

La crisis de la verdad y de la ciencia en el derecho penal

The crisis of truth and science in criminal law

Paulo César Busato¹

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Sumario: 1. Introducción; 2. El punto de partida; 3. La dogmática penal clásica: un sometimiento voluntario a la verdad científica; 4. Neokantismo: una nueva ciencia y una vieja verdad; 5. El retorno autoritario: el neo-ontologismo *welzeliano*; 6. El disfraz del autoritarismo en la dogmática funcionalista; 7. Los dos problemas de la verdad científica en Derecho penal; 7.1. El problema lógico; 7.2. El problema político-criminal; 8. El cierre del círculo: la vuelta lógica a las proposiciones de Vives Antón; e, 9. Bibliografía.

Resumen: El artículo debate la insostenibilidad de un Derecho penal democrático vinculado a una pretensión de verdad científica. Apunta las conexiones de los sucesivos modelos de sistemas penales de imputación con la ciencia y la verdad, demostrando los sesgos autoritarios derivados de ello. Propone, por fin, el abandono de dichas perspectivas por razones lógicas y político-criminales, con el objetivo de acercarse a un perfil de sistema de imputación más democrático.

Palabras clave: Ciencia jurídica – pretensión de verdad – pretensión de justicia – democracia – sistema de imputación penal.

Abstract: The article discusses the unsuitability of a democratic criminal law be linked to a claim of scientific truth. It points out the connections of the successive models of criminal liability systems with scientific truth, demonstrating the authoritarian biases that it produces. Finally, it proposes the abandonment of these perspectives for logical and political-criminal reasons, with the aim of moving closer to a more democratic criminal liability system.

Keywords: The science of Law - truth claim - justice claim - democracy – criminal liability system.

1. INTRODUCCIÓN

La seminal obra *Fundamentos del Sistema Penal*, de Tomás Salvador Vives Antón es, a la vez, una fuente inagotable de reflexiones originales para los penalistas y un plan de estudios que se autodefine como sin pretensiones de ofrecer un nuevo sistema de imputación, sino tan sólo de “demostrar la dogmática penal no puede ser ciencia; a saber, porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él”². Siguiendo el sendero de su inspirador, Ludwig Wittgenstein, propone rever críticamente cada uno de los fundamentos que han sido empleados

¹El autor es doctor en Problemas actuales del Derecho penal por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, con estancia post-doctoral en la Universidad de Valencia y en la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo). Es miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Georg-August- Universität, en Göttingen. Profesor de Derecho penal de la Universidad Federal de Paraná, Brasil y Fiscal del Ministério Público del Estado de Paraná, Brasil.

²VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 495.

por los juristas para justificar el ejercicio del control social penal y, a la vez, deja entrever que importa menos cual es la red normativa empleada para debatir la validez de la pretensión general de justicia que existe en cada juicio y más el sentido que se otorga a la comprensión de la relación entre acciones y normas que debe de ser orientada por el principio de libertad³.

De los infinitos temas de debate que se puede plantear, aquí he optado por debatir que conclusiones teóricas y prácticas se puede sacar de dos puntos básicos desarrollados en el libro: una reflexión sobre el carácter científico del Derecho penal y otra sobre la pretensión de verdad que ha orientado las estructuras dogmáticas en general.

En el texto – amparado por las reflexiones de Vives Antón – trataré de presentar el modo como el Derecho penal se ha involucrado con las concepciones de ciencia y de verdad; luego, propondré algunas reflexiones críticas derivadas de ello para, al final, concluir con un par de argumentos – uno lógico y otro político – por los cuales, bajo mi manera de ver, el Derecho penal debe abandonar, lo antes posible, su pretensión de representar cualquier forma de ciencia y, de consecuencia, dejar de emplear en sus argumentos el mismo término *verdad*.

2. EL PUNTO DE PARTIDA

Las dos reflexiones de Vives sobre las cuales invito el lector a acercarse son las siguientes.

La primera es la que dice:

“la dogmática penal se ha equivocado, en mi opinión, sus pretensiones La pretensión de rectitud o corrección (de *justicia*) que naturalmente debía acompañar a sus formulaciones conceptuales ha sido sustituida más o menos perceptiblemente por una pretensión de *verdad*. Esta confusión de pretensiones es, sin duda, una fuente de error”⁴.

En su visión la idea de una pretensión de verdad habría que ceder lugar a una pretensión de Justicia como base del sistema de imputación, porque

“La justicia es el valor central de todo ordenamiento. Pero, su materialización ha de satisfacer otros requerimientos: seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc. que no son sino aspectos parciales de la idea central de justicia que el ordenamiento jurídico pretende encarnar”⁵.

Aquí es donde Vives se posiciona en contra de la idea de que la dogmática jurídico penal sea capaz, de algún modo, de pretender producir alguna clase de verdad. En su opinión, eso es un error que se debería sanear a partir del cambio de una pretensión de verdad por una pretensión de justicia.

La segunda, es esa:

“la dogmática no es ninguna clase de ciencia sino solo un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino

³ La libertad de acción constituye [...] el punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma: pues sólo si los movimientos corporales no se hallan enteramente regidos por leyes causales, sólo si hay un margen de indeterminación que permita hablar de las acciones como distintas de los hechos naturales, puede pretenderse, a su vez, que estas se rijan por normas. El análisis de las normas como algo distinto de la investigación de las leyes de la naturaleza sólo tiene sentido desde la presuposición de la libertad de acción, que se convierte, así, en el presupuesto sobre el que – necesariamente—, ha de girar la sistemática. *In: VIVES ANTÓN, T.S. Fundamentos (...), Ob. Cit., p. 345.*

⁴ *Fundamentos (...), Ob. Cit., pp. 488-489.*

⁵ *Fundamentos (...), Ob. Cit., p. 489.*

determinaciones de lo que entendemos por acción y de lo que entendemos por normas y el proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde normas jurídicas y desde los valores a los que las normas jurídicas sirven de vehículo”⁶.

En este punto, Vives ajusta su pensamiento jurídico al modelo de la Filosofía del Lenguaje a partir de la idea de *praxis* en contraposición a la idea de ciencia. Con ello, acerca el modelo dogmático de los resultados concretos de su aplicación.

Se trata, pues, de dos contestaciones directas: una a verdad *en el* Derecho penal y otra a la ciencia *del* Derecho penal. En el fondo, las dos se entrecruzan en la expresión *verdad científica*.

Lo que me gustaría explorar en este texto es el hecho de que la opción que parte de Vives Antón ofrece al sistema jurídico una salida para librarse de los grilletes autoritarios de la ciencia y de la verdad, ofreciendo al sistema de imputación una posición ajustada a la preservación máxima de la libertad.

3. LA DOGMÁTICA PENAL CLÁSICA: UN SOMETIMIENTO VOLUNTARIO A LA VERDAD CIENTÍFICA

El inicio de lo que se considera un sistema dogmático estuvo vinculado a la base de las ciencias naturales.

Basta recordar que la más famosa – hasta hoy – revista especializada de Derecho Penal, fundada en el año 1881, por Franz von Liszt, y Adolf Dochow, lleva el título de "*Revista de la Ciencia global del Derecho penal*" (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* o, simplemente, *ZStW*) se llama Revista de la ciencia global del Derecho penal⁷.

El perfil científico era una referencia que se prestaba a tomarse en serio el objeto de tal calificación y no ha sido otro el objetivo que se tenía entonces. Una dogmática jurídico-penal recién aparecida pretendía utilizar la escalera de la verdad científica como fórmula para llegar a imponerse en sus pretensiones de universalidad y seguridad.

Hay que tener en cuenta que el método científico se ocupa de los hechos tal como realmente acontecen, es decir, se vale de la verificación empírica y pretende ofrecer leyes basadas en la universalidad y exactitud.

La idea de una estructura que obedeciera la lógica científica era necesaria para romper con un pasado de desmanes y de una política criminal esclava del poder. Se creía, en aquél entonces, que se podría encargar a la ciencia la realización de "la libertad de los modernos"⁸.

El mejor ejemplo de ello es el Tratado de von Liszt, el más representativo del período en donde el mismo autor encarga la ciencia de dictar el futuro del Derecho penal, cuando da el título del § 9º de la primera parte, como *La ciencia del derecho penal del siglo XIX en Alemania (hasta 1890)*⁹ y abre el epígrafe afirmando:

"Alrededor del final del siglo pasado ha empezado para la ciencia alemana un nuevo periodo de florecimiento que se ha prolongado hasta más allá de la mitad del presente siglo. El periodo da agitación impetuosa y poco ilustrada, a pesar de todas las luces, había pasado. La actividad legislativa de Los Estados no sólo ofrecía material inagotable".

⁶Fundamentos (...), *Ob. Cit.*, p. 489.

⁷Los detalles sobre la creación de la revista, que ha sido una continuidad de la "Revista Mensual de Psicología Criminal" están en la biografía de von Liszt publicada por Carlos Elbert, como ELBERT, C. *In: LISZT, F.V. Teoría e Prática na política criminal*, Trad. de Ney Fayet Júnior, Elegancia Juris, Porto Alegre, 2019, pp. 109 y ss.

⁸ Sobre el tema, véase: CONSTANT, B. *La libertad de los modernos*, Trad. de Ángel Rivero, Alianza, Madrid, 2019.

⁹LISZT, F.V. *Tratado de Direito penal, Vol. 1*, Trad. de José Hygino Duarte Pereira, F. Briguiet & Co., Rio de Janeiro, 1899.

Sino que también un nuevo y grandioso problema doble, para cuya solución la ciencia había adquirido las fuerzas necesarias: la unificación del derecho, que fue dividida según Estados, según su conexión histórica con el pasado.

Al comienzo de este nuevo período se encuentra P.J.A. Feuerbach (nacido en 1775, f 1833), reemplazado en la filosofía kantiana [...] este criminalista fue, por un lado, por su tratado de 1801 el restaurador de la ciencia penal¹⁰.

No es un acaso que el mismo Von Liszt empezaba y terminaba su sistema de imputación a partir de concepciones clavadas en las Ciencias Naturales.

Por un lado, su concepto de acción¹¹, causalidad¹² y resultado natural¹³, todos herederos de la física newtoniana y por otro, la culpabilidad como el vínculo psicológico que vincula el autor a su hecho, un aporte proveniente de la emergente psicología clínica^{14 15 16 17}.

¹⁰LISZT, F.V. *Tratado de (...), Ob. Cit.*, p. 72.

¹¹acto es el movimiento muscular que se presenta como manifestación de la voluntad. Para el derecho, el movimiento muscular sólo es importante, en la medida en que determina un cambio en el mundo exterior". In: LISZT, F.V. *Tratado de (...), Ob. Cit.*, p. 193.

¹²"[...] el resultado debe ser producido (o causado) por el movimiento corporal. Éste y los primeros deben estar juntos, como se dice ordinariamente, en una relación de causa y efecto, en conexión causal". In: LISZT, F.V. *Tratado de (...), Ob. Cit.*, p. 200.

¹³Al cambio en el mundo exterior, causado o no impedido, denominamos resultado", In: LISZT, F.V. *Tratado de (...), Ob. Cit.*, p. 194.

¹⁴No es suficiente que el resultado pueda ser referido objetivamente al acto de voluntad del agente; es también necesario que el se encuentre en la culpa una conexión subjetiva". In: LISZT, F.V. *Tratado de (...), Ob. Cit.*, p. 249.

¹⁵Dicho vínculo subjetivo exigible era una conexión de carácter síquico, heredera de la psicología clínica que aparece más clara en la obra de Beling, quien refiere: "[...] el juicio de que alguien ha actuado "culpablemente" expresa un juicio valorativo sobre la fase interna (espiritual, o "subjetiva") de la acción: en la subjetividad del autor no se ha examinado como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico, y por eso, por esa deficiencia, le es "reprochable" su acción. Tal reproche no va implícito en el solo hecho de que el autor haya producido objetivamente algo ilícito, porque podría haberlo hecho exento de toda culpa. Lo que importa es el estado anímico del sujeto en el tiempo de la acción —lo precedente y lo subsiguiente carecen de importancia— y, en consecuencia, si su resolución, ya sea por su orientación, ya sea por su modo y manera de originarse, es criticable". In: BELING, E. *Esquema de Derecho penal - La teoría del delito tipo*, Trad. de Sebastián Soler, El Foro, Buenos Aires, 2002, p. 63.

¹⁶Y deja expresa la conexión con la psicología al tratar específicamente de la imputabilidad, refiriendo que: "Es en el estudio de la inimputabilidad donde esta dualidad se muestra con rasgos más nítidos, puesto que aquí se trata de un concepto jurídico, pero también de entidades nosológicas que escapan al ámbito dogmático para penetrar en el territorio de la Psiquiatría y la Psicología, en tanto que la imputabilidad puede excluirse por perturbaciones de base biológica o por las consecuencias de ellas, que determinan la exclusión de la libre determinación voluntaria. En esta indudable conexión, es donde puede afirmarse con Mezger que la imputabilidad es la puerta de entrada de la investigación moderna de la personalidad en el derecho penal (obra citada, pág. 202). En la noción de las causas que desplazan la imputabilidad, se muestra también el punto de arranque de la vinculación entre el Derecho Penal y la Criminología, es decir, allí donde el estudio de la personalidad y el carácter del autor cobran especial relevancia determinando su perfil psico-social, con notoria incidencia en el círculo de la responsabilidad y su correlato punible". In: BELING, E. *Esquema de Derecho (...), Ob. Cit.*, p. 68.

¹⁷La psicología clínica ha servido de prototipo a toda la ciencia desde la segunda mitad del siglo XIX, a partir de que Wilhelm Wundt funda el primer Laboratorio de Psicología en Leipzig, Alemania, en el año 1879. El término ha sido utilizado por primera vez en 1907, por Lightner Witmer, discípulo de Wundt y miembro del departamento de psicología de la Universidad de Pensilvania. Para detalles sobre o tema véase: DURÁN PALACIO, N; RESTREPO OCHOA, D.A.; SALAZAR TRUJILLO, C.J.; SIERRA RODRÍGUEZ, A.E. & SCHNITTER CASTELLANOS, M. "Historia paralela de la Psicología Clínica: un rastreo teórico-histórico", in: *Informes Psicológicos, n° 9*, Medellín: Ene-Dic de 2007, pp. 135-148.

La idea era que el sometimiento del hecho a los filtros estructurales de una teoría general del delito podría ofrecer un resultado lógico que recomendara considerar a uno culpable o inocente.

Se creía que el filtro dogmático sería capaz de producir una afirmación sobre *qué es o no*, el delito. Una afirmación, por lo tanto, sobre el *ser* del evento delictivo, con lo cual, se trata de utilizar una supuesta estructura de ciencia jurídica como forma de afirmación de una verdad substantiva en el sentido *aristotélico*¹⁸, es decir, la idea de que sería posible conocer la verdad intrínseca de las cosas.

No es otra la razón por la cual el mismo Von Liszt se apoya en concepciones de la criminología biologicista para proponer el famoso programa de Marburgo en su conocido opúsculo *La idea de fin en Derecho penal*¹⁹.

4. NEOKANTISMO: UNA NUEVA CIENCIA Y UNA VIEJA VERDAD.

La superación del paradigma positivista naturalista vino de la mano de una filosofía de los valores, que tuvo origen en el sudoeste alemán a raíz del desarrollo de una idea de Dilthey²⁰, quien ha dividido las ciencias empíricas en ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. Dicho autor afirmaba que cada una de estas ciencias tiene un tipo diferente de racionalidad. Mientras que el fundamento de las ciencias de la naturaleza es la razón instrumental, empírica, el fundamento de las ciencias del espíritu es la razón histórica.

Tal distinción ha sido acogida más precisamente en la obra de Stammler²¹, Rickert^{22 23} y Lask²⁴, los llamados filósofos *neokantianos*, para afirmar que el método de conocimiento y, por lo tanto, las vías para llegar a la verdad son distintos los distintos tipos de ciencias.

Se supuso un avance cuando se hizo una repartición de la idea de ciencia para añadir una posibilidad más de acceder a la verdad científica: las ciencias del espíritu, que han pasado a figurar al lado de las ciencias naturales. Las llamadas ciencias culturales o ciencias del espíritu, tenían su método propio, referido a finalidades y valores y no más simplemente a la relación de causa y efecto, un método más comprensivo y valorativo que simplemente explicativo y descriptivo.

Los neokantianos han establecido un dualismo metodológico aislando el mundo de los valores del mundo natural. Desde el punto de vista valorativo neokantiano se reconoce la relatividad de los valores, con lo que se intenta matizar los conceptos absolutos heredados del positivismo. Pero, si por una parte se apartaba del naturalismo, lo hacía no mediante un rechace a la perspectiva científica, sino mucho al revés, a partir de desarrollar un fundamento autónomo a las llamadas *ciencias del espíritu*.

Con ello, no sólo se ha preservado la perspectiva científica pretendida para el sistema de imputación, sino que igualmente se mantuvo una pretensión de alcanzar la verdad, ya no simplemente con base en los experimentos empíricos, sino

¹⁸Aristóteles, poniendo en duda el mito de la cueva de su maestro Platón, afirmaba que la verdad es algo en el mundo y no una imagen en el plan de las ideas, con lo cual, no sería la dialéctica, sino la lógica el instrumento adecuado para aprehender el mundo. *In: ARISTÓTELES. Metafísica, Livros I, II y III*, Cadernos de Tradução nº 15, Trad. de Lucas Angioni, Unicamp, Campinas, 2008, pp. 51 e ss.

¹⁹LISZT, F.V. *La idea de fin en Derecho penal*, Trad. de Domingo Miral, Universidad Autónoma de México, DF, 1994, pp. 115 y ss.

²⁰DILTHEY, W. *Einführung in die Geisteswissenschaft*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883, pp. 446 y ss.

²¹STAMMLER, R. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1923.

²²RICKERT, H. *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 7ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1926.

²³RICKERT, H. *Die Grenzen der Naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 7ª ed., Mohr-Siebeck, Tübingen, 1921.

²⁴LASK, E. *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1911.

ya vinculados a determinados valores en los cuales basan las sistematizaciones de las respectivas disciplinas, incluso el Derecho.

Se trataba, en aquél entonces, de darle autonomía a una parte del pensamiento humano, aunque sin desvincularse de las pautas de la ciencia.

En el ámbito del Derecho penal, los juristas neokantianos no han propuesto una alteración en la sistemática del delito, sino tan sólo una transformación del contenido de algunos de sus elementos, como, por ejemplo, el reconocimiento de elementos normativos en el tipo, como aparece en los trabajos de Mayer²⁵ o la introducción de nuevos elementos (subjetivos) en el injusto, como ha aparecido en los trabajos de Fischer²⁶, August Hegler²⁷ y principalmente Mezger²⁸.

Aunque se buscaba una autonomía para las llamadas *ciencias del espíritu*, el neokantismo no quiso nunca romper el vínculo entre el Derecho y la verdad científica.

Una explicación muy condensada y precisa del pensamiento de los penalistas neokantianos de la época, con relación a su forma de ver y avanzar en el pensamiento sin perder vínculo con la ciencia aparece en el prólogo de la edición del Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger, en su edición de 1931, en estos términos:

“La ciencia jurídico-penal de las primeras décadas del siglo XX consagra de modo preponderante su atención a las cuestiones legislativas. Pero ya desde algún tiempo se muestra de modo inconfundible un renovado interés por los problemas dogmáticos. Como ninguna otra rama del Derecho, ha sido precisamente el Derecho Penal tocado hasta lo más profundo por el pensamiento naturalista del siglo XIX. Con el despertar de las corrientes filosófico-jurídicas surge el problema relativo a purificar, sobre una base crítica aquello que ha de considerarse valioso en esta evolución, incorporándolo como parte integrante, como patrimonio inalienable a nuestra disciplina. Tampoco un Tratado puede pasar por alto estos problemas del presente. Pues no hay nada más atractivo ni que más estimule al que en sus páginas estudia, que participar a su modo en la investigación de los especiales problemas de la época en que vive”²⁹.

Y el tema específico del pasaje de la ciencia natural para la ciencia de los valores, queda expreso en el prólogo a la segunda edición del mismo Tratado, del año 1933:

“[...] la nueva captación valorativa científico-cultural debe ir unida a la más amplia comprensión frente a todo proceso evolutivo que surja y a un sentido de la realidad fundamentado en la comprensión psicológica.

Así habrá de resolverse la especial, "secular" misión de nuestra época: incorporando de modo orgánico los resultados de la ciencia empírica de la época naturalista a una nueva ciencia jurídico-penal valorativa”³⁰.

²⁵MAYER, M.E. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts – Lehrbuch*, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923, pp. 182 y ss.

²⁶FISCHER, H.A. *Die Rechtswidrigkeit: mit Berücksichtigung des Privatrechts*, C.H. Beck, München, 1911.

²⁷HEGLER, A. “Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs”, in: *Festgabe für Reinhard von Frank*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930, p. 256.

²⁸El primero trabajo de Mezger respecto del tema es: MEZGER, E. Die subjektiven Unrechtselemente, tomo 89, *Der Gerichtssaal*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1924, p. 257.

²⁹MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal - Tomo I*, Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 7-8.

³⁰MEZGER, E. *Tratado de Derecho (...), Ob. Cit.*, pp. 15-16.

Pero, prueba más contundente de la vinculación con una perspectiva de verdad científica es que sus principales autores han seguido manteniendo conceptos vinculados a una verdad empírica de carácter ontológico, tales como la acción³¹, la causalidad³² y el resultado material³³.

Y en los puntos en dónde se acercaba más a una perspectiva valorativa – tales como la culpabilidad psicológico-normativa³⁴ o el concepto social de acción³⁵ – se trataba de añadir aspectos valorativos sin abandonar los elementos supuestamente naturales.

La mezcla no produjo buenos resultados porque ha transformado el punto de partida cultural-histórico en fuente de afirmaciones categóricas científicas, generando la distorsión que aparece, por ejemplo, en la *Lebensführungsschuld* de Mezger³⁶.

En resumidas cuentas, la preservación de la perspectiva de verdad científica no ha sido corregida por el simple hecho de añadir a ello una filosofía de los valores y el resultado no fue otro que la preservación del perfil autoritario.

5. EL RETORNO AUTORITARIO: EL NEO-ONTOLOGICISMO WELZELIANO

El paso que se pretendió dar en el sentido de superación de la perspectiva neokantiana de teoría del delito, vino de la mano del finalismo, especialmente con Welzel³⁷ cuya pretensión ha sido de orientar la dogmática jurídico penal filosóficamente a partir de teorías ontológico-fenomenológicas cuya proposición básica es la de reconocer que determinadas leyes naturales condicionan las posibilidades normativas del deber ser, es decir, reconoce la existencia de un orden ontológico objetivo y natural previo a las valoraciones promovidas por el hombre³⁸
39.

Welzel ha pretendido darle al Derecho penal un perfil todavía más científico, por qué entendía que “Como ciencia sistemática da el fundamento para una ecuánime y justa administración de justicia, ya a u e solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad”⁴⁰.

El finalismo aparece como crítica vehemente de la influencia del naturalismo en el sistema causal-naturalista y también en la propuesta del neokantismo, que para Welzel⁴¹ es considerada mera profundización y complemento del mismo positivismo clásico. La crítica de Welzel, intenta superar justamente la separación entre el ser y el deber ser, proponiendo que el desarrollo de los conceptos jurídicos obedezca dos etapas distintas: la primera, de estudio de la lógica de los fenómenos naturales, cuya base servirá la segunda, que es la subsiguiente valoración jurídica, la cual debe

³¹ MEZGER, E. *Tratado de Derecho (...)*, Ob. Cit., pp. 170 y ss.

³² MEZGER, E. *Tratado de Derecho (...)*, Ob. Cit., 201 y ss.

³³ MEZGER, E. *Tratado de Derecho (...)*, Ob. Cit., pp. 177 y ss.

³⁴ MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal - Tomo II*, Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 11 y ss.

³⁵ Sobre ello, véase, en detalle: JESCHECK, H.H. & WEIGAND, T. *Tratado de Derecho penal*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 238 y ss.

³⁶ Sobre el tema, véase, por todos: MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tempo*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 65 y ss.

³⁷ El primer trabajo de Welzel en que él propone el concepto finalista de acción em qué base su modelo final de teoría del delito fue el artículo “Kausalität und Handlung”, publicado en la Z. Str. W., tomo 51, 1931, fasc. 5º, y reproducido después en: WELZEL, H. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1975, pp. 7 y ss.

³⁸ WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán - Parte General*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 53.

³⁹ WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (...)*, Ob. Cit., p. 01

⁴⁰ WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (...)*, Ob. Cit., p. 01

⁴¹ WELZEL, H. “Derecho material y positivismo jurídico”, en: *Estudios de filosofía del Derecho y Derechp penal*, Trad. de Ernesto Garzón Valdez, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 177.

mantener una coherencia con aquella, pues, de no ser así, sería una regulación contradictoria.

Así, el sistema de imputación debería organizarse a partir de estructuras lógico-objetivas^{42 43} que, por su turno, tenían que arrancar de un concepto básico de acción.

Por ello, considera la *acción* un concepto prejurídico, extraído de la naturaleza, que demanda, por lo tanto, un análisis y no una valoración. Esta última quedará a cargo de las posteriores categorías delictivas.

Para Welzel, "el concepto causal (de acción) no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser"⁴⁴ y a partir de ello ubica el punto de partida de sus consideraciones en las bases ontológicas, entendiendo que "El Derecho tiene que partir también de este concepto causal 'ontológico'"⁴⁵. Se reconoce que "la acción humana es ejercicio de actividad final"⁴⁶. El hombre, cuando actúa, lo hace orientando su actividad a un propósito pré-determinado y no simplemente produce un reflejo mecánico. Se aleja del propio concepto de acción aquel movimiento natural que no sea conducido por la voluntad. Esta diferencia constituye la espina dorsal de la teoría finalista⁴⁷.

Dicha perspectiva no abandona ni la perspectiva científica, ni la pretensión de verdad, como queda evidente en los conceptos de acción⁴⁸, dolo⁴⁹ y causalidad⁵⁰, que pretenden corresponder a verdades empíricas, aunque ahora, dicha perspectiva de verdad mejor se correspondía a un anclaje en la filosofía cartesiana de la mente.

Dicha filosofía trataba de ajustar la forma de pensar la verdad a los cambios de mundo propuestos por el avance de la ciencia del Siglo XVII, que parte de la duda escéptica, demandando una solución que restaure la sensación de seguridad del conocimiento⁵¹.

Para contestar a dicha dificultad, Descartes⁵² propone el uso de la misma duda escéptica como método, adoptando como paradigma para la obtención del conocimiento el sujeto cognoscente.

⁴²WELZEL, H. "Naturrecht und Rechtspositivismus", en: *Festschrift für H. Niedermeyer*, Schwartz, Göttingen, 1953, pp. 279 y ss.

⁴³ Hay versión castellana traducida por Ernesto Garzón Valdez, publicada como: WELZEL, H. "Derecho natural y positivismo jurídico", in: *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962, pp. 45 y ss.

⁴⁴WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (...)*, Ob. Cit., p. 51.

⁴⁵WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (...)*, Idem.

⁴⁶WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (...)*, p. 39.

⁴⁷En ese sentido: CERESO MIR, J. *Curso de Derecho penal español - Parte General II, Teoría del Delito 1*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 31.

⁴⁸ "La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista". In: WELZEL, H. *Derecho penal - Parte General*, Trad. de Carlos Fontán Balestra, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956, p. 39.

⁴⁹"Toda acción conciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere -el elemento intelectual-, y la decisión de querer realizarlo - el elemento volitivo -. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real. constituyen el dolo". In: WELZEL, H. *Derecho penal - Parte General (...)*, p. 73.

⁵⁰ "[...] el derecho debe partir de este concepto causal 'ontológico'; no hay una causalidad jurídica especial, si bien no todos los acontecimientos causales son también jurídicamente relevantes". In: WELZEL, H. *Derecho penal - Parte General (...)*, p. 49.

⁵¹DESCARTES, R. *El discurso del método*, Trad. de Eduardo Bello Reguera, Tecnos, Madrid, 2008, p. 17.

⁵²DESCARTES, R. *El discurso (...)* Ob. Cit., p. 15 y ss.

La idea básica de la meditación segunda de Descartes⁵³, “*si pienso es porque soy*”, es lo que condiciona a existencia de los mismos objetos al conocimiento que de ellos tenga el sujeto.

A parte de lo que son las críticas por su aparente circularidad^{54 55}, otra consecuencia es que el concepto de *verdad* deja de ser algo en si mismo, sino que es algo conectado al s sujeto, lo que corresponde, en alguna medida, a cierto rescate platónico y en cierta medida, a Santo Tomás de Aquino⁵⁶.

De todos modos, es exactamente el paradigma de la filosofía de la mente que está en la base de todo el modelo finalista de sistema de imputación.

El buceo en la mente como fuente del actuar ha llevado incluso el mismísimo Welzel a hacer afirmaciones – más tarde abandonadas por él – respecto de una supuesta culpabilidad por el carácter (*Charakterschuld*)⁵⁷.

Ni que decir tiene que tales proposiciones han servido muy bien a preservar un modelo jurídico autoritario^{58 59}.

6. EL DISFRAZ DEL AUTORITARISMO EN LA DOGMÁTICA FUNCIONALISTA

Si por un lado, no hay dudas sobre el vínculo entre la dogmática clásica de base ontológica y una pretensión de verdad científica, la supuesta superación de ellas por la perspectiva funcionalista no ha logrado alejar en definitiva el autoritarismo del binomio ciencia-verdad.

Aquí, en el estrecho espacio de un artículo, no sería posible ingresar en la polisemia que reclama la expresión funcionalismo en materia penal, para investigar, una a una, todas las vertientes de allí representadas. Pero, ni que decir tiene que, otras opciones que compiten con el funcionalismo teleológico propuesto por Roxin no se pueden alabar desde un punto de vista de su blindaje en contra del autoritarismo. Basta como ejemplo todo lo que se dijo sobre las proposiciones del funcionalismo dicho sistémico⁶⁰.

Así, la proposición finalista que aquí se investiga no será otra que no el modelo propuesto por Roxin.

Si, por una parte, es cierto que las pretensiones del funcionalismo teleológico han sido de cambiar la pregunta sobre el Derecho penal y permeare el absolutismo dogmático por correcciones de ruta de carácter político-criminal, ello no ha sido suficiente para lograr mejores resultados frente al autoritarismo inmanente al método científico y a la idea de verdad.

⁵³ DESCARTES, R. *Meditaciones metafísicas, con objeciones y respuestas*, Trad. de Vidal Peña, Alfaguara, Madrid, 1977, pp. 12-17.

⁵⁴Véase sobre ello: WILLIAMS, B. *Descartes: el proyecto de investigación pura*, Cátedra, Madrid, 1996, *pássim*.

⁵⁵Y: WILLIAMS, B. *Verdad y Veracidad*, Tusquets, Madrid, 2006, p. 81.

⁵⁶“el término del conocimiento, que es la verdad, está en el mismo intelecto”. In: AQUINO, T.D. *Suma Teológica*, Trad. de Alexandre Correia, Nova Cultural, São Paulo, 1988, p. 16.

⁵⁷Los estudios sobre dicha “culpabilidad por el carácter” tienen inicio ya en la vertical investigación sobre el carácter que Welzel propuso en: WELZEL, H “*Persönlichkeit und Schuld*”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 60, n.º. 1, De Gruyter, Berlin, 1941, pp. 428-474.

⁵⁸Basta, como indicador, la elogiosa reseña que hizo Schaffstein, a la proposición teórica de Welzel, como ajustada al perfil de un Derecho penal autoritario en: SCHAFFSTEIN, F. “*Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 56, De Gruyter, Berlin. 1937, pp. 112-115.

⁵⁹El hecho es ampliamente comentado en: LLOBET RODRÍGUEZ, J. *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 254 e ss.

⁶⁰ Un excelente panorama sobre las críticas político-criminales que se ofrece al funcionalismo sistémico, en especial a las consecuencias del llamado *Feindstrafrecht* (Derecho penal del enemigo), está en: CANCIO MELIÁ, M. & GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Derecho penal del enemigo - El discurso penal de exclusión*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

El funcionalismo teleológico propuso que el sistema dogmático no sería más una superestructura capaz de reconocer la circunstancia empírica de la existencia de un crimen, sino que más bien representaría el medio adecuado de dar buenas razones políticas al castigo.

A partir del funcionalismo, no se trata más de afirmar *que es el delito*, sino que de explicar por qué se castiga, qué función social se cumple al utilizar el sistema jurídico para imponer pena.

Se propuso, además, que los eventuales resultados injustos derivados de la aplicación del sistema dogmático al hecho concreto merecerían correcciones político-criminales⁶¹.

Pero, ello parece no haber representado mucho más do que la sencilla superación de la idea de injusto personal.

El funcionalismo no corresponde, además, a la función del Derecho Penal en una sociedad democrática⁶², porque no se ha librado completamente de la pretensión metodológica científica y ni tampoco ha dejado de aspirar a una verdad a través del sistema de imputación, aunque ya no se trate de una verdad como sustancia sino una verdad como correspondencia, en el sentido *tarskiano*.

Aunque sean muchas las teorías de la verdad como correspondencia se destaca la fórmula de Alfred Tarski⁶³.

Tarski defiende que una definición satisfaciente de la *verdad* debe ser materialmente adecuada y formalmente correcta⁶⁴. Será materialmente correcta se contiene suficiente precisión para que cualquier persona pueda verificar si ella cumple su tarea de definición⁶⁵ y será formalmente correcta cuando obedezca las condiciones propias de los lenguajes formales⁶⁶, ya que lo que puede ser *verdadero* en un lenguaje formal, podrá ser *falso* en otra⁶⁷.

Con ello, quiebra la regla de universalidad de la verdad y la cambia por un concepto de verdad que pertenece a un sistema semánticamente abierto, en el cual se habla sobre la verdad, asumiéndola como existente a partir de un metalenguaje no discutible.

La fórmula es obviamente inductiva⁶⁸, por ello entiende que "la verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) a la realidad"⁶⁹. Dicho "estado de cosas" en lenguajes formales consiste en los axiomas, que dispensan prueba de su existencia⁷⁰.

Y es exactamente así que procede Roxin al debatir el tema, pues sigue manteniendo firme posición en favor de la científicidad del Derecho penal a parte de pretender, para las categorías del delito, una *verdad* correspondencia a cosas en el mundo.

Es fácil encontrar en el mismo texto de Roxin inúmeras referencias al objeto de su Tratado como ciencia del Derecho penal.

A empezar por la misma definición del Derecho penal material como "parte de la ciencia global del Derecho penal"⁷¹.

⁶¹Así refiere, por ejemplo en: ROXIN, C. *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 37.

⁶²En ese sentido: VIVES ANTÓN, TS. *Fundamentos (...) Ob. Cit.*, p. 476.

⁶³TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade*, Trad. de Cezar Augusto Mortari, Celso Reni Braida, Jesus de Paula Assis e Luiz Henrique de Araújo Dutra, Unesp, São Paulo, 2007.

⁶⁴TARSKI, A. *A concepção (...)*, *Ob. Cit.*, p. 158.

⁶⁵TARSKI, A. *A concepção (...)*, *Ob. Cit.*, p. 159.

⁶⁶TARSKI, A. *A concepção (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 159-160.

⁶⁷TARSKI, A. *A concepção (...)*, *Ob. Cit.*, p. 160.

⁶⁸TARSKI, A. *A concepção (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 159-160.

⁶⁹TARSKI, A. *A concepção (...)*, *Ob. Cit.*, p. 160.

⁷⁰TARSKI, A. *A concepção (...)*, *Ob. Cit.*, p. 166.

⁷¹ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 44.

Recomienda, además, para lograr una "comprensión científica de la Justicia penal"⁷² ir más allá del Derecho penal material porque "el Derecho penal moderno no es imaginable sin una constante y estrecha colaboración de todas las disciplinas parciales de la 'ciencia global del Derecho penal' [aunque] ciertamente el Derecho penal material es en cierto modo la ciencia base de todo ese campo jurídico"⁷³.

Al abordar los conceptos básicos del sistema del Derecho penal, expresa entender que las categorías básicas de la teoría del delito tienen su contenido concreto y su relación recíproca discutidos, "según distintos puntos de vista científicos"⁷⁴.

Pero, sobrevive en la dogmática funcionalista no sólo explícitamente un acercamiento desde la perspectiva científica, sino que, además, aparece, aunque disfrazada bajo la forma de equivalencia, una ineludible pretensión de verdad.

Basta con algunos ejemplos extraídos del mismísimo Tratado de Derecho penal de Roxin.

Al tratar del problema de la acción pretende ofrecer un concepto personal de acción, que según sus palabras corresponde a un concepto "netamente normativo"⁷⁵, pero entiende como acción "todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción"⁷⁶. Lo que, en principio, se puede entender como dato atributivo, pero, luego, al explicarse la delimitación negativa de dicho concepto afirma que tal 'manifestación de personalidad' "falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (somática) del hombre, o del ámbito material, vital y animal del ser, sin estar sometidos al control del 'yo', de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano"⁷⁷, y concluye por afirmar que "todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la persona"⁷⁸.

Indudablemente, con ello, vuelve a datos empíricos, que supone presentes en una instancia interna "ánimica" del hombre, correspondientes a una voluntad y una conciencia que no pueden menos que estar ubicadas en una existencia empírica, es decir, no pueden menos que ser inductivamente equivalentes a una supuesta verdad. En resumidas cuentas, propone un concepto de acción que se atribuye a uno siempre y cuando se corresponda a una manifestación interna de su conciencia e voluntad.

También al tratar del dolo, aunque busque alejarse de la idea welzeliana de dolo psicológico, apunta que la esencia de dicho concepto está en la "realización del plan", explicando que "un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva"⁷⁹.

Importa notar que, aunque se pretenda a primera vista un dolo atributivo ("ha que considerarse dolosamente producido"), se exige para su reconocimiento una "correspondencia con el plan del sujeto", según una valoración objetiva.

La contradicción es evidente: ¿Como se hará posible una valoración netamente objetiva, si ella tiene que corresponderse con el plan del sujeto, que obviamente está en su cabeza?

Obviamente no se trata de una valoración objetiva, tal y como se propone, como se puede percibir de los mismos ejemplos de que se vale Roxin para explicitarlo.

Refiere el autor: "si p.ej. alguien atropella a otro intencionadamente con el coche y se da cuenta de que posiblemente lesionará además a un tercero, entonces

⁷²ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, Ob. Cit., p. 47.

⁷³ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, Idem.

⁷⁴ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, pp. 193-194.

⁷⁵"Por tanto, el concepto personal de acción aquí desarrollado – a diferencia del concepto natural y del final, pero concordando con el social y el negativo – es un concepto normativo".

In: ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, p. 265.

⁷⁶ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, p. 252.

⁷⁷ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, Idem.

⁷⁸ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, Idem.

⁷⁹ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, pp. 417.

ha admitido también en su plan, al incluir lo anterior en su cálculo, la eventual lesión del tercero y, en caso de producirse, la ha realizado dolosamente, por mucho que la lesión en sí no le resulte agradable”.

Las preguntas obvias son: ¿Cómo se puede saber que parte de la conducta ha sido intencional y de que parte del resultado el autor se ha dado cuenta, sin acudir a los procesos mentales que figuran en primera persona?⁸⁰.

Resulta claro que varios conceptos de Roxin se basan en la verdad como equivalencia *tarksiana*, según la cual una proposición es verdadera si se corresponde con la realidad y falsa en caso contrario. En otras palabras, la verdad es el resultado de la correspondencia entre el discurso y los hechos. Así, para llegar a la verdad, basta buscar la correspondencia entre lo que se dice y lo que realmente sucedió.

En fin, este sistema de Roxin sigue siendo un sistema científico, con base en una verdad, aunque sea verdad por correspondencia y no verdad sustancial y la razón que ofrece para preservar dicha clase de sistema no es otra que la vieja seguridad jurídica, conforme se ve de su defensa del “pensamiento sistemático”:

“[...] la tópica no puede sustituir al pensamiento sistemático. En efecto, aquélla no sólo vuelve a renunciar a las ventajas prácticas de éste, como la simplificación del examen del caso y la ordenación de la materia verificable y que facilita la aplicación del Derecho, sino que según su punto de partida también es opuesta a la calculabilidad y uniformidad de la decisión judicial, de la que por mor de la *seguridad jurídica* el Derecho penal depende aún más que otros campos del Derecho. En última instancia, como también ha destacado la crítica extrapenal, *es la vinculación a la ley de la ciencia del Derecho lo que hace que el procedimiento tópico sea inidóneo como método general de aplicación del Derecho* [...]”⁸¹.

Y cuando desarrolla las razones por las cuales defiende la superioridad de su sistema sobre los modelos clásicos, por considerarlo “abierto” – aunque dicha abertura siempre se condicione a “los hechos” – , termina por invocar a Hegel para afirmar que “Lo verdadero es el todo”⁸².

Se nota que sigue existiendo una referencia a la verdad como equivalencia para los conceptos supuestamente atributivos de Roxin y que ello se justifica por razones de seguridad jurídica. En resumen: teniendo por objetivo la preservación de una supuesta seguridad jurídica, Roxin no abandona ni el método científico ni la pretensión de verdad.

7. LOS DOS PROBLEMAS DE LA VERDAD CIENTÍFICA EN DERECHO PENAL

Que la razón de búsqueda de una verdad científica en Derecho penal sea vinculada a la seguridad jurídica conlleva, como mínimo, dos problemas: uno de orden lógico y otro de orden político-criminal.

7.1. EL PROBLEMA LÓGICO

El problema de orden lógico resulta evidente, porque la afirmación de una verdad por en el plano teórico no es trasladable al ambiente práctico.

No hace falta demasiada experiencia en demandas forenses para percibir que la insurgencia en contra de un fallo de un juez no se da por desconformidad con la verdad, sino por una cuestión de justicia. El que presenta un recurso de casación no afirma que la sentencia del juez es falsa, demandando por una verdad, sino que sostiene, eso sí, que su solución para el caso – que pretende confirmada por el Tribunal de Casación – es más justa que la ofrecida al caso por el juez.

⁸⁰ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, p. 417.

⁸¹ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, p. 216.

⁸²ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (...)*, pp. 227-231.

Cuando se discute en un proceso penal acusatorio, no se trata de hacer prevalecer cualquier clase de verdad sobre hechos, sino que de comparar razones para condenar o absolver el reo.

Es que el debate jurídico-penal no es una disputa por ninguna clase de verdad, ni como sustancia, ni como correspondencia, sino que se trata de una disputa sobre las mejores razones. Como se nota, no es algo absoluto, sino que relativo – en el sentido de establecer relaciones unas razones con otras –.

De hecho, si buscáramos la verdad con el proceso penal y de hecho existiera alguna verdad a buscarse, no se puede sino concluir que tal verdad sería previa al mismo proceso, con lo cual, su existencia sería completamente independiente de éste.

De ser así, algunas veces, ni siquiera sería necesario el procedimiento procesal para lograr la verdad científica, por ejemplo, si fuera del todo evidente por experiencias empíricas.

7.2. EL PROBLEMA POLÍTICO-CRIMINAL

Y es aquí que ingresa el problema político-criminal.

El problema político criminal con la verdad científica es que ella es intrínsecamente excluyente y, por ello, obedece a una lógica autoritaria.

Dicha lógica no se ubica simplemente en el hecho de existir al margen del Derecho, sino que es igualmente autoritaria en sentido lingüístico, sino veamos.

El uso cotidiano, del término verdad aspira a una autoridad excluyente, pues, si algo es verdadero, todo lo demás, es falso. No hay varias verdades sino sólo una.

Los intentos jurídicos de lograr una quiebra del sesgo autoritario de la verdad siempre han tratado de añadirle un adjetivo, para matizarla^{83 84}. La afirmación de *verdad* – especialmente en los casos difíciles – conduce sus defensores a recurrir a ficciones como es el caso del juez Hércules de Dworkin⁸⁵.

Además, la verdad no es sólo excluyente en el sentido intrínseco, sino que también vuelve inviable la pretensión de obtención de un resultado justo para el caso.

Ello se puede constatar cuando se compara el perfil excluyente de la verdad ya comentado con el sentido intrínseco de la palabra justicia.

Evidentemente – y de modo completamente opuesto a la verdad – la justicia no es universal y ni siquiera absoluta. No existe justicia absoluta, sino que simplemente se aspira a la práctica del justo.

Pero, este ejercicio – de lograr justicia – depende de comparaciones. No hay algo intrínsecamente justo, sino que algo es más o menos justo que otra cosa, por comparación.

Ello quiere decir que el hecho de pretender justicia, de aspirar por ella, depende de comparaciones entre opciones, con lo cual, se puede decir que el término justicia es intrínsecamente inclusivo, porque requiere la presencia del otro, de la alternativa, de la comparación.

8. EL CIERRE DEL CÍRCULO: LA VUELTA LÓGICA A LAS PROPOSICIONES DE VIVES ANTÓN

Se existiera algo como una verdad jurídica previa, no necesitaríamos del proceso, no necesitaríamos probarla, sino simplemente encontrarla, no con pruebas o argumentos, sino con experiencia empírica.

⁸³Tales como *verdad formal* o *verdad procesal*. Sobre el tema véase: MARINONI, L.G. & ARENHART, S.C. *Prova*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 34.

⁸⁴Y: LOPES JR., A. *Direito processual penal*, 9ª ed., GEN-Atlas, São Paulo, 2012, p. 565.

⁸⁵Véase: DWORKIN, R. *Los Derechos en Serio*. 2ª. Ed., Trad. de Marta Gustavino, Ariel, Barcelona, 1989, p. 13.

Si hablamos de proceso y necesitamos probar algo, el blanco no es la verdad, sino la necesidad de contraponer argumentos, en la búsqueda de la solución más justa para el caso.

Por ello, resulta absolutamente correcta la idea de Tomás Vives de que el sistema penal debe de sustituir la pretensión de verdad por la pretensión de Justicia, tal como referido al inicio de este texto.

Y volviendo al punto de vista lógico, este objetivo del Derecho penal – la pretensión general de justicia –, no depende, en absoluto, de cualquier clase de verdad, sino todo lo contrario.

A una, porque no expresa ninguna realidad en el mundo, ninguna clase de estructura objetiva, sino tan sólo un conjunto ordenado de tópicos para dar solución al caso concreto⁸⁶.

Y a dos porque, si lo hacemos depender la justicia de la obtención previa de la verdad, no llegaremos de ninguna manera a la primera. Ello, porque, si la verdad es excluyente – todo lo demás es falso – sólo queda una alternativa. Con ello, no es posible establecer comparaciones entre alternativas, ni buscar las mejores razones, ya que sólo existe una. Todas estas son esenciales a conformación del contenido de la justicia. Si partimos de un concepto excluyente no llegamos a uno inclusivo.

Así, parece obvio que la verdad no es – ni pudiera ser, en sentido lógico – un camino para aspirar a la justicia en el sistema jurídico.

Esta correcta pues, la proposición de *cambiar la pretensión de verdad científica* por una *pretensión de justicia*. No hay siquiera que subordinar la una a la otra, sino que simplemente cumple abandonar cualquier aspiración a la verdad científica en derecho y reconocer que él es tan sólo una *praxis*, una forma de argumentar alrededor de unos tópicos.

Esta es la única posibilidad de convertir el Derecho en un instrumento de realización de la libertad. No existe libertad en el yugo de la verdad.

Lo que quisiera proponer como reflexión final de estos argumentos es otra idea más del profesor Vives. Él dijo, en un pasaje esencial de su libro *Fundamentos del Sistema penal*^{87 88} que la superioridad de una teoría hacia otra se prueba en la práctica y no en el ámbito teórico.

Ello deriva de una razón muy sencilla es que si vamos a probar algo argumentativamente lo haremos con una red conceptual y lo que haremos es describir los resultados de dichas redes conceptuales y no algo en el mundo.

De ello deriva que las redes conceptuales argumentativas jurídicas no pueden lograr éxito comparativo frente a otras a partir de comparaciones sobre cuál de ellas mejor explica algo no mundo o más se acerca a la verdad, porqué, partiendo de las premisas conceptuales de cada una, esta será siempre la más exitosa.

La única posibilidad de comprobación de la superioridad de una teoría frente a otra es una comprobación de resultados prácticos y, sin lugar a dudas, una *praxis* cuyo objetivo es una pretensión inclusiva de justicia resulta ser naturalmente más democrática que cualquier clase de *praxis* volcada a un objetivo excluyente de alcanzar cualquier clase de verdad científica.

9. BIBLIOGRAFÍA

AQUINO, T.D. *Suma Teológica*, Trad. de Alexandre Correia, Nova Cultural, São Paulo, 1988.

ARISTÓTELES. *Metafísica, Livros I, II e III*, Cadernos de Tradução nº 15, Trad. de Lucas Angioni, Unicamp, Campinas, 2008.

⁸⁶ “[...] el sistema no representa —no puede, según lo expuesto, representar— ninguna clase de estructura objetiva: no es una imagen estilizada del delito, sino sólo un conjunto ordenado de tópicos, que permiten agrupar razonadamente los problemas que pueden presentarse a la hora de aplicar la ley al caso”. In: VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit., p. 490.

⁸⁷ VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit, p. 471. nota 27 y p. 496.

⁸⁸ VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos (...)*, Ob. Cit, p. 471, nota 27.

- BELING, E. *Esquema de Derecho penal - La teoría del delito tipo*, Trad. de Sebastián Soler, El Foro, Buenos Aires, 2002.
- CANCIO MELIÁ, M. & GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Derecho penal del enemigo - El discurso penal de exclusión*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español - Parte General II, Teoría del Delito 1*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.
- CONSTANT, B. *La libertad de los modernos*, Trad. de Ángel Rivero, Alianza, Madrid, 2019.
- DESCARTES, R. *El discurso del método*, Trad. de Eduardo Bello Reguera, Tecnos, Madrid, 2008.
- DESCARTES, R. *Meditaciones metafísicas, con objeciones y respuestas*, Trad. de Vidal Peña, Alfaguara, Madrid, 1977.
- DILTHEY, W. *Einführung in die Geisteswissenschaft*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883.
- DURÁN PALACIO, N; RESTREPO OCHOA, D.A; SALAZAR TRUJILLO, C.J.; SIERRA RODRÍGUEZ, A. & E. SCHNITTER CASTELLANOS, M. "Historia paralela de la Psicología Clínica: un rastreo teórico-histórico", in: *Informes Psicológicos*, nº. 9, Ene-Dic, Medellín, 2007.
- DWORKIN, R. *Los Derechos en Serio*, 2ª. Ed., Trad. de Marta Gustavino, Ariel, 1989.
- ELBERT, C. *Franz von Liszt. Teoria e Prática na política criminal*, Trad. de Ney Fayet Júnior, Elegancia Juris, Porto Alegre, 2019.
- FISCHER, H.A. *Die Rechtswidrigkeit: mit Berücksichtigung des Privatrechts*, C.H. Beck, München, 1911.
- HEGLER, A. "Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs", in: *Festgabe für Reinhard von Frank*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930.
- JESCHECK, H.H. & WEIGAND, T. *Tratado de Derecho penal*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
- LASK, E. *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1911.
- LISZT, F.V. *La idea de fin en Derecho penal*, Trad. de Domingo Miral, Universidad Autónoma de México, Mexico-DF, 1994.
- LISZT, F.V. *Tratado de Direito penal, vol. 1*, Trad. de José Hygino Duarte Pereira, F. Briguiet & Co., Rio de Janeiro, 1899.
- LLOBET RODRÍGUEZ, J. *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- LOPES JR., A. *Direito processual penal*, 9ª ed., GEN-Atlas, São Paulo, 2012.
- MARINONI, L.G. & ARENHART, S.C. *Prova*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- MAYER, M.E. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts - Lehrbuch*, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923.
- MEZGER, E. "Die subjektiven Unrechtselemente", en: *Der Gerichtssaal*, tomo 89, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1924.
- MEZGER, E. *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2ª ed., Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1933.
- MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal - Tomo I*, Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, 1935.
- MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal - Tomo. II*, Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tempo*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- RICKERT, H. *Die Grenzen der Naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 7ª ed., Mohr-Siebeck, Tübingen, 1921.
- RICKERT, H. *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 7ª ed., Mohr Siebeck Tübingen, 1926.

- ROXIN, C. *Derecho penal - Parte General Tomo I – Fundamentos - La estructura de la teoría del delito*, Trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, C. *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- SCHAFFSTEIN, F. "Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 56, De Gruyter, Berlin, 1937.
- STAMMLER, R. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1923.
- TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade*, Trad. de Cezar Augusto Mortari, Celso Reni Braida, Jesus de Paula Assis e Luiz Henrique de Araújo Dutra, Unesp, São Paulo, 2007.
- VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- WELZEL, H. "Persönlichkeit und Schuld", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 60, n° 1, De Gruyter, Berlin, 1941.
- WELZEL, H. "Derecho natural y positivismo jurídico", in: *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962.
- WELZEL, H. "Derecho material y positivismo jurídico", en: *Estudios de filosofía del Derecho y Derechp penal*, Trad. de Ernesto Garzón Valdez, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- WELZEL, H. "Naturrecht und Rechtspositivismus", en: *Festschrift für H. Niedermeyer*, Schwartz, Göttingen, 1953.
- WELZEL, H. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1975.
- WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán - Parte General*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- WELZEL, H. *Derecho penal - Parte General*, Trad. de Carlos Fontán Balestra, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956.
- WILLIAMS, B. *Descartes: el proyecto de investigación pura*, Cátedra, Madrid, 1996.
- WILLIAMS, B. *Verdad y Veracidad*, Tusquets, Madrid, 2006.