

Recensión del libro de Fernando Miró Llinares, *El progreso de la dogmática (y sus problemas)*

José Manuel Paredes Castañón

Universidad de Oviedo

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL. Recensión del libro de Fernando Miró Llinares, *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas)*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-r2, pp. 1-22.

<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-r2.pdf>

RESUMEN: Se revisan críticamente las tesis sostenidas en el libro de Fernando Miró Llinares objeto de recensión. Se cuestiona que sea posible proporcionar una interpretación global de la historia de la dogmática penal. A cambio, se propone que se profundice en el estudio historiográfico científico de su evolución, que esté atenta a sus causas y consecuencias políticas, sociales y culturales. Finalmente, se examina la cuestión de si existe verdaderamente un progreso en el conocimiento dogmático, poniendo en cuestión las interpretaciones progresivas (*whiggish*) de dicha historia.

PALABRAS CLAVE: Dogmática jurídica. Historia del pensamiento jurídico. Teoría del delito. Parte General. Historia de la ciencia.

TITLE: **Review of the book by Fernando Miró Llinares, *Inteligencia artificial, Derechos Humanos y bienes jurídicos***

ABSTRACT: The content of the book by Fernando Miró Llinares is critically reviewed. It is discussed whether it is possible to provide a global interpretation of the history of criminal legal theory. In return, it is proposed that the scientific historiographical study of its evolution be deepened, that it be attentive to its causes and political, social and cultural consequences. Finally, the question of whether there really is progress in jurisprudential knowledge is examined, discussing the whiggish interpretation of such history.

KEYWORDS: Legal theory. History of legal thought. Elements of crime. Fundamental principles of criminal law. History of science.

Fecha de encargo: 10 octubre 2022

Fecha de recepción: 15 enero 2023

Fecha de publicación en RECPC: 7 marzo 2023

Contactos: fmiro@umh.es
- paredesmanuel@uniovi.es

SUMARIO: I. ¿Es posible una interpretación global de la historia de la dogmática penal? 1. El modelo de la sucesión de paradigmas. 2. El modelo de las tradiciones de investigación. II. Crítica de la filosofía de la historia de la dogmática penal. III. Por una historiografía científica de la dogmática penal. 1. La historia larga de dogmática penal: la cesura de las revoluciones liberales. 2. La dogmática penal, en sus ciclos intermedios. 2.1. La necesidad de una historia política. 2.2. La necesidad de una historia social. 2.3. Historia cultural: cuatro líneas de evolución (entre la continuidad y el cambio). IV. ¿Progresó realmente la dogmática penal? Dos casos claros y uno dudoso. Bibliografía.

I. ¿Es posible una interpretación global de la historia de la dogmática penal?

1. El modelo de la sucesión de paradigmas

Acaso podamos concordar todos en que una disciplina científica (más exactamente: una disciplina que ha sido reconocida institucionalmente como “científica”, por las instituciones con autoridad para otorgar dicho marchamo -universidades, academias, organismos gubernamentales, etc.) es -entre otras cosas- un campo social (BOURDIEU, 2003, pp. 63-70): un espacio de interacción social estructurado, en el que las interacciones se focalizan en torno a ciertos objetos y son motivadas por intereses específicos. Un campo social -también, pues, un campo social científico- produce un determinado tipo de actores sociales, con ciertos esquemas de pensamiento y de actuación: como dice Bourdieu, “un *habitus* (scil. el término de Bourdieu para denominar dichos esquemas) (...) es, al mismo tiempo, un «oficio», un capital de técnicas, de referencias, un conjunto de «creencias» (...), propiedades que se deben a la historia (nacional e internacional) de la disciplina, a su posición (...) en la jerarquía de las disciplinas” (BOURDIEU, 2008, p. 113).

Probablemente podamos concordar asimismo en que el de la dogmática jurídico-penal (en el sentido que a este término se le suele otorgar en la tradición jurídica europea continental, exportada luego a otras partes del mundo) es precisamente uno de esos campos científicos (esto es, reconocidos institucionalmente como científicos): con su estructura social interna, sus relaciones de poder, la competencia por ocupar posiciones dominantes dentro del mismo y por acumular capital (esencialmente simbólico, aunque con repercusiones materiales también: BOURDIEU, 2003, pp. 100 ss.)... y con un relato acerca de qué es la disciplina, cómo se formó y cómo ha evolucionado. En efecto, no hace falta más que asomarse a cualquiera de los mejores tratados de la Parte General del Derecho penal (manifestación ejemplar de lo que tradicionalmente se ha denominado entre nosotros “dogmática penal”) para hallar dichos relatos (véase, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 213 ss.; y ROXIN/GRECO, 2020, pp. 291 ss.): historias del nacimiento de la disciplina, en tanto que disciplina “moderna”, a partir de la Ilustración; historias de la evolución y progresiva elaboración conceptual; historias de la sucesiva adaptación de los criterios para

identificar el contenido de los distintos “elementos del delito” a las diferentes escuelas dominantes en cada momento histórico...

Justamente, el libro de Fernando Miró Llinares que hoy comento (Tirant lo Blanch, 2022) pretende, en primer lugar, presentar una crítica de estas historias. El término “crítica”, aquí y en el libro de Miró, se emplea en el sentido más estrictamente kantiano, aplicado al caso de la historia: se trata de discutir qué es aquello que en dichos relatos resulta, conforme a criterios de valoración racional, creíble; y qué, por el contrario, carece de aval racional suficiente, por lo que forma parte más bien del mito que de la historia propiamente dicha. En este primer aspecto, crítico, el libro se centra no tanto en los hechos cuanto en las interpretaciones que se vienen dando a los mismos por parte de los historiadores de la dogmática penal (todos ellos, a su vez, también practicantes de la dogmática que intentan historiar). Así, no encontraremos en él ni una discusión detallada de la historia de las ideas dogmáticas, ni tampoco de la historia de sus protagonistas (penalistas, universidades, asociaciones, etc.) o de sus aplicaciones prácticas (en la jurisprudencia, en la legislación, etc.). Por el contrario, la faceta crítica del libro se concentra en examinar, y someter a crítica racional, lo que podríamos denominar -poniéndonos ahora hegelianos- la Filosofía de la Historia de la dogmática penal¹: las interpretaciones que se han propuesto acerca del significado, estructura y dirección que cabría atribuir al cambio en las teorías dogmáticas a lo largo del tiempo.

A este respecto, Miró Llinares pone en cuestión (Cap. 2), de manera argumentada, al menos una de dichas filosofías de la historia: aquella que, apoyándose (aproximadamente... pues la fidelidad de quienes lo han utilizado es algo dudosa) en el concepto de “revolución científica” acuñado por Thomas S. Kuhn, interpreta el cambio teórico en el ámbito de la dogmática penal como una sucesión de paradigmas (así, PÉREZ ALONSO, 1997; PÉREZ ARROYO, 1999, pp. 510-511 -únicamente en relación con solamente con la contemporánea “funcionalización” de las categorías dogmática; SOLARI MERLO, 2021)². De manera que diferentes

¹ Escribo intencionadamente la expresión en mayúscula, para destacar el hecho de que lo que se ha dado en llamar Filosofía (Sustantiva) de la Historia es una forma muy específica de filosofía de la ciencia historiográfica, caracterizada por la construcción de grandes relatos, acerca del significado, estructura y dirección que cabría atribuir al cambio histórico, conforme a pretendidas “leyes históricas” universales e inmutables, que determinarían causalmente los acontecimientos y las acciones humanas: VAŠÍČEK, 2009, pp. 35-37; DAY, 2008, p. 183. En este sentido, la Filosofía Sustantiva de la Historia es un producto prototípico del pensamiento moderno e ilustrado. Aunque, como comprobaremos, aún hoy, en tiempos posmodernos, sigue teniendo su atractivo para quien se aproxime a la historia -a cualquier historia- sin la suficiente precaución metodológica, anhelante de hallar un sentido no meramente contingente a los acontecimientos que se encuentra...

² Por su parte, BACIGALUPO ZAPATER, 2019, p. 5, emplea asimismo los conceptos de paradigma y de revolución científica de Kuhn para referirse a un fenómeno muy diferente: el de la recepción de la sistemática clásica de la teoría alemana del delito por parte de una penalística, la española, hasta entonces bastante ajena a dicho método de análisis de los hechos delictivos. Ciertamente, este caso es muy distinto del de la mera sucesión de escuelas y corrientes dentro de la dogmática penal alemana y es el que más se asemeja a un auténtico cambio revolucionario en la manera de concebir la dogmática, sus tareas y su método (a pesar de que, como luego argumentaré, siga sin ser apropiada la aplicación de categorías propias de la historia de la ciencia a la de la dogmática jurídica).

marcos teóricos (filosóficos, metodológicos) e ideológicos (políticos, constitucionales) habrían dado lugar a teorías del delito distintas; y, tal vez, inconmensurables entre sí.

Miró Llinares señala -acertadamente, a mi entender- que este relato no se sostiene. Primero, por la abrumadora evidencia de la notable capacidad de supervivencia de las teorías dogmáticas: una vez que son formuladas, puede que sean cambiadas (a veces, hasta dejarlas irreconocibles), pero rara vez son abandonadas por completo. (Piénsese, por ejemplo, en lo que ha ocurrido con conceptos tan centrales de la teoría del delito como los de bien jurídico, tipo penal, culpabilidad,...) Pero es que, además, el cambio teórico, cuando tiene lugar, suele consistir bien en añadir complejidad a la sustancia de teorías preexistentes (ejemplo: la teoría de la imputación objetiva), o bien en proponer métodos más complejos para aplicarlas (ejemplo: las elaboraciones contemporáneas del concepto de dolo y de los criterios para su prueba); rara vez, en cambio, si es que alguna, consiste en proponer el abandono definitivo de alguna categoría conceptual. Por ello, no solo es que el concepto de inconmensurabilidad (ya de por sí altamente problemático en la concepción original de Kuhn) parezca completamente fuera de lugar. Es que difícilmente podría hablarse siquiera -si lo hacemos con propiedad- de cambio de paradigma: en efecto, si un paradigma o matriz disciplinaria se compone de un determinado uso del lenguaje, de ciertos modelos explicativos acerca de la realidad y de ciertas repuestas comunes a problemas básicos de la disciplina (KUHN, 1982, pp. 321-322), entonces habría que reconocer que (si es que la teoría de los paradigmas científicos es aplicable al caso de la dogmática jurídica, algo que cabe discutir) la dogmática jurídica no ha conocido en realidad, al menos desde el siglo XIX³ más que un solo paradigma. Esto es: un solo lenguaje, unos modelos explicativos bastante constantes y muchas respuestas comunes a buena parte de los problemas. Algo que parece bastante evidente cuando se observa la persistencia desde entonces de la estructura básica de la teoría del delito. Así pues, si nos empeñamos en seguir aplicando las categorías de la historia y de la sociología de la ciencia al caso de la dogmática jurídico-penal, habría que hablar en él más bien de procesos de cambio teórico propios de la “ciencia normal”, que no de revoluciones: un cambio que, en esencia, preserva el lenguaje, los modelos explicativos y buena parte de las respuestas a los problemas centrales que se plantean, pero que se esfuerza en incorporar a ellos los nuevos problemas que se detectan.

³ Si no antes. Las historias al uso de la dogmática penal suelen comenzar a finales del siglo XVIII o comienzos del XIX. Pero antes, al menos desde el desarrollo del *ius commune* durante la Baja Edad Media, existió toda una historia de la dogmática, de la que beben muchas de las tematizaciones (lenguaje, modelos, problemas y respuestas a los mismos) que luego ha recogido la dogmática de la edad contemporánea: vid., por todos, SCHMIDT, 1965, pp. 147 ss.; PIHLAJAMÄKI/ KORPIOLA, 2014.

2. *El modelo de las tradiciones de investigación*

En este sentido, el autor sugiere (Cap. 3) que, a la hora de interpretar el cambio teórico en el ámbito de la dogmática penal, más que en la teoría de los paradigmas de Kuhn, deberíamos fijarnos preferiblemente en el modelo de cambio científico propuesto por Larry Laudan, por resultar mucho más ajustado a cómo ha sido la historia del pensamiento dogmático. Laudan (LAUDAN, 1986), en efecto, modeliza cada ciencia como una tradición de investigación, caracterizada por compartir un conjunto de proposiciones ontológicas (un conjunto de teorías científicas y algunos presupuestos metafísicos comunes) y otro conjunto de proposiciones metodológicas (unas directrices metódicas y una historia compartida acerca de la sucesión de teorías). Y explica el cambio teórico como la respuesta de dicha tradición de investigación a los nuevos problemas que se van detectando: problemas empíricos (hechos identificados como no explicados y cuya explicación se considera relevante para las teorías aceptadas); y problemas conceptuales (tanto internos de las teorías -ambigüedad, circularidad o contradicción de sus - como externos a ellas -conflicto entre teorías). Asimismo, sugiere que este modelo de cambio teórico no solo es aplicable a la ciencia, sino también a otras disciplinas teóricas: en particular, señala el caso de la historia de las ideas como ejemplo claro de dicha aplicabilidad, pero también el de la filosofía y el de la teología.

Lo que Miró Llinares propone, en definitiva, es ampliar este ámbito de aplicación extendida del modelo de cambio científico de Laudan también al caso de la historia de la dogmática jurídico-penal. De acuerdo con el mismo, el cambio teórico a lo largo de dicha historia habría venido provocado fundamentalmente por el esfuerzo de la comunidad de investigadores que nos consideramos pertenecientes a la tradición de investigación dogmática por resolver nuevos problemas. Según Miró (Cap. 4), en nuestro caso los nuevos problemas vendrían ocasionados fundamentalmente por la necesidad de incorporar nuevos hechos jurídicos⁴, provocados por el Derecho positivo. Y observa que los problemas que plantean retos a la dogmática no son ni conceptuales ni empíricos, sino prácticos. De dos clases: problemas de aplicación equitativa del Derecho positivo (que exige la sistematización de los conceptos jurídicos aplicables); y problemas de mejora del Derecho positivo.

Obsérvese que esta última tesis se desdoble en realidad en dos:

— De una parte, parece estarse proponiendo una explicación de naturaleza causal (esto es, sociológica -de sociología del conocimiento) acerca de cuándo y por qué se produce un cambio teórico en la dogmática penal: cuando surge o se detecta un nuevo problema práctico (de aplicación o de mejora del Derecho positivo) y se le busca una solución. En tanto que explicación causal, implica, por lo tanto, que la existencia de

⁴ Empleo el término en su sentido más clásico: “*suceso acaecido en la realidad al que una norma atribuye efectos jurídicos*” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA).

uno de tales problemas prácticos nuevos es, cuando menos, una condición necesaria para que el cambio tenga lugar.

— De otra, parecería que se afirma también una tesis de Filosofía de la Historia de la dogmática (una interpretación global acerca de cuál es el significado y la dirección del cambio), de acuerdo con la cual la dogmática jurídico-penal no solo cambiaría, sino que efectivamente progresaría (vid. pp. 128 ss.) no mediante la mera acumulación, pero sí en la medida en que va progresivamente acumulando más y más respuestas a más y más problemas prácticos (de aplicación y/o de mejora del Derecho positivo), nuevos o detectados. Manteniendo al tiempo una remarcable continuidad en sus teorías acerca de la sistemática que es mejor para analizar los problemas de calificación jurídica (los problemas de la teoría del delito).

Si mi lectura de la obra es, en este último aspecto, acertada, entonces hay que decir que Miró siguen tan apegado a la Filosofía de la Historia como lo están aquellos a quienes critica: está rechazando -con razón- una interpretación global de la historia de la dogmática como sucesión de revoluciones teóricas, pero lo hace para acoger a cambio otra, en términos -igualmente globales- de acumulación y progreso, en la que la historia de la dogmática aparece representada como un relato en el que se habría venido avanzando, desde estadios en los que aquella poseía una menor capacidad para resolver problemas, hacia otros en los que su capacidad iría siendo progresivamente mayor... y, cabría pronosticar, se seguirá progresando del mismo modo (hacia mayores capacidades de resolución de problemas prácticos) en el futuro, si sabe mantenerse apegada a su metodología (a su tradición).

Por ello, no es casualidad que el libro finalice (Cap. 5) con un giro normativo: proponiendo que esa tradición de investigación que se pretende que es la dogmática penal amplíe aún más el espectro de problemas prácticos que afronta, para incorporar algunos ajenos a los tradicionales de la teoría del delito, como los político-criminales y los de la teoría de la legislación. Se trataría, en efecto, de una suerte de culminación, al modo hegeliano, de la historia (de éxito) de la dogmática...

II. Crítica de la filosofía de la historia de la dogmática penal

Como he dicho, el aspecto crítico del libro de Miró Llinares me parece altamente convincente. No tanto, sin embargo, su faceta constructiva: confieso que ni su propuesta interpretativa acerca de cómo ha sido la historia de la dogmática penal, ni tampoco las recomendaciones normativas sobre cuál debe ser su futura evolución me acaban de satisfacer por completo.

Comenzando por las cuestiones de interpretación histórica, tres son mis reparos a la propuesta de Miró. En primer lugar, creo que resulta muy discutible la idea misma de que quepa otorgar algún sentido al conjunto de la historia de la dogmática penal, desde los inicios de la edad contemporánea hasta nuestros días. Para

empezar, por razones filosóficas: a estas alturas, parece una idea perfectamente asentada en la ciencia histórica la de que resulta prácticamente imposible explicar los acontecimientos históricos de manera teleológica, esto es, atribuyendo alguna dirección definida al cambio social que inevitablemente tiene lugar a lo largo del tiempo. Primero, porque probablemente no existe tal dirección (ANKERSMIT, 2009, pp. 201-205)⁵. Y, además, porque, si existiese, sería casi imposible de conocer racionalmente (POPPER, 1996, pp. 85-100; POPPER, 2014, pp. 14-15, 64-74). De manera que una versión de la historia de una disciplina en la que “el avance de la ciencia era vista como una serie de victorias sobre el pensamiento precientífico, y solo las opiniones de los científicos genuinos y, por lo tanto, progresistas eran consideradas de interés (...) en un historiador era una especie de autocontradicción (...) no era historia” (BURROW, 2007, pp. 473-474)⁶. Pues “la comprensión histórica real no se logra mediante la subordinación del pasado al presente, sino más bien haciendo del pasado nuestro presente e intentando ver la vida con los ojos de otro siglo que el nuestro. No se alcanza asumiendo que nuestra propia época es el absoluto respecto del cual Lutero y Calvino y su generación son sólo relativos; solo se alcanza aceptando plenamente el hecho de que su generación fue tan válida como la nuestra, sus problemas tan trascendentales como los nuestros y su día tan completo y vital para ellos como lo es nuestro día para nosotros” (BUTTERFIELD, 1965, pp. 16-17). En suma, en una cultura que se guíe por criterios científicos de representación de la realidad, máximamente racionales, el cambio (y también el cambio teórico) tiene que ser concebido en todo caso como un fenómeno, o conjunto de ellos (como un proceso), esencialmente contingentes (LUHMANN, 2018. pp. 332-333). En este contexto, “contingente” no quiere decir carente de explicación causal, sino carente de cualquier

⁵ Permítaseme que me cite a mí mismo: “Precisamente, la gran contribución de Nietzsche y de quienes le siguieron en esto, hasta culminar en el pensamiento post-moderno, ha sido la de cuestionar que existan ‘grandes relatos’ históricos que sean algo más que eso, narraciones, y que tengan alguna validez efectiva como descripciones del curso de los acontecimientos. La cuestión me parece bastante evidente desde el punto de vista filosófico. Pero es que, además, desde la perspectiva de la política (y de la política criminal) y del Derecho, la cosa resulta también bastante clara. En efecto, ni la una ni el otro progresan de un modo lineal, sino que cambian mediante ‘avances’ y ‘retrocesos’, derivándose tanto los unos como los otros de la situación social en la que en cada momento se tomen las decisiones políticas y político-jurídicas. (...) Dicho con más propiedad: no existe el avance ni el retroceso desde el punto de vista histórico, sino que en cada momento la política y los ordenamientos jurídicos constituyen una combinación inextricable –pero explicable– de elementos antiguos y nuevos (en el sentido estrictamente descriptivo de ambos términos). No hay, pues, ‘progreso’ ni ‘reacción’; lo que sí que hay son cambios (término neutro). Cambios que, obviamente, pueden y deben ser valorados, como (política y moralmente) buenos o malos. Pero buenos o malos por su propio contenido, por la valoración que merezcan comparándolos con la ética normativa y la teoría de la justicia –y la política criminal– que cada uno defienda. No, pues, por ir “contra el sentido de la historia” (por rescatar otra vetusta expresión propia del pensamiento comunista más escolástico).” (PAREDES CASTAÑÓN, 2006, pp. 459-460, con ulteriores referencias).

⁶ La cita está formulada en pasado porque Burrow está refiriéndose a “*las versiones más antiguas y simples de la historia de la ciencia*”, que considera ya abandonadas por los historiadores actuales. En sentido similar, HERNÁNDEZ ARIZA, 2015, pp. 306-309.

direccionabilidad (por lo que no está predeterminado cuál haya de ser el resultado del cambio ni la valoración que merezca).

Lo que estoy reclamando, pues, es que los historiadores de la dogmática penal abandonen cualquier veleidad de hacer Filosofía de la Historia, con mayúsculas (que, al cabo, no es sino una forma secularizada de la vetusta concepción teológica, y te-leológica, acerca del destino del mundo: LÖWITH, 2007, pp. 233 ss.) y pasen a hacer historia; esto es, ciencia (historiografía). La diferencia fundamental entre una y otra forma de aproximarse a su objeto, la historia de la dogmática, estriba en que, mientras el primer enfoque pretende proporcionar una interpretación global de cómo ha sido dicha historia y una valoración de la misma conforme a criterios normativos, el segundo busca únicamente explicar las causas del cambio e identificar sus consecuencias, y separa completamente dicha descripción de la cuestión valorativa.

III. Por una historiografía científica de la dogmática penal

Así, en el caso concreto de la historia de la dogmática penal, lo que necesitamos desde un punto de vista explicativo (historiográfico) es una teoría que determine cuáles son los factores que influyen (y cuánto cada uno de ellos) en los cambios que han venido produciéndose en las teorías dogmáticas; y un relato suficientemente detallado de a qué cambios da lugar la confluencia de dichos factores.

En este sentido, me atrevo a sugerir -esta sería mi segunda objeción- que necesitamos una narración acerca de la historia de la dogmática penal mucho más compleja que la que estamos acostumbrados a ver (y que Fernando Miró hace suya). Para empezar, porque creo que también en este ámbito cabe distinguir (como en su día propuso, para la ciencia histórica en general, Fernand Braudel: BRAUDEL, 1970, p. 64) entre una historia de la larga duración (en la que se examinen los factores estructurales y muy estables que condicionan el desarrollo de las ideas dogmáticas), una historia de ciclos temporales medianos (en la que se describan y expliquen períodos prolongados de tiempo en los que la dogmática penal adoptó ciertas características particulares, y cómo eso luego cambió) y una historia episódica (en la que se narre cómo surgieron acontecimientos individuales: un determinado debate teórico, una nueva idea, etc.).

1. *La historia larga de dogmática penal: la cesura de las revoluciones liberales*

Así, en la larga duración, parece evidente que, a pesar de las obvias continuidades con la etapa anterior, la aparición, en los regímenes políticos de la edad contemporánea (a partir de la revolución francesa), de la figura de un legislador que se concibe a sí mismo como decisor racional y voluntarista y como representante de la soberanía (ese modelo de legislador que horrorizaba a conservadores como Edmund Burke), cambió significativamente el papel de los penalistas (SCHMIDT, 1965, pp. 282-284)

y dio pie a la aparición de lo que hoy llamamos dogmática jurídica, al identificarse la función de la misma de dotar de racionalidad a la aplicación de las leyes que dicho legislador producía⁷. Y es esta una característica que, en esencia, permanece desde entonces hasta nuestros días, porque la posición relativa de los legisladores y de los teóricos en el proceso de aplicación del Derecho no ha cambiado sustancialmente (aunque sí en algunos detalles).

2. *La dogmática penal, en sus ciclos intermedios*

En cambio, la explicación del cambio teórico acaecido en la historia de la dogmática penal en los ciclos temporales medianos (que se corresponde aproximadamente con la narración de una historia de sucesión de escuelas –o de consecutivas revoluciones paradigmáticas- que es más habitual... pero solo aproximadamente) resulta, a mi entender, mucho más complicada. Porque, en realidad, a lo largo de la historia de la dogmática de los siglos XIX, XX y XXI, no ha existido una única sucesión de ciclos, sino que varias de esas sucesiones se han venido produciendo en paralelo.

2.1. *La necesidad de una historia política*

Así, en primer lugar, es perfectamente posible y deseable construir una narración acerca de las sucesivas relaciones, a lo largo de la historia de estos más de dos siglos, entre la dogmática jurídico-penal y filosofía moral y política; más exactamente, entre dogmática penal y las plasmaciones institucionales de las ideas morales y políticas. De este modo, toda una sucesión de ideas dogmáticas se ha derivado de la siempre conflictiva relación entre normatividad jurídica y orden político (en tanto que manifestación institucional de ideas morales y políticas): evidentemente, no fue el mismo el papel de la dogmática penal en el marco de la monarquía absoluta prusiana que en la semi-constitucional del imperio, en la República de Weimar que en el régimen nacional-socialista, o que en el Estado social y democrático de Derecho de la República de Bonn (y, luego, Berlín). Y algo parecido podría decirse de lo que ha ocurrido en otros estados; en España, entre otros. Desde este primer punto de vista, pues, podría escribirse una historia política de la dogmática penal⁸. Apunto tan solo tres ejemplos de temas y ciclos históricos (recientes) que podría y debería abordar esta historiografía: 1º) la importancia de la idea de una constitución efectivamente normativa -del constitucionalismo, en suma- en la interpretación de la ley penal; 2º) la relación entre los principios del Estado social y el desarrollo de la dogmática Derecho penal

⁷ Aunque ciertamente el proceso no fue unidireccional, sino polémico y contradictorio (recuérdese el debate entre Thibaut y Savigny sobre el papel relativo de la codificación y de la dogmática jurídica en el desarrollo del Derecho): HATTENHAUER, 2004, pp. 637 ss.

⁸ De esta historia política, en Alemania se ha estudiado casi únicamente la parte más polémica y llamativa: lo sucedido entre 1918 y 1945. Y en España está prácticamente todo por hacer...

económico; y 3º) en fin, la conexión entre la “guerra contra el terrorismo” y las manifestaciones dogmáticas de la teoría del Derecho penal del enemigo.

2.2. *La necesidad de una historia social*

En segundo lugar, se echa en falta asimismo una historia social de la dogmática penal: una historia de las estructuras y redes sociales (universidades, asociaciones, institutos, etc.) en las que la práctica dogmática se ha venido desarrollando; de los factores que han influido sobre su aparición y configuración; de los orígenes sociales y de la posición social ocupada por los practicantes de la dogmática en los diferentes momentos históricos...⁹ Estoy seguro de que dicha historia social aportaría importantes conocimientos, acerca de las relaciones entre los procesos sociales a través de los que los dogmáticos llegamos a serlo (escolarización, estudios universitarios, directores de tesis, escuelas, relaciones de poder dentro del medio académico, etc.) y nuestras prácticas teóricas¹⁰.

2.3. *Historia cultural: cuatro líneas de evolución (entre la continuidad y el cambio)*

Por fin, al lado de esta historia política y de esta historia social de la dogmática penal, la explicación de los ciclos temporales medianos reclama asimismo una historia cultural¹¹ de la dogmática (que es en la que se ha concentrado hasta ahora la historia de la dogmática propuesta por penalistas)¹². En efecto, si examinamos con

⁹ En este sentido, la historia de la dogmática que es más usual, al desatender los factores materiales, peca de idealista. Sobre la metodología de la historia social (perfectamente aplicable al caso de la dogmática penal, como se ha aplicado ya a la ciencia y a la técnica), vid. CONRAD, 2015, p. 310; APPLEBY/ HUNT/ JACOB, 1994, pp. 146 ss.

¹⁰ Por ejemplo: ¿cómo ha influido la popularización de los estudios universitarios (y el cambio que ello ha ocasionado en la composición social del profesorado universitario, en el papel social de las universidades, etc.) en las actitudes de los penalistas, teóricos y prácticos, hacia la dogmática penal? ¿Y la incorporación de muchas más mujeres?

¹¹ La historia cultural es un enfoque historiográfico que toma por objeto de estudio la evolución y el cambio en las representaciones culturales (esto es, simbólicas): BURKE, 2006, p. 15. En nuestro caso, de las ideas acerca de quién es penalmente responsable, de qué y por qué.

¹² El hecho de que dicha historia haya sido formulada principalmente por penalistas (arrogándonos con ello al mismo tiempo los papeles de actores y de observadores de la historia narrada) no deja de tener notorios inconvenientes (entre los penalistas, solamente NINO, 1980, p. 37, señala los riesgos de esta manera de hacer historia de la dogmática). De una parte, a causa de nuestro limitado conocimiento de la metodología historiográfica propia de la historia cultural (vid. BURKE, 2006, pp. 35 ss.). Y, de otra, por la dificultad que conlleva para ser medianamente imparciales y suficientemente penetrantes en nuestras descripciones e interpretaciones de la historia que intentamos narrar, puesto que necesariamente adoptaremos para hacerlo lo que los antropólogos denominan una “perspectiva emic”: es decir, haremos uso en nuestra narración de los términos y conceptos que los propios dogmáticos empleamos en nuestras discusiones, tomándolos por su valor nominal (sobre el concepto, vid. HARRIS, 1979, pp. 491 ss.); generalmente, sin tomar en consideración siquiera la posibilidad de que a veces un término o una categoría conceptual sean empleados, en la discusión dogmática, de manera “torcida” (con un significado distinto al usual, con fines retóricos idiosincráticos, con funciones no manifiestas, etc.). Por poner un solo caso (pero muchos otros podrían traerse a colación): adoptar una perspectiva exclusivamente “emic” para narrar la evolución de la teoría de los fines de la pena parece particularmente desacertado, ya que muestra continuidad allí donde, en realidad (desde una perspectiva “etic”, externa al discurso de los penalistas), las formulaciones teóricas de los fines propuestos para (justificar) las penas solamente pueden ser comprendidas de manera exacta examinando el contexto sociopolítico en que los

atención la evolución de las ideas dogmáticas desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días, es posible observar al tiempo una notoria continuidad, pero a la vez igualmente importantes cambios. Y no solo eso: también es posible -y conveniente- diferenciar varios aspectos distintos en los que las ideas han ido evolucionando, de manera relativamente independiente entre sí. En concreto, cuatro aspectos distintos:

1º) Historia de las definiciones de los términos técnicos de la teoría del delito: Así, por una parte, es posible formular una historia de las diferentes definiciones propuestas para determinar el significado de cada uno de los términos técnicos utilizados en el discurso acerca de la responsabilidad penal (ALEXY, 1997, pp. 246-247). En realidad, pues, no una, sino múltiples historias, una por cada uno de dichos términos (tipicidad, dolo, culpabilidad, imprudencia, autoría, etc.).

Si repasamos esta primera historia (de las definiciones de los términos técnicos propios de la dogmática penal), lo que hallaremos será, básicamente, continuidad. Así, si, por ejemplo, todavía hoy leo, en el capítulo tercero de sus *Grundlinien der Criminalistischen Imputationslehre*, la elaboración que Albert Friedrich Berner proponía del concepto de dolo, no encuentro nada particularmente estrambótico en cómo lo definió (como voluntad particularmente dirigida a la realización de lo injusto, plasmada en actos de cognición y de volición: BERNER, 1843, pp. 178-181), hasta el punto de que, con pequeña matizaciones¹³, dicha definición puede ser defendida aún en nuestros días¹⁴.

2º) Historia de la sistemática de la teoría del delito: En segundo lugar, es posible formular también una historia de las ideas acerca de cuál es la sistemática más adecuada para el análisis de la responsabilidad penal: desde este punto de vista, lo

teóricos estaban actuando. Así, por ejemplo, proponer la retribución como fin de la pena tiene poco que ver cuando se hizo en el contexto de la ideología hegeliana acerca del Derecho de la sociedad burguesa (en Julius Abegg, por ejemplo: ABEGG, 1836, pp. 64, 72) y cuando, contemporáneamente, se ha hecho en un marco de pánico moral acerca de la “inseguridad ciudadana” (como, por ejemplo, por parte de VON HIRSCH/ASHWORTH, 2005); y, sin embargo, la historia estándar (“emic”) de las teorías retributivas tiende a hacerlas parte de una misma evolución, lo que resulta más bien engañoso.

¹³ Respecto de la idea de “volición” como manifestación psíquica del dolo (hoy considerada demasiado fuerte y sustituida por formulaciones consideradas más débiles: decisión, conformidad, consentimiento, indiferencia, aceptación,...), respecto de qué es lo que ha de ser conocido,...

¹⁴ La causa de esta sobresaliente continuidad estriba, por supuesto, en el hecho de que los dogmáticos de la edad contemporánea se limitaron a importar y a actualizar definiciones del término “dolo” que habían sido elaboradas mucho antes (en el marco del Derecho canónico medieval: DESCAMPS, 2012), sobre la base de una filosofía de la acción y de una teoría de la responsabilidad moral (las propias de la teología moral cristiana: WILLIAMS, 2019, pp. 247-253) que, al menos hasta el desarrollo de la filosofía neopositivista y analítica a lo largo del siglo XX, se siguió considerando en esencia como vigente. De este modo, incluso mientras iba cambiando -como veremos que ocurrió- la metodología utilizada para determinar cuándo es razonable aplicar el término “doloso” a un hecho, la definición misma del término (esto es, el enunciado que formula lingüísticamente su significado) pudo permanecer inalterada. Y tan solo muy recientemente, con la puesta en cuestión de la teoría aristotélico-tomista de la acción y de la mente por parte de la filosofía analítica y de la moderna ciencia cognitiva, la misma ha empezado a ser puesta en cuestión (vid. PAREDES CASTAÑÓN, 2001; PAREDES CASTAÑÓN, 2020), aunque todavía no está claro si ello va a dar lugar a un verdadero cambio de ciclo.

relevante es el rol que cada “elemento del delito” cumple en el discurso que pretende justificar un juicio de atribución de responsabilidad penal (tanto si se trata de un juicio negativo como de uno afirmativo -y, en este último caso, no solo para justificar la afirmación, sino para cuantificarla, puesto que la responsabilidad penal es siempre graduable). Es decir, la posición que el argumento que hace referencia a dicho elemento del delito (por ejemplo, el aducido al proferir el enunciado “La acción A_i , realizada por S_1 , es dolosa”) debe ocupar en la *dispositio* retórica del esquema argumentativo orientado a justificarlo¹⁵.

De nuevo, en este aspecto la historia de la dogmática penal de la edad contemporánea es también básicamente una historia de continuidad. Aunque no tan absoluta como en el caso anterior. En efecto, si seguimos con el mismo ejemplo del dolo, en este caso podemos identificar dos cambios de ciclo -pero solamente dos- en el esquema argumentativo que le afectan (dos cambios de sistemática) desde sus inicios hasta nuestros días. El primero tuvo lugar finales del siglo XIX: mientras que un penalista de mediados de siglo como Berner (BERNER, 1843, pp. 39 ss.; BERNER, 1857, pp. 138 ss.) aún utilizaba una sistemática unitaria, en la que el dolo no era más que una de las formas psíquicas que podía adoptar la voluntad de realizar lo injusto y en la que, en definitiva, toda la argumentación sobre la responsabilidad acababa por resolverse en torno a la cuestión de si existía o no una acción “imputable” (es decir, que reuniese al tiempo un hecho externo, una voluntad y una voluntad mala), a finales del siglo se impone ya una sistemática más compleja, en la que se distingue en el análisis entre la acción, la antijuridicidad de la acción y su culpabilidad (VON LISZT, 1881, pp. 64 ss.), y el dolo es concebido ya únicamente como una forma de dicha culpabilidad (de manera que, por lo demás, la existencia de acción y de antijuridicidad en nada se ven afectadas por su ausencia o por su presencia)¹⁶. Este esquema argumentativo ha permanecido en buena medida intocado hasta nuestros días, aunque es cierto que a partir de mediados del siglo XX se le fue añadiendo una modificación importante: la introducida cuando el finalismo vino a defender que la acción dolosa no era únicamente una forma de acción delictiva que se distinguiera por su componente psíquico, sino que era algo más, una categoría de acción cualitativamente (es decir, valorativamente) diferente en todos sus aspectos; lo que justificaría entender que existe un injusto específico -cualitativamente distinto- de los delitos dolosos, tanto en el plano externo como en el interno (WELZEL, 1939, pp. 498-503) y que, por consiguiente, una acción sin dolo debía ser considerada como no contraria a Derecho¹⁷.

¹⁵ Me estoy refiriendo, pues, a lo que Karl Larenz denominaba “*sistema externo*” (LARENZ, 1980, pp. 437 ss.): un esquema argumentativo que, basándose tanto en las prescripciones contenidas en las normas positivas como en otras de naturaleza puramente moral, se utiliza para intentar justificar un juicio de atribución de responsabilidad penal.

¹⁶ SCHMIDT, 1965, pp. 383-386.

¹⁷ Como es sabido, esta justificación valorativa del cambio de sistemática tuvo un éxito más bien efímero, puesto que las más recientes teorías de la imputación del hecho al tipo penal han vuelto a reclamar la existencia

Obsérvese que el primer cambio de sistemática, fundado en la bipartición de las condiciones para la imputación entre antijuridicidad y culpabilidad, obedece esencialmente a un deseo de proporcionar la necesaria complejidad al proceso de imputación, separando los aspectos externos de la conducta de los internos (y dando prioridad, y consecuencias independientes, a la concurrencia de los primeros, aun sin los segundos)¹⁸: un cambio, pues, que tiene una razón de ser intrínsecamente sistemática, de ordenación en la argumentación. No ocurrió lo mismo, sin embargo, con el segundo de los cambios, el introducido por el finalismo, que, como señalé, tuvo su origen en un auténtico cambio ideológico acerca de cuál era la relevancia del dolo para la responsabilidad... aunque, como también se ha apuntado, el cambio de ordenación sistemática ha permanecido incluso después de que la propuesta finalista de nueva fundamentación del injusto doloso hubiese sido muy mayoritariamente abandonada. Y ha permanecido, principalmente, por razones exclusivamente sistemáticas, de ordenación de la argumentación (vid. ROXIN/ GRECO, 2020, pp. 407-409).

3º) Historia de la fundamentación de la relevancia de cada elemento del delito: También es posible formular, en tercer lugar, una historia de la función que se atribuye a la teoría de la responsabilidad penal, o algún componente de la misma, dentro de la teoría social (incluyendo la teoría del Derecho). Desde esta perspectiva, la cuestión que hay que examinar no es ya cómo definimos un término (como, por ejemplo el de “dolo”), o cuál debe ser el rol del mismo en la argumentación acerca de la responsabilidad penal, sino la razón por la que tal definición y tal rol poseen relevancia: la razón por la que -por ejemplo- el enunciado “La acción A_i , realizada por S_1 , es dolosa” (en el que se incluye un determinado elemento del delito, definido de un cierto modo y utilizado en un cierto lugar de la argumentación), altera de manera significativa la valoración social que merecen A_i y S_1 ¹⁹. Razón que, en Derecho, siempre tendrá que ver con una determinada teoría acerca de la sociedad y de cómo le afectan las conductas humanas.

4º) Historia de la metodología de aplicación procesal de los elementos del delito: Por fin, la última historia interesante para nosotros es la de las ideas acerca de cuál es la metodología (científico-social) idónea para aplicar los conceptos dogmáticos (los “elementos del delito”) a los hechos que son enjuiciados en los procesos penales, de manera que sea posible establecer unos hechos que se puedan considerar

de una unidad esencial, al menos en el aspecto extrapsíquico, entre las conductas dolosas y las no dolosas (ROXIN/ GRECO, 2020, pp. 403-404, 1185). Y, sin embargo, el nuevo esquema argumentativo se ha consolidado aun prescindiendo de dicha justificación (una prueba más de que, como en el texto se mantiene, la cuestión sistemática -esquema argumentativo- y la valorativa -vinculación entre un elemento del delito y su significación social- son cuestiones relativamente independientes...).

¹⁸ El origen de esta idea de que era necesario complejizar el proceso está en IHERING, 2013.

¹⁹ El hecho de que una información resulte relevante hace referencia siempre a que altera el contexto en el que aquello a lo que la información alude va a ser interpretado (SPERBER/ WILSON, 1994, pp. 138 ss.). En nuestro caso, lo que se altera es la valoración social que la acción humana (aquí, de la acción dolosa, frente a la no dolosa) se piensa que merece.

(racionalmente) como “probados” (y con ello quede justificado el juicio de atribución de responsabilidad, y las consecuencias que de él se derivan). Así, por ejemplo, cómo se determina, en los casos concretos, si una conducta debe o no ser calificada como dolosa.

Esta subdivisión pone de manifiesto que en realidad no es posible narrar la historia de las ideas dogmáticas como una (única) de cambio o de continuidad, sino que de las dos cosas ha habido: mientras que en la historia de las definiciones de los elementos del delito y en la historia de la sistemática de la responsabilidad encontramos, como hemos visto, básicamente continuidad, en cambio, la historia de la inserción de la dogmática en la teoría social y la de la metodología de aplicación han ido cambiando de manera significativa desde el siglo XIX hasta nuestros días. Obviamente, porque a lo largo de todo ese período el debate tanto en teoría social como en metodología de las ciencias sociales ha sido vivísimo (a diferencia de lo que ocurría en filosofía de la acción o en teoría de la responsabilidad moral), y esta viveza ha tenido una inevitable repercusión en las discusiones de los dogmáticos.

Siguiendo con el mismo ejemplo: mientras que, como he señalado en la obra de Berner sobre la teoría de la imputación no hay, en relación el dolo, nada particularmente estrambótico en la definición del término, en cambio, sus ideas acerca de la razón de que este requisito sea relevante para la imputación (entendido por él como una de las formas que adopta la voluntad ínsita a la acción humana, condición básica para que sea posible la imputación: BERNER, 1843, pp. 3 ss., 174-178) resulta mucho más históricamente datadas (aun si algún penalista contemporáneo puede haberlas incorporado: véase, paradigmáticamente, JAKOBS, 2020, pp. 23-25), por su vinculación con la teoría de la acción y del Derecho de G. W. F. Hegel. Así, aun aceptando una definición muy parecida del término, allí donde Berner identificaba una voluntad mala, en tanto que está orientada a contradecir el Derecho (entendido como expresión de la racionalidad comunitaria -la *Sittlichekeit*), Von Liszt ve más bien una voluntad que revela la actitud antisocial del agente, una desviación respecto de las normas sociales (VON LISZT, 1999, p. 409). Por su parte, el neokantismo localizará la razón de la relevancia del dolo en la naturaleza consciente (y, por ende, reprochable) de la voluntad que decide que la acción delictiva tenga lugar (MEZGER, 1946, pp. 100-102). Welzel, en cambio, apreciará -como vimos- que la acción dolosa es una categoría de acción esencialmente distinta (es decir, moralmente diferente, merecedora de una valoración moral propia) debido al hecho de que únicamente en estos casos el resultado causalmente producido puede ser efectivamente considerado como obra, en el sentido más pleno, de la voluntad del agente (WELZEL, 1975, p. 109). O, en fin, las concepciones teleológicas contemporáneas identifican dicha relevancia en el hecho de que el sujeto, tras abarcar con su conocimiento todos los componentes externos de la conducta típica, se haya decidido pese a todo a realizarla (ROXIN/ GRECO, 2020, p. 409) de un modo que justifica

suficientemente que solo esa conducta sea penada, o lo sea con una pena sustancialmente más grave más grave (ROXIN, 1976, pp. 92-95).

Y otro tanto podría decirse de la evolución de las ideas acerca de la metodología más idónea para aplicar los elementos del delito en el proceso (aunque ciertamente este aspecto ha sido mucho menos desarrollado en la dogmática penal): allí donde Berner propone apoyarse en la interpretación del sentido social que la acción posee (BERNER, 1843, pp. 40-43), Von Liszt piensa, por su parte, que la voluntad es un hecho psíquico, que puede y debe ser determinado a través de los medios de las ciencias empíricas (VON LISZT, 1999, p. 388), mientras que el neokantismo y las concepciones teleológicas del delito tienden todas ellas a considerar que aplicar el concepto de dolo significa, en definitiva, hacer una valoración (aunque, ciertamente, de maneras bastante diferentes entre sí) sobre los aspectos internos de la acción.

Obsérvese, por lo tanto, que verdaderamente la diferencia entre escuelas en torno al concepto de dolo se ha venido derivando ante todo de la diferente concepción de la sociedad y de la función del Derecho que unos y otros mantienen (esto es, de la teoría social), de una parte; y, de otra, de sus distintas ideas de ciencia social (y del método más adecuado para practicarla).

IV. ¿Progresan realmente la dogmática penal? Dos casos claros y uno dudoso

En resumidas cuentas: ni existe una única historia posible de la dogmática penal que narrar, sino varias; ni dichas historias tienen un sentido único; y ni siquiera todas ellas siguen un ritmo de cambio idéntico, similar o incluso paralelo (puesto que en cada una el cambio obedece a causas -políticas, sociales, culturales- diferentes).

De hecho, pues, parece difícil identificar, en esa(s) historia(s) de la dogmática penal, la existencia de ninguna dirección de progreso (y aquí estriba mi tercera objeción). No, al menos, en el sentido usual en historia y filosofía de la ciencia (progreso como aumento del conocimiento del mundo, tanto en términos cuantitativos -más información- como cualitativos -mejor estructurada): es dudoso que, por ejemplo, la diferencia entre la dogmática naturalista clásica y la dogmática teleológica contemporánea tenga algo que ver con que esta sepa más y mejor sobre el Derecho positivo que aquella, o en que -como imagino que defendería Miró- esta última haya resuelto problemas que aquella no fue capaz de resolver. Hay, sí, diferentes maneras de estructurar el análisis (del dolo, por ejemplo), fundamentos distintos para justificar la relevancia de dicho análisis y metodologías científico-sociales diversas para aplicarlo. Pero no necesariamente mejores desde un punto de vista cognoscitivo²⁰.

²⁰ Y, desde luego, si en vez de referirnos al progreso epistémico, nos referimos a la moral, su existencia (pilar básico de la Filosofía de la Historia *whiggish* que vengo criticando) resulta todavía más difícil de defender: ¿de verdad alguien puede sostener que la dogmática contemporánea es (en su sistemática, en sus teorías sobre la pena o el delito) moralmente superior a la decimonónica o a la principios del siglo XX? Si lo es, lo será, desde luego, por razones no intrínsecas, sino extrínsecas: por los límites que las normas constitucionales

Lo que ocurre, en mi opinión, es que la pretensión de aplicar las categorías propias de la historia y de la filosofía de la ciencia al caso de la dogmática penal (y, en general, a la dogmática jurídica) resulta equivocada, pues dicha aplicación carece de virtualidad explicativa. Y carece de ella, porque la dogmática no es una operación puramente cognoscitiva (en el sentido que lo es la ciencia), sino que -como también reconoce Miró- es un ejercicio de praxis (técnica): no trata -al menos, no principalmente- de conocer el Derecho, sino de aplicarlo (ATIENZA, 2015, pp. 177-181)²¹. El aspecto técnico de la dogmática consiste en la creación, a partir de un amplísimo bagaje de ideas (procedentes de la filosofía moral y política, de la filosofía de la acción, de la filosofía de la mente, de la ciencia, etc.), de un conjunto (en el mejor de los casos, pero no siempre, un conjunto bien formulado y suficientemente consistente) de razones para la acción: de razones que pretenden motivar a los operadores jurídicos que son competentes para la aplicación del Derecho positivo a usar sus normas para adoptar, en relación con los casos (conflictos) que se les plantean, decisiones con cierto contenido; excluyendo, en cambio, otras decisiones alternativas, que en principio serían también posibles²².

De este modo, la manera más idónea de explicar cómo procede la dogmática jurídica, así como de valorar sus logros, no es basarse en el *modus operandi* propio de la praxis científica, sino en el de la técnica. La praxis técnica, en efecto, posee una dinámica diferente, en la que, en vez de transitar desde la identificación de un hecho o concepto problemático (difícil de encajar en el conocimiento preexistente) hasta un enunciado capaz de incorporarlo al cuerpo de conocimientos²³, se transita más bien

y de Derecho internacional de los derechos humanos imponen a ciertas interpretaciones o propuestas. Es decir, no porque sus teorías sean moralmente superiores, sino porque algunas de ellas no tienen cabida en el marco del Derecho positivo. En un ejemplo: existe una clarísima línea de continuidad entre el discurso sobre los “*delincuentes incorregibles*” propio de la escuela positivista decimonónica y el contemporáneo sobre el Derecho penal del enemigo (pasando por el discurso sobre Derecho penal de autor y peligrosidad de muchos penalistas alemanes en las décadas de los años treinta y cuarenta del pasado siglo) y, por ende, razones para hacer una valoración moral similar de todos ellos; lo que cambia, claro, es el hecho de que hoy ciertas interpretaciones radicales de este discurso son impracticables en el Estado constitucional de Derecho. Pero, entonces, los límites son externos, no propios de la dogmática misma...

²¹ Precisamente por esto, discrepo asimismo de la idea, sostenida por Miró, de que la dogmática jurídica contemporánea deba continuar “progresando”, gracias a un “*giro pragmático*”, mediante la incorporación de la política criminal y de la teoría de la legislación a su acervo. Pues, aunque, como es notorio, comparto con él el interés por ambas disciplinas, creo que las mismas son técnicas muy diferentes a la dogmática, pensadas para resolver problemas distintos a los de la aplicación del Derecho positivo y a que deben ser ejercitadas a través de metodologías específicas y diferenciadas (aunque, obviamente, puedan hacer uso para su labor de las buenas y malas experiencias que se ha obtenido en la práctica de la dogmática).

²² En definitiva, las normas jurídicas son enunciados lingüísticos (HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, pp. 114-121), que, respecto de los operadores jurídicos competentes para aplicarlas, cumplen la función (técnica) de comunicar un manual de instrucciones acerca de qué decisión adoptar. Pero, como ocurre tantas veces con las reglas técnicas, estas no predeterminan por completo la decisión, sino que exigen del decisor un ejercicio de frónesis: de prudencia en el actuar, en vista de las circunstancias del caso concreto (LLEDÓ, 2002, pp. 162-179). Justamente, la función de los enunciados dogmáticos es intentar ayudar al operador a orientarse cuando realiza dicho ejercicio.

²³ La dinámica es, pues: identificación de un problema, empírico o conceptual → hipótesis teórica explicativa → verificación o falsación → reajuste de la teoría... (DÍEZ/ MOULINES, 2008, pp. 229 ss.).

desde la identificación de una función hasta la estructura que ha de cumplirla. El proceso es: identificación de un problema práctico → diseño del prototipo de solución → prueba → corrección del diseño o reformulación del problema (KROES, 2009, pp. 523 ss.). Y el paso de la identificación del problema al diseño de la solución se produce a través de un razonamiento práctico. De acuerdo con Von Wright (VON WRIGHT, 1983, pp. 2-3), un razonamiento práctico tiene la siguiente estructura:

Premisa I: Declaración de un objetivo

Premisa II: Enunciación de la regla técnica, que indica la acción que hay que realizar para lograr el objetivo

Conclusión: Enunciación de las razones para realizar una determinada acción (y no otras alternativas, también posibles)²⁴.

Usualmente, la discusión dogmática versa sobre la corrección o incorrección de la Premisa II: es decir, sobre la corrección de la regla técnica. Discusión que puede focalizarse: a) bien en el conocimiento acerca de la realidad en el que la regla pretende basarse²⁵ (ejemplo: ¿marca la ausencia de representación actual del riesgo una diferencia esencial en la valoración social de una conducta?); b) bien en la relación existente entre dicho conocimiento y la indicación técnica que de ella pretende derivarse (ejemplo: ¿debe considerarse la diferencia en valoración social decisiva para la calificación jurídico-penal de una conducta como dolosa?); o bien c) en la unidad o diversidad del grupo de casos (descrito en la Premisa I) que se pretende resolver (ejemplo: ¿de verdad son equiparables todos los supuestos de ignorancia deliberada?)²⁶.

En este contexto, cabe hablar de progreso en tres sentidos diferentes:

1º) Progreso como identificación de nuevos problemas: Cuando se identifican problemas técnico-prácticos (de aplicación del Derecho) antes no contemplados. Dicha identificación puede obedecer, es cierto (como señala Miró), a nuevos hechos jurídicos o a nuevas normas de Derecho positivo. Pero también, simplemente, a que se cobre conciencia de una dificultad preexistente, pero que anteriormente no había sido percibida (por ejemplo, por parte de los tribunales: así ha ocurrido, por ejemplo, con

²⁴ Por ejemplo, en los casos de ignorancia deliberada (vid. RAGUÉS I VALLÈS, 2007), podría argumentarse que: 1º) es imprescindible determinar si un supuesto de ignorancia deliberada debe o no ser calificado como conducta dolosa (*Premisa I*); 2º) solamente existe conducta dolosa cuando el agente tiene, en el momento de actuar, una representación actual de la relevancia de su conducta para al bien jurídico (*Premisa II*); luego 3º) la conducta en casos de ignorancia deliberada no debe ser calificada como dolosa (*Conclusión*).

²⁵ A estos enunciados que sustentan las reglas técnicas es a lo que Von Wright denomina enunciados anankásticos (VON WRIGHT, 1970, p. 29).

²⁶ Aunque hay ocasiones incluso (ciertamente, menos frecuentes) en las que la discusión se focaliza en la corrección de la *Premisa I*, es decir, en si el objetivo que se pretende perseguir mediante el razonamiento dogmático es o no razonable (por ejemplo: ¿de verdad es razonable estructurar la imputación subjetiva de las conductas infractoras exclusivamente sobre la base de las categorías de dolo e imprudencia, no lo sería más reconocer -al menos- un *tertium genus*?). Pues, como apunta ATIENZA, 2015, pp. 192-196, la dogmática jurídica, a diferencia de muchas otras técnicas, está obligada a discutir también la corrección y razonabilidad de sus propios fines.

el problema de la ignorancia deliberada). En este sentido, hay que decir que, contra lo que Miró parecería sostener, esta forma de progreso se corresponde más bien con fenómenos de historia episódica (por ejemplo: con grupos de casos novedosos que la jurisprudencia ha de resolver)²⁷ que con cambios de ciclo o de tendencia en la historia global de la dogmática penal.

2º) Progreso como introducción de nuevos conocimientos científicos en la aplicación de los conceptos dogmáticos: Cuando cambia de manera sustancial la base de conocimiento teórico que justificaba ciertas reglas técnicas de la dogmática. Así, por ejemplo, si llegase a consolidarse -como me parece razonable- un concepto de dolo más estrechamente vinculado a los conocimientos que aporta la más moderna ciencia cognitiva, no cabe duda de que ello produciría un cambio significativo en la dogmática del dolo. Y, además, un cambio en un sentido progresivo (debido al progreso epistémico que dichos nuevos y mejores conocimientos significan en el ámbito científico).

3º) Progreso como solución técnicamente mejor a problemas preexistentes: Como se comprenderá, en los dos supuestos anteriores, el progreso dogmático obedece a causas externas a la dogmática misma: a nuevos problemas (nuevas normas positivas, nuevos hechos jurídicos o nuevas percepciones sociales acerca de dichos hechos o de dichas normas), en el primer caso; al influjo del conocimiento teórico sobre la praxis, en el segundo. Por ello, de progreso dogmático en sentido estricto (esto es, de un progreso dogmático derivado de causas intrínsecas a la dogmática misma) tan solo podría hablarse si una nueva solución dogmática a un problema preexistente se pasa a considerar como preferible, como óptima, en comparación con soluciones anteriores, por razones atinentes exclusivamente a la naturaleza práctica de la solución (y no al conocimiento teórico en el que esta se apoya). Es este, pues, un criterio de optimización técnica, que permite establecer que una determinada solución S_2 al problema P es preferible a la solución S_1 a ese mismo problema. Dicha preferencia ha de justificarse precisamente en términos técnicos: en la medida en que la adopción de la acción indicada en S_2 satisface mejor (que S_1) la función que la resolución del problema P pretende cumplir (FRANSSEN, 2009, pp. 934 ss.).

Así, por ejemplo: puede sostenerse que calificar cierta clase de conductas de ignorancia deliberada (la ignorancia deliberada como resultado de una estrategia para eludir posibles responsabilidades) como dolosas (S_2) resultaría preferible a calificarlas como meramente imprudentes (S_1) porque ello satisfaría mejor las funciones político-criminales (de prevención y de justicia) que la tipificación de conductas dolosas pretende lograr (así lo afirma, por ejemplo, RAGUÉS I VALLÈS, 2007, pp. 191-192). Es obvio, sin embargo, que esta afirmación puede ser discutida: a) bien

²⁷ Por ejemplo, en materia de ignorancia deliberada, casos de tráfico de drogas, de delitos económicos, etc. (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, pp. 22 ss.).

cuestionando que las funciones propuestas sean las correctas; o bien b) criticando la pretendida relación entre tales funciones y la solución S_2 que se propone. De este modo, esta última modalidad de progreso dogmático -la única que obedece a causas intrínsecas- está siempre sujeta a la posibilidad de cuestionamiento: así, un defensor convencido de una concepción psicologista del dolo -como yo mismo- discutirá que la interpretación de los casos de ignorancia deliberada que se acaba de exponer sea un verdadero progreso y no, en cambio, una deformación y manipulación de los criterios de imputación (PAREDES CASTAÑÓN, 2019). Por lo tanto, verdaderamente cabe dudar de que en este caso se pueda hablar de auténtico (esto es, indiscutible) progreso, y no más bien de que la solución S_2 es preferible a la S_1 para quien sostenga una determinada concepción acerca de la relevancia del dolo para la responsabilidad penal (sobre la base, como veíamos, de cierta clase de teoría social y del Derecho); pero que, en cambio, S_1 es preferible a S_2 para quien sostenga otra diferente. Especialmente, porque no parece existir ningún método para justificar en términos intersubjetivamente irrecusables que una determinada teoría social T_2 (pongamos: que la razón de que la acción intencionada sea más grave que la meramente negligente estriba en el hecho de que produce un efecto más intenso de cuestionamiento de la vigencia de la norma primaria)²⁸, en la que se basa la solución S_2 , sea superior a la teoría T_1 (pongamos: que la razón de que la acción intencionada sea más grave que la meramente negligente estriba más bien en que la decisión que conduce a la primera provoca en el observador emociones morales negativas mucho más intensas que la que conduce a la segunda, debido a la inferior “calidad de la voluntad” que se observa en aquella)²⁹ en la que se apoya la solución S_1 ³⁰.

Claro que, si esto es así, entonces el único progreso dogmático por razones intrínsecas tendría lugar cuando, utilizando el venerable método de ensayo y error (tan caro a la praxis técnica de la humanidad desde los comienzos de la historia, pero también tan antieconómico)³¹, los aplicadores del Derecho que emplean artefactos creados por la dogmática (y los teóricos de la dogmática que les siguen atentamente)

²⁸ JAKOBS, 1997, pp. 312-313.

²⁹ HYERONIMI, 2022, pp. 279-281. Esto es lo que Jakobs denominaría una justificación eticista.

³⁰ En el sentido empleado en el texto, las teorías sociales (¡no confundir con los enunciados producidos por las ciencias sociales!) son constructos retóricos dirigidos a enmarcar dentro de una interpretación global y valorativa los conocimientos proporcionados bien (en el mejor de los casos) por las ciencias sociales, o bien por el sentido común, para volverlos de este modo útiles para la acción: TURNER, 2009, pp. 4-5. Pero, si esto es así, entonces no existe manera racional alguna de determinar de manera incontestable que una teoría social es superior a otra, ya que en todos los casos las teorías incorporan tanto concepciones globales acerca de la realidad social como valoraciones sobre la misma. Y, en mi opinión, ni las proposiciones interpretativas que no hacen referencia directa a datos empíricos o a términos teóricos bien definidos (HOLLIS, 2002, pp. 236 ss.), ni menos aún las proposiciones con contenido moral (BEDKE, 2018, pp. 292 ss.) pueden ser falsadas. Por lo que se puede, sí, dar razones por las que se piensa que una teoría es más ajustada desde el punto de vista interpretativo o moralmente preferible que otra, pero nada más.

³¹ En efecto, el método de ensayo y error implica asumir que, con toda seguridad, hasta que se encuentre el artefacto más adecuado para resolver un problema técnico, se producirá un número indeterminado (¡que puede ser muy grande!) de soluciones subóptimas, con los costes que ello conlleva: CHANNELL, 2009, p. 126). En este sentido, la dogmática jurídica sigue siendo una técnica extremadamente primitiva.

se percatan de que una determinada solución S_x tiene inconvenientes que no habían sido percibidos previamente y, por ello, se abandona (¿para siempre?). Algo que ha sucedido algunas veces (ejemplos: la preterintencionalidad y los delitos cualificados por el resultado), pero que realmente resulta más bien infrecuente.

Bibliografía

- ABEGG, J. (1836), *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt an der Orla.
- ALEXY, R. (1997), *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza/ I. Espejo, Madrid.
- ANKERSMIT, F. R. (2009), “Narrative and Interpretation”, en Tucker, A. (ed.): *A Companion to the Philosophy of History and Historiography*, Chichester, pp. 199-208.
- APPLEBY, J./ HUNT, L./ JACOB, M. (1994), *Telling the Truth about History*, New York/ London.
- ATIENZA, M. (2015), “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, en Carbonell, M./ Fix-Fierro, H./ González Pérez, L. R./ Valadés, D. (coords.): *Derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, tomo IV, vol. 1, México, pp. 169-196.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (2019), “La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica”, *InDret*, nº 2/2019.
- BEDKE, M. S. (2018), “Cognitivism and Non-Cognitivism”, en McPherson, T./ Plunkett, D. (eds.): *The Routledge Handbook of Metaethics*, London/ New York, pp. 292-307.
- BERNER, A. F. (1843), *Grundlinien der Criminalistischen Imputationslehre*, Berlin.
- BERNER, A. F. (1857), *Lerhbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig.
- BOURDIEU, P. (2003), *El oficio de científico*, trad. J. Jordá, Barcelona.
- BOURDIEU, P. (2008), *Cuestiones de Sociología*, trad. E. Martín Criado, Madrid.
- BRAUDEL, F. (1970), *La historia y las ciencias sociales*, trad. J. Gómez Mendoza, Madrid.
- BURKE, P. (2006), *¿Qué es la historia cultural?*, trad. P. Hermida Lazcano, Barcelona.
- BURROW, J. (2007), *A History of Histories*, London.
- BUTTERFIELD, H. (1965), *The Wigh Interpretation of History*, New York.
- CHANNELL, D. F. (2009), “The Emergence of the Engineering Sciences: An Historical Analysis”, en Meijers, A. (ed.): *Philosophy of Technology and Engineering Sciences*, Burlington/ Oxford/ Amsterdam, pp. 117-154.
- CONRAD, C. (2015), “Social History”, en Wright, J. D. (ed.): *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2ª ed., Amsterdam, pp. 307-312.
- DAY, M. (2008), *The Philosophy of History. An Introduction*, London/ New York.
- DESCAMPS, O. (2012), “Quelques remarques sur la distinction entre homicide volontaire et homicide involontaire en droit canonique médiéval”, en Schomeckel, M./ Condorelli, O./ Roumy, F. (eds.): *Der Einfluss der Kanonistik, auf die europäische Rechtskultur*, tomo III, Wien/ Köln/ Weimar, pp. 107-134.
- DÍEZ, J. A./ MOULINES, C. U. (2008), *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, 3ª ed., Barcelona.
- FRANSSSEN, M. (2009), “Artefacts and Normativity”, en Meijers, A. (ed.): *Philosophy of Technology and Engineering Sciences*, Burlington/ Oxford/ Amsterdam, pp. 923-952.
- HARRIS, M. (1979), *El desarrollo de la teoría antropológica*, trad. R. Valdés del Toro, Madrid.
- HATTENHAUER, H. (2004), *Europäische Rechtsgeschichte*, 4ª ed., Heidelberg.

- HERNÁNDEZ ARIZA, J. (2015), “Introducción a la ‘Historia de la Ciencia’ como género”, en Aullón de Haro, P. (ed.): *Historiografía y teoría de la historia del pensamiento, la literatura y el arte*, Madrid, pp. 293-323.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1998), *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid.
- HOLLIS, M. (2002), *The Philosophy of Social Science. An Introduction*, Cambridge.
- HYERONIMI, P. (2022), “Agency and Responsibility”, en Ferrero, L. (ed.): *The Routledge Handbook of Philosophy of Agency*, London/ New York, pp. 279-287.
- IHERING, R. v. (2013), *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*, trad. J. L. Guzmán Dalbora, Buenos Aires/ Montevideo.
- JAKOBS, G. (1997), *Derecho Penal. Parte General*, trad. J. Cuello Contreras/ J. L. Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid.
- JAKOBS, G. (2020), *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Tübingen.
- KROES, P. (2009), “Foundational Issues of Engineering Design”, en Meijers, A. (ed.): *Philosophy of Technology and Engineering Sciences*, Burlington/ Oxford/ Amsterdam, pp. 513-541.
- KUHN, T. S. (1982), *La tensión esencial*, trad. R. Hellier, Madrid.
- LARENZ, K. (1980), *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, 2ª ed., Barcelona.
- LAUDAN, L. (1986), *El progreso y sus problemas. Hacia una teoría del crecimiento científico*, trad. J. López Tapia, Madrid.
- LÖWITZ, K. (2007), *Historia del mundo y salvación*, trad. N. Espinosa, Buenos Aires.
- LUHMANN, N. (2018), *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 8ª ed., Frankfurt am Main.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (2016), *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Montevideo/ Buenos Aires.
- LLEDÓ, E. (2002), “Aristóteles y la ética de la «polis»”, en Camps, V. (ed.): *Historia de la ética*, tomo I, 2ª ed., Barcelona, pp. 136-207.
- MEZGER, E. (1946), *Tratado de Derecho penal*, tomo II, trad. A. Rodríguez Muñoz, Madrid.
- NINO, C. S. (1980), *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2001), “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, pp. 67-93.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2006), “¿«Al otro lado del discurso jurídico penal»? Sobre las bases político-criminales de la «modernización» del Derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, pp. 437-472.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2019), “Recensión a Armando Sánchez Málaga, Una teoría para la determinación del dolo, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2018”, *InDret*, 1/2019.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2020), “Dolo y psicología de sentido común”, en De Vicente Remesal, J./ Díaz y García Conlledo, M./ Paredes Castañón, J. M./ Olaizola Nogales, I./ Trapero Barreales, M. A./ Roso Cañadillas, R./ Lombana Villalba, J. A. (eds.): *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. I, Madrid, pp. 875-885.
- PÉREZ ALONSO, E. (1997), “Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L, pp. 185-209.
- PÉREZ ARROYO, M. R. (1999), “La funcionalización del Derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, pp. 497-525.

- PIHLAJAMÄKI, H./ KORPIOLA, M. (2014), “Medieval Canon Law: The Origins of Modern Criminal Law”, en Dubber/ Hörnle (eds.): *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, pp. 201-224.
- POPPER, K. R. (1996), *El universo abierto*, trad. M. Sansigre Vidal, 3ª ed., Madrid.
- POPPER, K. R. (2014), *La miseria del historicismo*, trad. P. Schwartz, 3ª ed., Madrid.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2007), *Ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico* [en línea]. < <https://dpej.rae.es/> > [Fecha de la consulta: 12/12/2022].
- ROXIN, C. (1976), *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. D. M. Luzón Peña, Madrid.
- ROXIN, C./ GRECO, L. (2020), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, 5ª ed., München.
- SCHMIDT, E. (1965), *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen.
- SOLARI MERLO, M. N. (2021), “Los paradigmas del derecho penal: «el progreso de la ciencia a través de las revoluciones científicas»”, *Derecho Penal y Criminología*, nº 41, pp. 91-118.
- SPERBER, D./ WILSON, D. (1994), *La relevancia*, trad. E. Leonetti, Madrid.
- TURNER, B. S. (2009), “Introduction: A New Agenda for Social Theory?”, en Turner, B. S. (ed.): *The New Blackwell Companion to Social Theory*, Chichester, pp. 1-16.
- VAŠÍČEK, Z. (2009), “Philosophy of History”, en Tucker, A. (ed.): *A Companion to the Philosophy of History and Historiography*, Chichester, pp. 26-43.
- VON HIRSCH, A./ ASHWORTH, A. (2005), *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, New York.
- VON LISZT, F. (1881), *Das Deutsche Reichstrafrecht*, Berlin/ Leipzig.
- VON LISZT, F. (1999), *Tratado de Derecho penal*, tomo II, trad. L. Jiménez de Asúa, 4ª ed., Madrid.
- VON WRIGHT, G. H. (1970), *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. García Ferrero, Madrid.
- VON WRIGHT, G. H. (1983), *Philosophical Papers, vol. I: Practical Reason*, Ithaca.
- WELZEL, H. (1939), “Studien zum System des Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 58, pp. 491-566.
- WELZEL, H. (1975), “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”, en Welzel, H.: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/ New York, pp. 29-119.
- WILLIAMS, T. (2019), “Will and Intellect”, en Williams, T. (ed.): *The Cambridge Companion to Medieval Ethics*, Cambridge, pp. 238-256.