

---

# El Derecho penal entre la Filosofía

## *Criminal Law inside Philosophy*

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ\*

Universidad de Navarra  
pablosostiz@unav.es

RECIBIDO: 23/11/2016 / ACEPTADO: 19/12/2016

---

**Resumen:** Alvaro d'Ors fue durante años el Bibliotecario General de la Universidad de Navarra y tuvo ocasión de aplicar sus tesis sobre la división de las ciencias y los saberes. En su opinión, el derecho penal ocupa un lugar peculiar. Su ubicación se encuentra junto a la ética y la filosofía del derecho por una parte y el núcleo de la filosofía por otro. El autor indaga en las actitudes a las que responde esa elección.

**Palabras clave:** Derecho penal, sistema de las ciencias, biblioteconomía, jurisprudencia, imputación, responsabilidad.

**Abstract:** Alvaro d'Ors was for years the General Librarian of the University of Navarra and had occasion to apply his theses on the division of sciences and knowledge. In his opinion, criminal law occupies a peculiar place. Its location is next to ethics and philosophy of law on the one hand and to the core of philosophy on the other. The author inquires into the attitudes to which that choice responds.

**Keywords:** Criminal Law, System of the Sciences, Biblioteconomy, Jurisprudence, Imputation, Responsabilit.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Quien acuda a la Biblioteca de Humanidades de la Universidad de Navarra y se sitúe en el ámbito de la bibliografía jurídico-penal, percibirá enseguida que sus compañeros de viaje no son los procesalistas, criminólogos, constitucionalistas o iusprivatistas. El Derecho penal se halla ubicado en la sección B-*Filosofía*. Es ya sabido que la configuración y organización de la Biblioteca de la Universidad de Navarra debe mucho a Álvaro d'Ors. A propósito de esta ubicación, el objeto de estas líneas es reflexionar sobre la relación del Derecho penal con la Filosofía, tanto en el pensamiento de quien fue su primer bibliotecario general, como en planteamientos actuales de esta rama del Derecho.

---

\* Agradezco al Prof. Rafael Domingo los comentarios y sugerencias a la versión inicial de este trabajo.

2. No es esta la única singularidad en la organización de los fondos bibliográficos de materias jurídicas. En comparación con los contenidos de los planes de estudio de Derecho en España, las materias jurídicas no se agrupan en un solo ámbito, sino que se ubican en diversos lugares. Buena parte de ellas pertenecen a la sección C-*Jurisprudencia*, cuya denominación dice ya mucho sobre el modo de entender el Derecho. Sin embargo, no se encuentra ahí el Derecho romano; buena parte de este se sitúa en otro lugar, algo distante incluso espacialmente, como es la sección F-*Antigüedad clásica*, en la que se incluyen también materias de Filología clásica e Historia de la Antigüedad<sup>1</sup>. En cambio, parte del Derecho internacional público se ubica en la sección D-*Mundo moderno*, en donde no se halla sin embargo el Derecho constitucional, situado en la sección C-*Jurisprudencia*. Sin duda que el proyecto originario de Álvaro d'Ors tiene su justificación: podrá estarse o no de acuerdo con su planteamiento, pero es claro que el artífice de la clasificación topográfica de la Biblioteca no la realizó de manera arbitraria, sino bien justificada<sup>2</sup>.

En el planteamiento general, tras las secciones A-*Teología* y B-*Filosofía*, viene la sección C-*Jurisprudencia*. Es difícil que se trate de mera casualidad. Siempre me ha parecido que en el trasfondo podía estar la expresión de Ulpiano sobre la jurisprudencia: «Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia» (Digesto, 1.1.10.2). Y viniendo de Álvaro d'Ors, se trataría de algo meditado y, por alguna razón, así justificado y decidido. Sea como fuere, el Derecho penal es una de las tres subsecciones<sup>3</sup> de la sección B-*Filosofía*, situada justo a continuación de la subsección de «Ética

<sup>1</sup> Por tanto, una vinculación del Derecho romano con sus fuentes: una ubicación que no puede dejar de recordar a la definición con la que se abre su *manual*: «Se entiende por «Derecho Romano» una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (iuris prudentes)»: D'ORS, *Derecho privado romano*, 10.ª ed., Pamplona, 2004 (reimpr., 2006), § 1. Sobre las referencias de las diversas ediciones de su obra, cfr. el detallado estudio de DOMINGO, *Álvaro d'Ors. Una aproximación a su obra*, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 30.

<sup>2</sup> Cfr. D'ORS, *El sistema de las ciencias*, Pamplona, 1969, pp. 38-39, 47-50. Sobre esta obra, cfr. DOMINGO, *Álvaro d'Ors. Una aproximación a su obra*, pp. 46-47.

<sup>3</sup> A su vez, dentro de la subsección «Derecho penal», las publicaciones se ordenan en cuatro subsecciones («Legislación», «Tratados», «Monografías», «Escritos reunidos» y «Revistas») que se emplean también en otras subsecciones de la Biblioteca. Conociendo esta división interna, quien esto escribe encontró cierto paralelismo con la existente en el *Institut für die Gesamten Strafrechtswissenschaften* de la *Ludwig-Maximilian-Universität* de Múnich. Tampoco me parece que se trate de una mera casualidad, sino de una clasificación bastante funcional.

y Filosofía del Derecho», antes de la subsección «Filosofía», pero en cierto modo al margen de la *Jurisprudencia*. No puede pasarse por alto que *Filosofía* es una sección (B) y una subsección a su vez de esta.

3. Esta contribución se ocupa de esta singular ubicación y sus consecuencias. En lo que sigue (II), me referiré a una primera explicación del título (el Derecho penal *entre* la Filosofía), referida a la mera ubicación topográfica. Sigue después (III) una consideración sobre otro modo de entender la conexión del Derecho penal con la Filosofía (el Derecho penal *dentro* de la Filosofía), para conducir a mi propia visión sobre cómo puede llevarse a cabo en concreto esa relación entre ambos saberes (IV).

## II. EL DERECHO PENAL *ENTRE* LA FILOSOFÍA: UNA ASOCIACIÓN ALGO MÁS QUE TOPOGRÁFICA

1. Esta ubicación del Derecho penal «entre» la Filosofía sugiere que se trataría de una disciplina filosófica. Y en esa medida se plantearían dudas de su carácter jurídico. Es más, su proximidad a la Ética y Filosofía del Derecho parece fruto de una sopesada opción por alejarlo también del núcleo de la Filosofía. Sin embargo, que el Derecho penal sea Filosofía es algo más que dudoso ya desde el punto de vista de esa misma clasificación bibliográfica, a la vista de que se sitúa antes de la Filosofía en cuanto tal. Y su vinculación con la Ética y la Filosofía del Derecho no supone sino que el Derecho penal ni es propiamente Filosofía (tampoco Filosofía del Derecho), ni es Ética. A primera vista, se podría pensar que la decisión responde a uno de los usos académicos en la Universidad alemana como es que la Filosofía del Derecho sea abordada por penalistas, pero eso –siendo correcto– no justifica su inusual ubicación, pues en Alemania también abordan la Filosofía del Derecho los privatistas (Karl Larenz lo era) y los iuspublicistas (lo era Georg Jellinek); además, en ocasiones también abordan los penalistas la correspondiente parte del Derecho procesal<sup>4</sup>, que en la clasificación de la Biblioteca de la Univer-

<sup>4</sup> En cambio, la Criminología –cultivada en universidades alemanas por algunos de los penalistas– es un saber que, en el planteamiento de *El sistema de las ciencias*, sería más propio de la Psicología (en la clasificación de la Biblioteca de la Universidad de Navarra, en la sección V-*Psicología*). Sobre esta expresaba d'Ors en 1969: «La *Psicología*, ciencia filosófica, puede considerarse también como ciencia de la naturaleza racional del hombre y, en este sentido, puede someterse a los métodos propios de las ciencias naturales. Sobre todo en tanto puede presentar situaciones de anormalidad, se estudia como aquella parte de la *Patología humana* que afecta al alma o *psique*, es

sidad de Navarra se halla en la sección C-*Jurisprudencia*. Las razones han de ser otras. No es sostenible que fue cosa del azar, o algo casual u oportunista, teniendo en cuenta el modo de trabajar del autor de la clasificación. Álvaro d'Ors no trabajaba al azar. ¿Cuál es entonces la razón de ser de esta peculiar clasificación? Propongo la siguiente explicación.

2. Conviene atender a los contenidos de *El sistema de las ciencias*. Se trata de una obra escrita para formación de personal de Bibliotecas –estudios pioneros en los que el autor tomó parte– en el momento en el que se organiza la clasificación bibliográfica a la que nos referimos. En dicha obra, publicada en 1969, el Derecho penal se entiende como parte del Derecho público<sup>5</sup>. Y años después, el autor sigue viendo el Derecho penal como perteneciente al Derecho público<sup>6</sup>. Además, su conocida posición sobre el Derecho en cuanto «lo que los jueces aprueban»<sup>7</sup>, se cumpliría plenamente con la existencia de la jurisdicción penal<sup>8</sup>, de raigambre más que consolidada a lo largo de la historia y la práctica. Razones hay por tanto para su consideración como Derecho, y para su traslado a la sección C-*Jurisprudencia*<sup>9</sup>. Entendiendo así el Derecho, resulta llamativo que la clasificación acabara siendo la que es. De modo que –nuevamente– o fue una escisión «casual» sin más trascendencia, o bien cabe indagar una explicación plausible. Y de nuevo hay que estar por esto segundo.

---

decir, la *Psiquiatría*. También puede hablarse de ciertos aspectos especiales de la *Psicología* que se relacionan con las *Ciencias sociales*, como son los que afectan a la información por los medios audio-visivos, a la educación de la población, a la política económica, etc. Esto hace que la *Psicología* sea una de las ciencias más difícilmente reductibles a la distinción de grandes grupos de ciencias y, concretamente, a nuestra trilogía de ciencias humanas, experimentales y geonómicas o sociales» (*El sistema de las ciencias*, p. 43, r.o.).

<sup>5</sup> Cfr. *El sistema de las ciencias*, pp. 48-49.

<sup>6</sup> D'ORS, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite al derecho positivo*, Madrid, 1995, pp. 99-102. También en esta obra mantiene la idea de que las leyes penales son aquellas de carácter imperativo de la potestad, carácter que también se da en el llamado Derecho administrativo sancionador (y por supuesto el disciplinario), así como en las leyes fiscales, en las que d'Ors se detiene sobre todo en su aspecto sancionador: cfr. *ibid.*, p. 102.

<sup>7</sup> D'ORS, *El sistema de las ciencias*, p. 48. Las referencias de esta concepción serían numerosas: cfr. por todos, D'ORS, «Derecho es lo que aprueban los jueces» (orig., 1970), en *Id.*, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, pp. 45-54.

<sup>8</sup> Cfr. D'ORS, *Nueva introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1999, § 22.

<sup>9</sup> Cfr. la idea de Jurisprudencia descrita en *El sistema de las ciencias*, p. 47, como «la ciencia de los juicios sobre la conducta humana considerada como exigible por la sociedad. No es una ciencia social, precisamente porque esos juicios se refieren a conflictos intersubjetivos y no a conflictos entre conjuntos humanos masivos». Se trata de una ciencia humana, de las Humanidades.

3. Tengamos en cuenta su visión sobre la Ética (recuérdese que es la subsección –Ética y Filosofía del Derecho–, dentro de la Filosofía también, que precede a la del Derecho penal). Al respecto, había dejado escrito que trata de «normas de la recta conducta humana», con base en una «fundamentación estrictamente racional»<sup>10</sup>, y que pertenece, junto con otros saberes a las «Ciencias Morales», referidas «todas ellas a la normatividad de la conducta libre del hombre»<sup>11</sup>. Tanto por esta conexión con las ciencias morales, como por su objeto, la Ética entra en conexión con otros saberes: en particular, la «organización de la sociedad» o los «criterios judiciales», de modo que se habla entonces, respectivamente de *Filosofía política* o *Filosofía jurídica*<sup>12</sup>. También la ciencia política participa de esta relación con la ciencia «moral»<sup>13</sup>, razón por la cual la ciencia política, «como la *Jurisprudencia* podrían integrarse en un concepto amplio de la *Ética*», y añade: «Pero la concreción técnica de estas ciencias aconseja constituir una y otra como ciencias independientes»<sup>14</sup>. Esta relación con la política resulta especialmente propicia para el Derecho penal, en cuanto incluye como objeto de estudio las decisiones del legislador –«los actos de prudencia política del gobernante»<sup>15</sup>– sobre aspectos nada irrelevantes de la vida social. De este modo, el Derecho penal presenta tres aspectos relacionados: por un lado, la prudencia política del gobernante, propia de la Política; por otro, la «moralidad» de los actos humanos, de cuya fundamentación racional participa también la Ética; y además, los juicios sobre la conducta humana considerada como exigible por la sociedad incluso con la amenaza de sanción, que es lo propio del Derecho como Jurisprudencia. De esas tres facetas, la escisión y ubicación del Derecho penal respondería a la segunda, sin renunciar a las otras dos. Y a la vez, supondría una opción por enfocar el Derecho penal no hacia la política, ni hacia la jurisprudencia, sino hacia la *fundamentación racional del actuar humano*. Si además se parte de la distinción de la legislación, que es acto de potestad, frente a la actividad jurisprudencial, que lo es de autoridad<sup>16</sup>, se entiende el Derecho penal como un saber no vinculado a

<sup>10</sup> D'ORS, *El sistema de las ciencias*, p. 43.

<sup>11</sup> *Ibid.*. Cfr. además, ID., «Derecho y ciencias sociales» (orig., 1970), en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, pp. 19-20.

<sup>12</sup> Cfr. D'ORS, *El sistema de las ciencias*, p. 43.

<sup>13</sup> Cfr. *ibid.*, p. 46.

<sup>14</sup> Cfr. *ibid.* (r.o.).

<sup>15</sup> *Ibid.* Es más, entiende que «[d]entro de la *Ciencia Política* se integra» «la *Ciencia de la Legislación*, pues el acto de legislar es un acto de gobierno» (r.o.).

<sup>16</sup> Cfr. *ibid.*, p. 47.

potestad ni autoridad, sino orientado a la fundamentación racional del actuar humano. En todo caso, según entiendo, al menos más próximo a la *auctoritas* que a la *potestas*<sup>17</sup>.

4. De esta manera, la opción supone no orientar el Derecho penal hacia la generalizada denominación de «Política criminal», como ciencia de las decisiones políticas respecto a la prevención del crimen en la sociedad –lo que en palabras de d’Ors sería la *ciencia de la legislación*–. Y supone también no plantear el Derecho penal como estudio de las decisiones judiciales en materia de delitos –lo que en terminología del autor sería la *jurisprudencia*–. En cambio comporta un enfoque hacia la denominada «dogmática»<sup>18</sup>, como construcción doctrinal de las categorías de la imputación jurídico-penal; un saber más próximo a las categorías de la Parte General (teoría del delito y teoría de la pena, sobre todo) que a las de Parte Especial (las decisiones legales y judiciales sobre los delitos en particular). Con todo, la opción no impide que esa «dogmática» se relacione con la «Política criminal» (en cuanto ciencia de la legislación) y por supuesto con la Jurisprudencia, pues su planteamiento evita la visión de compartimentos estancos<sup>19</sup>. Así, no cabe duda de que su decisión expresa una opción por un saber que enlace con la Filosofía, que «viene a completar las ciencias particulares»<sup>20</sup>. Por supuesto que cabe, y es legítimo, entender el Derecho penal como Política jurídica o como estudio de las decisiones judiciales sobre concretos conflictos. Sin excluirlos, no es este el enfoque latente en la decisión de esa clasificación bibliográfica.

En definitiva, según este enfoque, se trata de una distinción algo más que topográfica. Y en verdad la Filosofía tiene mucho que decir al Derecho penal (dogmática). Veamos ahora (III) algunos temas específicos, antes de pasar a exponer (IV) qué supone un ejercicio de la dogmática penal así planteada.

<sup>17</sup> Sobre este tema, cfr. DOMINGO, *Auctoritas*, Barcelona, 1999, *passim*.

<sup>18</sup> Expresión no empleada por d’Ors al menos en los escritos citados, pero que es común en nuestra área para referirse al ámbito de las categorías racionales de carácter general sobre la conducta humana. Serían, por tanto, construcciones de vigencia transnacional y atemporal, de modo que gozarían con motivo del calificativo de científicas.

<sup>19</sup> Cfr. D’ORS, *El sistema de las ciencias*, p. 46.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 42. De modo que –siguiendo con el razonamiento expuesto *ibid.*, p. 43, de que la fundamentación racional de la conducta humana guarda relación con saberes próximos–, se podría hablar de una «Filosofía penal», si en ella se incluye la fundamentación del castigo, y de la imputación de responsabilidad.

### III. EL DERECHO PENAL *DENTRO* DE LA FILOSOFÍA, O LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL

1. Que el Derecho penal se halle ubicado entre la Filosofía significa, por tanto, que se opta por un enfoque doctrinal orientado a la fundamentación racional de las categorías de la imputación jurídico-penal. En este sentido, es claro que no pocos temas del Derecho penal han interesado a los filósofos. Por supuesto, en primer lugar la fundamentación del castigo, de la pena (ya desde Platón, si no antes). En segundo lugar, la imputación de responsabilidad (desde Aristóteles a Kant, como mínimo), que conecta el producto principal de la doctrina jurídico-penal como es la teoría jurídica del delito con la teoría de la acción. Pero no son los únicos. Así, entre otros, son temas no menos relevantes por ejemplo los sociedad y bien común (en relación con corrientes clásicas y actuales de la Filosofía política), teoría de la norma (de interés en la Filosofía analítica angloamericana)<sup>21</sup>, el concepto de persona<sup>22</sup>, natural y jurídica (en la antropología como también en el funcionalismo), y el de la libertad. No se trata de meras curiosidades o coincidencias, sino temas esenciales al menos para un Derecho penal entendido en clave de fundamentación racional de sus categorías. Se trata de temas claves que bien pueden servir para realizar una «Filosofía aplicada» en cuanto reflexión sobre las últimas causas o principios de instituciones jurídico-penales. Es más. Pienso que podrían los filósofos adentrarse más en esta rama del saber para poner a prueba sus propuestas. Con todo, este enfoque filosófico es posible también en otras ramas del Derecho, y no sólo del penal. Es algo que se encuentra expuesto en el planteamiento de Álvaro d'Ors descrito más arriba (II, párr. 3) y se ve confirmado por la existencia de fructíferos estudios filosóficos sobre instituciones de otras ramas del Derecho. Así, en concreto, obsérvese que autores como Reinhardt se ocuparon del Derecho civil desde la Fenomenología<sup>23</sup>.

2. Esta mutua conexión de Filosofía y Derecho (penal) permitiría prestar atención a otro aspecto del pensamiento orsiano. Me refiero a su visión del

<sup>21</sup> Cfr. D'ORS, «Sobre «norma» en Derecho canónico», en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980, pp. 369-376.

<sup>22</sup> Cfr. D'ORS, «Caput y persona», en *Nuevos papeles del oficio universitario*, pp. 377-381.

<sup>23</sup> REINACH, *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, München, 1953; ID., *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, Halle a.d.S., 1913 (traducida a diversas lenguas; al castellano, por M. Crespo: *Los fundamentos «a priori» del Derecho civil*, Granada, 2010); sin olvidar su tesis doctoral sobre el concepto de causa en Derecho penal (ID., *Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht*, Leipzig, 1905).

Derecho como lo que aprueban los jueces<sup>24</sup>. Se trata de una posición que se halla en relación con aportaciones de la Hermenéutica, y que en el ámbito jurídico no resulta lejana a las de autores como Friedrich Müller o Arthur Kaufmann, entre otros. Una tesis como esa es algo más que una descripción de la actividad de un juez: va más allá, y expresa una posición de más largo alcance jurídico y iusfilosófico. En efecto, afecta también a temas relacionados con la separación de poderes, como también a otros vinculados con la hermenéutica, por ejemplo. El planteamiento de d'Ors sobre la Jurisprudencia como «ciencia de los juicios sobre la conducta humana»<sup>25</sup>, no impide un planteamiento filosófico de dicho saber. Y en algunos extremos no sólo no lo impide, sino que lo aconseja. Me refiero a la conclusión a la que llega en *El Sistema de las ciencias*, cuando describe el objeto de la Jurisprudencia y de la actividad judicial: los jueces resuelven conflictos y litigios referidos a situaciones personales concretas, y no generales de toda la sociedad; por tanto, «puede decirse que el verdadero destinatario de la norma, tanto de la contenida en una ley como de la judicial es siempre el juez»<sup>26</sup>. Se trata de una tesis que en Derecho penal tuvo su expresión más clara en las enfrentadas posiciones de K. Binding y M.E. Mayer, al menos para lo que hace a la norma penal<sup>27</sup>, y no tanto a la norma judicial a la que d'Ors también se refiere.

3. A pesar de estas posibles áreas de influencia, no parece que el Derecho penal deba traducirse en Filosofía, si por eso se entiende abandonar la referencia a los datos de positivización del Derecho, como puntos de referencia (ley y sentencia, sobre todo). No me parece que sea ese el objetivo de la decisión de Álvaro d'Ors al situar el Derecho penal en la Filosofía. Las referencias a la Jurisprudencia más arriba recogidas (II, párr. 4) ponen de manifiesto que en su planteamiento el Derecho penal sigue siendo Derecho, y como tal no es ajeno ni a la Ciencia de la Legislación, ni a la Jurisprudencia. La opción por un enfoque dogmático del Derecho penal facilita su asentamiento en la Filosofía, pero no excluye, sino todo lo contrario, la apertura a los saberes próximos. Asimismo, si la Filosofía puede hacerse «filosofía aplicada», con igual razón la

<sup>24</sup> Cfr. *supra*, nota 7, entre otros lugares.

<sup>25</sup> D'ORS, *El sistema de las ciencias*, p. 47.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>27</sup> Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, vol. I, 1.ª ed., Leipzig, 1872; 4.ª ed., Leipzig, 1922 (reimpr., Aalen, 1991), *passim*; y MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903 (reimpr., Fráncfort. d.M., 1977).

dogmática del Derecho penal no tiene por qué excluir ese enfoque aplicado. A continuación me propongo exponer algunas vías para este enfoque filosófico del Derecho penal.

#### IV. DERECHO PENAL CON FILOSOFÍA: UN TRABAJO CONJUNTO

1. En primer lugar, conviene señalar cómo hay posiciones superficiales y críticas. En concreto, se perciben en ocasiones referencias a la Filosofía por parte de los penalistas que son más bien remisiones formales o casi cláusulas de estilo. No me parece que tal modo de proceder sea sinónimo de *escepticismo* o rechazo hacia la Filosofía, pero es claro que no se trata de una actitud que merezca el nombre de filosófica. Cuando en la bibliografía penal se aborda el tema del retribucionismo penal no falta escrito que se remita al conocido pasaje de la isla en la *Metafísica de las costumbres*. Pero no se corresponde con la relevancia y profundidad que exige dicho pasaje. Puede estar sucediendo que la referencia filosófica sea un recurso literario, un ejemplo famoso, o a lo sumo una cita en busca de autoridad<sup>28</sup>. Pero el pasaje no hace justicia a la relevancia de la doctrina kantiana sobre la pena, entre otras cosas porque dicho pasaje tiene un contexto (la filosofía crítica y la posición kantiana sobre la doctrina del Derecho y la Virtud) que suelen obviarse. Es más, el conocido (título del) texto de Klug —«Abschied von Kant und Hegel»— pasa por alto importantes aspectos de la obra del de Königsberg<sup>29</sup>.

Y hay también planteamientos *críticos* respecto de la asociación con la Filosofía, evidenciada en el reproche a la dogmática por dedicar sus esfuerzos a cuestiones inútiles, sin sentido práctico (no canalizable hacia la solución de problemas de los tribunales), o incluso con motivos espurios que no suelen estar bien fundamentados (como si la dogmática hubiera servido para derivar la atención respecto de prácticas autoritarias del poder). Quizá se trate más

<sup>28</sup> Cfr. las consideraciones críticas de MERKEL, R., «La Filosofía, ¿«convitado de piedra» en el debate del Derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos (y algunos equívocos generalizados a propósito de la cláusula de ponderación de intereses en el estado de necesidad: primer inciso del § 34 StGB)», en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pp. 181-212, 185.

<sup>29</sup> Sobre esta cuestión, cfr. el detallado análisis filosófico que lleva a cabo HRUSCHKA, «Anhang: Die «Verabschiedung» von Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968 – Einige Korrekturen», en ID., *Kant und der Rechtsstaat und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik*, Múnich, 2015, pp. 231-244.

bien de una «huida hacia la Política criminal» –un ámbito más idóneo para las propuestas de acción de la «política real», y en el que parece permitirse todo y de todo, en un ir y venir de opiniones–, o hacia la Criminología –una opción loable, pero sin olvidar que son ámbitos del saber que operan con métodos diversos–.

2. Dejando aparte estos dos planteamientos, percibo tres actitudes: radical, negacionista y de apertura. Califico como *radicales* los planteamientos de construir el Derecho penal como la emanación jurídica de una concreta corriente filosófica. No encierra el término «radical» connotación peyorativa alguna, sino que responde a su sentido literal, como raíz. Y en ese sentido, estos enfoques buscan construir un Derecho penal *a nova (philosophica) radice*, de modo que una Filosofía se traduce en Derecho (o Sociología, Psicología...), y en concreto en categorías jurídico-penales. Aquí hay experiencias meritorias y serias, como las de los autores hegelianos<sup>30</sup> a mediados del s. XIX. En cierto modo, la radicalidad de la vinculación filosófica es cuestión de grado. Posiblemente, en máximo grado en los mencionados hegelianos<sup>31</sup>; y no tanto, pero también intensa en autores más recientes como Jakobs (por referencia a Hegel y Luhmann), o en Pawlik (por referencia a Hegel), o en Zaczyk y M. Köhler (por referencia a Kant). En buena medida, se recurre a la concreta elaboración o sistema filosóficos de un autor como fundamentación sólida de las categorías del Derecho penal (pena y teoría del delito, sobre todo).

3. En un sentido totalmente distinto –*negacionista*, si se quiere–, se dan propuestas de desvincular el Derecho de la Filosofía, como si relacionarse con

---

<sup>30</sup> La caracterización de ciertos autores del s. XIX como hegelianos proviene de su concepción sobre la pena, en la línea de lo expuesto por Hegel (Cfr. Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.<sup>a</sup> ed., Gotinga, 1965, §§ 267-271), pero también del concepto de Hegel sobre el Derecho. Se incluye entre ellos a Ch.R Köstlin, J. Abegg, H. Hälschner y A.F. Berner. Sus construcciones pasan en efecto por ser una exposición del Derecho penal desde los fundamentos aportados por Hegel: ciertamente en algunos de ellos, se enuncia como punto de partida la filosofía de Hegel (cfr. sobre todo, KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tübinga, 1845, reimpr., Aalen, 1970, p. 5, mención que se confirma en el tratamiento sucesivo del concepto de Derecho, injusto, pena...). Sobre estos autores y sus concretas aportaciones me he referido en otro lugar: *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo y Buenos Aires, 2008, pp. 297-316.

<sup>31</sup> Sobre el planteamiento de Feuerbach habría que matizar: es común mencionar su vinculación con la filosofía de Kant. Pero se trata de algo más que discutible si se atiende, más allá de las referencias bibliográficas, a los concretos planteamientos. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 247-263.

esta supusiera pervertir el sentido práctico y jurídico originario de lo penal. En realidad, este planteamiento de huida de la Filosofía encierra una toma de postura respecto a la cuestión que nos ocupa. Quien niegue toda relación del Derecho penal con la Filosofía ejerce una posición escéptica, propia del empirismo o del positivismo. En este sentido, el rechazo de la Filosofía supondría concebir el Derecho penal de una determinada manera, que es ya filosófica. En esta corriente no puede dejar de indicarse la opinión de von Liszt, a quien sin embargo se debe la autoría de (la estructura básica) la sistemática de la teoría del delito que continuamos empleando en la actualidad<sup>32</sup>.

4. Y cabe, por supuesto, una vía *abierta*, que me parece adecuada, y que es próxima a la descrita *supra* en párr. 2. Consiste en fundamentar instituciones del Derecho penal sobre la base de presupuestos filosóficos sólidos, y no meramente anecdóticos (párr. 1). Aquí, tanto el finalismo originario como el neokantismo son buena muestra de la apertura del Derecho penal a la Filosofía, sin constituir propiamente una opción radical (*supra*, párr. 2). Concretamente, en el denominado modelo neoclásico de la teoría del delito dejaría su impronta la teoría del conocimiento de los autores neokantianos como Lask, Rickert, Stammler o Windelband<sup>33</sup>. En efecto, los planteamientos neokantianos pueden verse como un recurso filosófico para fundamentar adecuadamente la teoría del delito<sup>34</sup>. Estos planteamientos se hallan todavía presentes en el enfoque de la ciencia del Derecho penal como un saber valorativo, o la

<sup>32</sup> En efecto, von Liszt no veía posible una concepción de la pena basada en la Metafísica. Es más, su manual es calificado por Radbruch como «realista» (cfr. RADBRUCH, Recensión: «Franz von Liszts Strafrechtslehrbuch» [orig., 1919], en Arth. KAUFMANN [ed.], *Gesamtausgabe*, vol. 7, a cargo de Frommel, Heidelberg, 1995, pp. 269-270), frente a los planteamientos de Berner (hegeliano) y Feuerbach (kantiano), o como expresión del positivismo jurídico (cfr. RADBRUCH, «Drei Strafrechtslehrbücher des 19. Jahrhunderts» [orig., 1949], en *Gesamtausgabe*, vol. 11, a cargo de U. Neumann, Heidelberg, 2001, pp. 407-429, 407). Y el delito ha de explicarse por sus causas: eso es lo propio de la ciencia: cfr. «Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft» (lección inaugural en la Universidad de Berlín, 1899), en ID., *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Berlín, 1905 (reimpr., Berlín, 1970), pp. 284-298, 289. Sobre la impronta de la construcción de von Liszt, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 342-351.

<sup>33</sup> Cfr. la exposición en LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad., Rodríguez Molinero de la 4.ª ed. alemana, definitiva, Barcelona, 2.ª ed., 1994, pp. 113-123; WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundalagen der Strafrechtswissenschaft*, en ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, Nueva York, 1975, p. 41 ss; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 231-245.

<sup>34</sup> Sobre el relevante cambio metodológico que supuso el neokantismo respecto del positivismo, cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pp. 227-231; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 56-57.

concepción normativa de la culpabilidad basada en el reproche<sup>35</sup> más que en juicios meramente naturalísticos. También en las principales propuestas del finalismo ideado por Welzel hay un recurso a la Filosofía, sobre todo para el núcleo de la propuesta: la finalidad de la acción<sup>36</sup>. Las consecuencias de este fundamento se perciben hoy día en la sistemática de la teoría del delito: sobre todo, en la consideración del dolo como elemento dissociado del conocimiento de la antijuricidad de la conducta, que resulta bastante común aun en autores que no participan de la propuesta metodológica finalista.

Esta propuesta consistiría en partir de la base de que buena parte de los temas son comunes al Derecho penal y a cualquier reflexión racional sobre la persona y la sociedad<sup>37</sup>. Aquí, toda referencia a acción, culpabilidad, injusto, pena... exige posicionarse sobre temas claves como libertad, imputación, responsabilidad, sociedad, Estado..., que vienen siendo trabajados desde hace tiempo por no pocos filósofos. Así, sobre modelos de persona y sociedad, de libertad y responsabilidad, por ejemplo, al referirse a las causas de justificación y los delitos de omisión. En esta línea, no son en absoluto desdeñables los nuevos desarrollos sobre filosofía política, por un lado, así como las posiciones sobre la acción en la filosofía analítica, por otro.

5. A partir de esa base, entiendo que la elaboración doctrinal del Derecho penal ha de atender a la realidad filosófica de la materia que le es propia. Sin embargo, no puede abandonar el Derecho penal ciertos elementos que le son propios y sin los que quedaría diluido en meros excursos filosóficos en el mejor de los casos; con el riesgo, además, de que sea un área residual para los filósofos y una materia inútil para los aplicadores de la ley penal. En efecto, corremos el riesgo de que los temas propios del Derecho penal resulten siempre lejanos al filósofo, e inútiles al práctico. Por lo que parece más que recomendable que sean los cultivadores del Derecho penal quienes planteen la dogmática sobre bases

<sup>35</sup> Respecto a la culpabilidad, entra en juego el juicio de reproche al autor. Lo cual es extensamente conocido como el «concepto normativo de culpabilidad» (cfr. v. FRANK, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad* (orig., 1907, trad., Aboso/Löw), Montevideo, 2004, pp. 25-68, pp. 39-42; GOLDSCHMIDT, «Normativer Schuldbegriff», en *Festgabe für Reinhard von Frank*, Tubinga, 1930, reimpr., Aalen, 1969, pp. 428-468).

<sup>36</sup> Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., Berlín, 1965; y antes en ID., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim..., 1935; ID., *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. Und 18. Jahrhunderts*, Berlín, 1958; ID., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Gotinga, 1962.

<sup>37</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Tubinga, 2012, p. 36.

filosóficas<sup>38</sup>. Con todo, no me parece que se trata de hacer Filosofía como quien dice de manera despectiva que alguien «hace política», sino de basar las instituciones del Derecho penal sobre tradiciones filosóficas sólidas.

Así, en primer lugar, hemos de fundamentar filosóficamente las categorías y propuestas, pero sin abandonar los condicionamientos metodológicos propios y las reglas de la Lógica. En efecto, hay cuestiones de método que han de respetarse: en concreto, la reflexión desde las causas últimas ha de aportar mucho a la reflexión del penalista, pero sin olvidar el Derecho positivo, la legislación, el tenor literal, como *causa más que próxima*<sup>39</sup>. Además, es preciso el respeto de las reglas de la lógica, formal y deóntica, como parámetros mínimos de racionalidad en la reflexión.

A continuación, en segundo lugar, entre los temas en los que es preciso trabajar se incluyen: la fundamentación del castigo en sociedad y en particular en el Estado moderno; después, en dos direcciones alternativas pero finalmente confluyentes: o bien la explicación y justificación de la responsabilidad (acción, libertad, imputación...), que exige reflexionar sobre dos ámbitos de largo alcance como son la teoría de la acción y la idea de norma –dos ámbitos en los que para elaborar la teoría del delito el penalista no está solo, sino insertado en una larga tradición filosófica y iusfilosófica<sup>40</sup>; o bien la justificación y legitimación de la intervención penal en sociedad y los límites al poder estatal.

En tercer lugar, cabe una reflexión sobre el procedimiento como instrumento de reconstrucción social del hecho y ámbito de aplicación intersubjetiva de las normas infringidas, y en donde la sanción penal se expresa socialmente: un área que tampoco debería quedar al margen de una fundamentada reflexión filosófica, para beneficio del Derecho procesal, y de la Filosofía misma, como ámbito para elaborar una «filosofía aplicada».

Y, en cuarto lugar, este enfoque de la dogmática ha de basarse y conducir a la ordenación del conocimiento en un sistema<sup>41</sup>. Si por sistema entendemos la ordenación conforme a una idea directriz –sistematizadora– el recurso al pensamiento filosófico puede aportar esa idea, y ayudar a que sea realidad<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 38; ID., «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2014, pp. 369-389.

<sup>39</sup> Cfr. PAWLIK, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2014, p. 373.

<sup>40</sup> Cfr. *ibid.*, p. 375.

<sup>41</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 1-23.

<sup>42</sup> Sobre las críticas de HRUSCHKA, «¿Puede y debería ser sistemática la doctrina jurídico-penal?», en ID., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Pamplona, 2005, pp. 251-275.

6. Sobre estas bases, las elaboraciones dogmáticas del penalista pueden fortalecerse y pertrecharse frente al riesgo de localismo que sin duda acecha a un saber que se centre en estudiar las manifestaciones del (cambiante y «caprichoso») poder legislativo<sup>43</sup>. En efecto, se puede evitar así el riesgo de «localismo» que acecha no solo a todo saber jurídico cultivado sobre la base de la legislación nacional, sino también a un área del saber edificada al margen de las que le son próximas<sup>44</sup>. Así, se trata de comprender los problemas y los patrones de decisiones empleados a lo largo de la historia, cifrados a veces en brocados, instituciones o reglas. Esta apertura de enfoque puede ayudar a encontrar paralelismos entre épocas, tradiciones jurídicas y entre sistemas actuales<sup>45</sup>.

En particular, esta cimentación se traduce, entre otros, en los siguientes «modos de hacer» dogmática. Primero: el recurso a juicios analíticos y no sólo sintéticos, entendiendo por los primeros aquellos que encierran la realidad de lo que afirman, y no meras opiniones<sup>46</sup>. Segundo: el riesgo de conceptualismo que aqueja a un saber abstracto y etéreo como es la dogmática podría conjurarse mediante la apertura a tradiciones filosóficas consolidadas en la medida en que proporcionan fuerza crítica sobre las construcciones del legislador<sup>47</sup>. Tercero: la capacidad de rendimiento basada en la posibilidad de detectar inconsistencias valorativas, el *telos* de cada norma, el sentido de las instituciones, la coordinación entre épocas y tradiciones... En fin, planteada así la dogmática está en condiciones de evitar el localismo en relación a las áreas del saber colindantes<sup>48</sup>.

Si nosotros los penalistas no lo hacemos, otros (los filósofos, salvando algunas excepciones) no lo harán por nosotros. Lo que para los filósofos puede

<sup>43</sup> Se refiere PAWLIK, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2014, p. 373, citando a Luhmann a una función de mediación que cumple la dogmática para aportar continuidad frente a las variaciones del Derecho positivo.

<sup>44</sup> En este sentido la idea de PASCAL, *Pensées*, frag. 60, sobre la verdad a cada lado de los Pirineos, se podría aplicar a cada lado del saber: ¡Difícil una verdad que lo sea para el Derecho penal pero no para la Filosofía!

<sup>45</sup> Se trata, en expresión de PAWLIK, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2014, p. 376, de analizar la «estructura profunda de los conceptos jurídico-penales» (r.a.).

<sup>46</sup> Cfr. al respecto, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed., Berlín, Nueva York, 1988, pp. 397-399, 407-410. Me he referido a esta idea en *La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014, pp. 85-88.

<sup>47</sup> En este sentido, se refiere SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en *Festschrift für Claus Roxin*, Berlín, Nueva York, 2001, p. 8, a la dogmática como «cuarto poder», limitador de la actividad de la judicatura.

<sup>48</sup> Con razón califica PAWLIK, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2014, p. 374, a la doctrina general del delito como «disciplina metadogmática» (r.o.). Cfr. *ibid.*, pp. 386-388.

ser un ejemplo más (así, cuando hablan de libre albedrío y se refieren a la previsión legal de la culpabilidad, por ejemplo), para los penalistas se torna una tarea inaplazable (así, cuando para entender la norma recurrimos a la Filosofía analítica angloamericana). Sin embargo, puesto que un penalista haciendo Filosofía no deja de ser un advenedizo, cuando no un diletante entre filósofos, es preferible dirigirnos a los penalistas. Por eso, se puede afirmar que *nuestro mundo intelectual es de penalistas*. En definitiva, se trata de hacer Filosofía, pero sin dejar de hacer Derecho penal.

## V. FINAL

Posiblemente este modo de entender la actividad del penalista (en la dogmática jurídico-penal al menos) vaya más allá de la propuesta de d'Ors aquí comentada. Pero se basa –eso sí– en la idea que late tras su propuesta de ubicación algo más que topográfica de esta rama del saber junto a la Filosofía.

Concluyo con un recuerdo personal a propósito de una conversación que pude mantener con Álvaro d'Ors sobre alguno de los temas de mi investigación doctoral. Sería en torno a 1992. Me inquietaba la cuestión –tan importante para los penalistas, sobre todo en trabajos de Parte Especial, como era mi caso– del bien jurídico protegido por el delito objeto de mi tesis doctoral. Me debatía entre posiciones patrimonialistas y funcionalistas, y no acababa de encontrar una formulación plausible; y es esa misma inquietud la que le expuse en nuestra conversación. Tras escucharme pacientemente, me vino a decir: «desengañese; todo delitos tiene un bien jurídico, el que el legislador quiera»<sup>49</sup>. Pasados los años entendí esa respuesta: una nueva confirmación de su pensamiento sobre el Derecho penal en ejercicio (propio de la potestad) frente a la elaboración doctrinal de las categorías (necesitada de fundamentación filosófica).

---

<sup>49</sup> Cfr. D'ORS, *Derecho y sentido común*, p. 104: El Derecho penal «[n]o tiene como fin el defender, como se dice, «bienes jurídicos» particulares, sino el castigar conductas que atentan contra el bien común de un razonable orden social, cuya defensa incumbe a la potestad».

