractos en ideas más precisas por medio de su «desnormativización» (cfr. EL MISMO, en *FS-Roxin*, 2001, p. 3).

<sup>94</sup> Cfr. SCRUTON, *Sobre la naturaleza humana*, p. 44, para quien es propio de la persona la «actitud intencional», el vernos y comprendernos a nosotros mismos y a los demás como «sistemas intencionales».

<sup>95</sup> Que procedamos por inferencia de la intención, voluntad y conocimiento, significa que esa operación sea siempre correcta. Se habla en Psicología de mecanismos de detección de agentes en cuanto reacciones animistas que ven conductas detrás de frustraciones cognitivas. Cfr. BARRET/JOHNSON, «The Rol of Control in Attributing Intentional Agency to Inanimate Objects», *Journal of Cognition and Culture* 3 (2003), pp. 208-217.

<sup>96</sup> Y aunque puede darse lo contrario, las propuestas doctrinales de corte normativo no suelen ahorrarse el esfuerzo por concretar cuándo procede, y por qué, la imputación, cuándo el sujeto sabe o quiere. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, 2012, pp. 149-150.

<sup>97</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, pp. 48-49.

cuenta que las operaciones de interpretación y valoración se entrelazan con las de imputación sin que pueda afirmarse que se trata de operaciones nítidas y sin mezcla.

\* \* \*

Recapitulemos. En la dogmática jurídica empleamos enunciados de carácter normativo, que no dejan de serlo porque en ocasiones se refieran a realidades constatables empíricamente, ni tampoco por eso mismo se dotan de más fuerza y mayor validez. A su vez, en el mundo del Derecho empleamos diversas operaciones, que dan lugar a otros tantos modos de enunciados: de *establecimiento* de preceptos, de *interpretación* de textos, de *prueba* de datos o elementos, de *imputación* de hechos y de reproche por estos, y de *valoración*. Y en ellas contamos con operaciones, respectivamente, de emisión de normas (al prohibir, prescribir o permitir) de indagación y ponderación (al fijar el sentido del texto), de constatación (al afirmar la existencia o concurrencia de datos); de inferencia (al imputar y reprochar); y de subsunción (al valorar desde el prisma de una regla). Todas ellas revisten carácter normativo en cuanto que, como nos ha servido de punto de partida, es lo propio de tomar en cuenta la acción humana y el ámbito de la libertad. Si dichas operaciones son propiamente normativas es porque aspiramos a emplearlas en la praxis y por eso a gozar de aceptación, ser compartibles. Lo cual requiere respetar la coherencia lógica, consistencia valorativa y capacidad performativa, que trazan sus límites idóneos, porque no se mueven en el ámbito del empirismo ni en el del constructivismo. Vuelvo a la frase con la que concluye el texto «Lo normativo y lo fáctico», tantas veces aquí citado: y es que, si resulta *absurdo prohibir las mareas*, no menos lo es seguir *buscando la libertad* en la oficina de objetos perdidos.

## 6. Bibliografía

BARRET/JOHNSON, «The Rol of Control in Attributing Intentional Agency to Inanimate Objects», *Journal of Cognition and Culture* 3 (2003), pp. 208-217.

CANCIO MELIÁ, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (eds.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 57-78.

————— *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.<sup>a</sup> ed., J.M. Bosch, Barcelona, 2001.

CASANUEVA SANZ, *La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad*, Thomson. Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

CIGÜELA SOLA, «Compliance más allá de la ciencia penal. Aportaciones de la sociología de las organizaciones al análisis de la criminalidad corporativa y de la imputación jurídico-penal», *InDret. Revista para el análisis del Derecho. Sección Penal*, (4), 2019, pp. 1-35.

CUERDA RIEZU, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *ADPCP* 45 (1992), pp. 491-514.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reivindicación de la (buena) dogmática», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 129-139.

DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.

DREYFUS/TAYLOR, *Recuperar el realismo* (orig., 2016; trad., Carabante), Rialp, Madrid, 2016.

ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.ª ed., Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1965.

FEIJOO SÁNCHEZ, «La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 435-544.

————— «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *Cuadernos de Política Criminal* núm. 65, 1998, pp. 269-364.

FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004.

GARCÍA AMADO, «Neokantismo y Derecho penal. Sobre el papel y el sentido de la dogmática penal y sobre el papel de los penalistas», en DE VICENTE REMESAL, Javier *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 153-157.

GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (orig., 1962, 1966), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

————— «La causalidad en Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 15 (1962), pp. 543-580.

JAKOBS, «La idea de normativización en la dogmática jurídico-penal» [trad., Cancio], en EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson-Reuters-Civitas, Madrid, 2003, reimpr., 2016, pp. 15-45.

KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlin, vol. IV.

KELSEN, «Causalidad e imputación» (1950), en *¿Qué es justicia?* (trad., Calsamiglia), Ariel, Barcelona, 1992, pp. 221-253.

————— «Causalidad y retribución» (1941), en *¿Qué es justicia?* (trad., Calsamiglia), Ariel, Barcelona, 1992, pp. 194-220.

————— *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2.ª ed., Deuticke, Wien, 1960.

KINDHÄUSER, *et al.* (coords.), *Strafrecht und Gelleschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

V. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs*, 1.ª ed., Berlin, Leipzig, 1881 (reimpr., Keip, Goldbach, 1997).

MARTÍNEZ DORAL, *Estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963.

MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.<sup>a</sup> ed., Repertor, Barcelona, 2015.

————— «Límites al normativismo en Derecho penal», en ALONSO GARCÍA, Ricardo *et al.* (eds.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 665-690.

MIRÓ LLINARES, «Cientismo, dogmatismo y Derecho penal», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 279-288.

————— «Hechos en tierra de normas: Una introducción epistemológica a la relevancia de la realidad fáctica en el Derecho penal», en SUÁREZ LÓPEZ *et al.* (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 451-473.

MORESO, *Lo normativo: variedades y variaciones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

NUSSBAUM, *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad, justicia* (orig., 2014; trad., Altamirano), Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

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

PALMA, «Inimputabilidad y oportunidad en Derecho Penal (entre la psiquiatrización del Derecho Penal y la judicialización de la Psiquiatría)», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 583-596.

PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y psicología de sentido común», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 875-885.

PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012.

PUPPE, «Vom Naturalismus zum Normativismus, von der Systematik zur Topik. Der Niedergang der deutschen Strafrechtswissenschaft vom Allgemeinen Teil», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (4), 2020, pp. 143-150.

————— «Naturalismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal moderna» (orig., *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1994, pp. 297-318; trad. Pastor Muñoz), en EAD., *El Derecho penal como ciencia*, BdeF, Buenos Aires, Montevideo, 2014, pp. 137-171.

RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 5.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, München, 2020.

ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1973 (trad. de la 1.<sup>a</sup> ed., 1970, Muñoz Conde: *Política criminal y sistema*, J.M. Bosch, Barcelona, 1972).

————— «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», en Arth. KAUFMANN (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, pp. 260-268.

SÁNCHEZ-OSTIZ, «Lo normativo y lo fáctico», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA, *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 25-59.

————— «¿En qué medida imputa y es objetiva la “imputación objetiva”?», en *La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 105-117.

————— «Ist die “objektive Zurechnung” objektiv und zurechnend?», en HEINRICH/JÄGER *et al.*, *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, de Gruyter, Berlin, New York, 2011, vol. 1, pp. 361-375.

————— *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2008.

SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* (orig., 2009; trad., Campos), Debate, Barcelona, 2011.

————— *El liberalismo y los límites de la justicia* (orig., 1982; trad., Melon), Gedisa, Barcelona, 2000.

SCHUMACHER, *Una guía para los perplejos* (orig., 1977; trad., Saiz-Calleja), Atalanta, Girona, 2019.

SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret. Revista para el análisis del Derecho. Sección Penal*, (1), 2008, pp. 1-20.

————— «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en EL MISMO *et al.* (coords.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin, 2001, pp. 13-20.

————— «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal» (trad., Sacher), en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 643-654.

SCRUTON, *Sobre la naturaleza humana* (orig., 2017; trad., Carabante), Rialp, Madrid, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», *InDret. Revista para el análisis del Derecho. Sección Penal*, (4), 2019, pp. 1-31.

————— «Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 367-395.

————— *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992.