

**LO «OBJETIVO»
Y LO «SUBJETIVO»
EN EL TIPO PENAL
HACIA LA «EXTERIORIZACIÓN
DE LO INTERNO»**

José Carlos Porciúncula

*Tesis ganadora del Premio Extraordinario de Doctorado
de la Universitat de Barcelona*

Colección: Atelier Penal

Directores:

Jesús-María Silva Sánchez

(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Ricardo Robles Planas

(Profesor de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2014 José Carlos Porciúncula

© 2014 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-15690-57-3

Depósito legal: B-19339-2014

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	15
PRÓLOGO	17
NOTA PRELIMINAR	19
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	21
INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA OBJETO. MÉTODO. PLAN DE INVESTIGACIÓN	25
CAPÍTULO I. LA FILOSOFÍA DE LA MENTE: EL PROBLEMA MENTE-CUERPO	43
I. Introducción	43
II. Las doctrinas dualistas	43
1. El dualismo cartesiano	43
2. La teoría de la armonía preestablecida de Leibniz	46
3. El paralelismo ocasionalista de Malebranche	47
4. El epifenomenalismo de Huxley	47
III. El ataque de Ryle a la «doctrina oficial»	49
IV. El monismo materialista	52
1. La tesis de la identidad psiconeural de Place y Smart	52
2. El eliminativismo clásico de Feyerabend, Rorty y Quine	56
3. El eliminativismo contemporáneo de Churchland	56
V. El funcionalismo	58
1. El funcionalismo de máquina de Turing y Putnam	58
2. El psicofuncionalismo de Fodor	64
3. El funcionalismo teleológico-homuncular de Dennett	67
VI. El monismo anómalo de Davidson	71
VII. El naturalismo biológico de Searle	71
VIII. La (anti)filosofía de la mente de Wittgenstein: el denominado «argumento del lenguaje privado»	73

CAPÍTULO II. EL PARADIGMA DUALISTA EN DERECHO PENAL:	
UNA APROXIMACIÓN	85
I. Introducción	85
II. Antecedentes	86
1. Las teorías procesales del <i>constare de delicto</i> y del <i>corpus delicti</i> ..	86
2. El dualismo en la doctrina alemana del Derecho común	88
3. La relativización del pensamiento procesal de la época	89
3.1. El concepto de tipo en FEUERBACH	89
3.2. El concepto de tipo en STÜBEL	92
3.3. El concepto de tipo en LUDEN	94
3.4. Conclusión	96
III. Sistema clásico y dualismo: el injusto como la parte objetiva (externa) del delito y la culpabilidad como su aspecto subjetivo (interno)	96
IV. Sistema neoclásico y quiebra del esquema objetivo/subjetivo	104
V. Finalismo y teoría del injusto personal	106
VI. El normativismo y la difícil convivencia entre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal	113
 CAPÍTULO III. LA SUPERACIÓN DE LA FILOSOFÍA DE LA CONCIENCIA:	
DEL «GIRO LINGÜÍSTICO» AL «GIRO LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICO»	119
I. Introducción	119
II. El giro lingüístico-pragmático	125
1. El Wittgenstein de las <i>Philosophische Untersuchungen</i>	125
2. Cuando decir es hacer: Austin y la teoría de los <i>speech acts</i>	128
3. Searle y el desarrollo de la teoría de los <i>speech acts</i>	130
4. El pensamiento de Habermas	131
4.1. Consideraciones preliminares	131
4.2. Lenguaje y teoría crítica de la sociedad	132
4.3. Pragmática formal y teoría de la acción comunicativa	134
4.4. Una teoría plenamente pragmática del significado	137
4.5. Una teoría del Derecho y de la Democracia en términos del principio del discurso	139
 CAPÍTULO IV. HACIA UN NORMATIVISMO EN TÉRMINOS DE PRINCIPIO DEL DISCURSO	149
I. Introducción	149
II. Un <i>tour d'horizon</i> por los principales modelos normativistas	150
1. El sistema teleológico-racional de Roxin	150
1.1. Política Criminal y Sistema Jurídico-Penal	150
1.2. Acción como manifestación de la personalidad	154
1.3. Tipicidad	155
1.4. Antijuridicidad	158
1.5. Responsabilidad	159
2. La aportación de Schönemann al sistema teleológico-racional	163
2.1. La crítica a los sistemas deductivos-axiomáticos y la necesidad de construcción de un sistema «elástico»	163
2.1.1. <i>Excursus: ¿es el finalismo un sistema deductivo-axiomático?</i> ..	169

2.2.	Un intento de síntesis entre Ontologismo y Normativismo. Lenguaje ordinario y estructura física de nuestro mundo: la existencia de conceptos «en conformidad con la realidad» (<i>wirklichkeitskonform</i>)	175
2.3.	<i>Varia</i>	175
3.	El «neohegelianismo funcional» de Jakobs	177
3.1.	Introducción	177
3.2.	Algunas consideraciones sobre la teoría de los sistemas de Luhmann	177
3.3.	Un normativismo sin base empírica (<i>empiriefreien Normativismus</i>)	180
3.4.	La evolución de la teoría de la pena de Jakobs y su reciente «giro empírico»	181
3.5.	Las implicaciones de la evolución de la teoría de la pena de Jakobs para su teoría de las normas	186
3.6.	El concepto de persona	187
3.7.	El concepto de <i>persona</i> como punto central de referencia de todas las categorías de la teoría de la imputación de Jakobs ..	188
3.7.1.	<i>Persona</i> e imputación objetiva	188
3.7.2.	<i>Persona</i> y dolo	189
3.7.3.	<i>Persona</i> y delitos de omisión	191
3.7.4.	<i>Persona</i> y teoría de la participación delictiva	192
3.7.5.	<i>Persona</i> y culpabilidad	193
4.	El normativismo de Frisch	194
4.1.	La estructuración del sistema del hecho punible a partir de los distintos fines de la norma de conducta y de la norma de sanción	194
4.1.1.	Norma de conducta y comportamiento típico (<i>Tatbestandsmäßiges Verhalten</i>)	195
4.1.2.	Norma de sanción e imputación del resultado (<i>Zurechnung des Erfolges</i>)	195
4.2.	Un concepto material de delito	196
4.2.1.	La noción kantiana del Derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales el libre albedrío de uno se hace compatible con el libre albedrío del otro según una ley general de libertad. La noción del injusto como vulneración de la libertad ajena, como negación del reconocimiento recíproco entre los ciudadanos o como conducta no generalizable y, por eso, inservible para fundamentar la vida en sociedad	196
4.2.2.	La culpabilidad	197
5.	Crítica a las corrientes esbozadas	197
III.	Derecho penal y principio del discurso	200
1.	Introducción	200
2.	Persona deliberativa, persona de Derecho, ciudadano	201
3.	Responsabilidad y Democracia Deliberativa	203
4.	Elementos estructurantes de la responsabilidad criminal	205

4.1. Introducción	205
4.2. Acción como expresión de sentido	206
4.3. La «exterioridad» de las reglas	208
4.4. <i>Excursus</i> . Acción, libre albedrío y neurociencia: <i>Quo vadis, Ius Poenale?</i>	209
4.5. Teoría de las normas y sistema jurídico-penal.	219
4.6. Lo «objetivo» y lo «subjctivo» en el injusto penal: una aproximación a la «exteriorización de lo interno»	227
CAPÍTULO V. LAS TEORÍAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: UNA VISIÓN CRÍTICA .	231
I. Introducción	231
II. ROXIN y la revitalización del concepto de imputación objetiva	231
III. ¿Qué queda del principio de la disminución del riesgo?	234
IV. ¿Qué queda del criterio de la ausencia de un determinado grado de riesgo?	238
V. LA problemática de los cursos causales hipotéticos	242
VI. Sobre la noción de riesgo permitido	245
1. ¿Riesgo permitido como producto de una ponderación de intereses?	245
2. Riesgo permitido ¿como producto de un consenso ideal-racional entre los miembros de la sociedad?	246
3. Riesgo permitido ¿como producto de un consenso social presidido por un velo de ignorancia (<i>«veil of ignorance»</i>)?	247
4. Posición personal	249
VII. Realización del riesgo no permitido.	250
1. La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro	250
2. La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.	253
3. Conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo.	257
3.1 Violación del <i>in dubio pro reo</i>	260
3.2 ¿Transformación de delitos de lesión en delitos de peligro?	267
3.3. Imposibilidad de obtención de un juicio de peligro desde la perspectiva <i>ex post</i>	268
3.4. Indeterminación del grado de aumento de riesgo necesario para la imputación del resultado	269
VIII. El alcance del tipo	270
1. La cooperación en una autopuesta en peligro.	272
2. La heteropuesta en peligro consentida	275
3. La atribución a la esfera de responsabilidad ajena	282
4. Los casos de daños por shock (<i>Schockschäden</i>) y de daños sobrevenidos posteriormente (<i>Folgeschäden</i>)	286
IX. Lo «subjctivo» en lo «objetivo»: sobre el problema de los conocimientos especiales del autor en la determinación del riesgo prohibido	290
1. Introducción	290
2. La crítica de los finalistas a la teoría de la imputación objetiva: en particular, sobre el problema de los conocimientos especiales del autor	291

3. La respuesta de los defensores de la teoría de la imputación objetiva a los finalistas.	293
4. Perspectiva personal: los procesos «internos» necesitan criterios «externos» (Wittgenstein). Los conocimientos especiales del autor como componentes de un sentido exteriorizado.	297
CAPÍTULO VI. LO «OBJETIVO» EN LO «SUBJETIVO»: LA «OBJETIVIZACIÓN» DEL DOLO.	301
I. Consideraciones introductorias sobre la «objetivización» del dolo	301
II. El concepto de dolo en Roxin	302
III. El concepto de dolo en Hassemer	304
IV. El concepto de dolo en Herzberg y Puppe	304
V. El concepto de dolo en Ragués i Vallès.	306
VI. El concepto de dolo en Hruschka	306
VII. Posición personal: <i>dolus in actio ipsa</i>	308
1. ¿Existencia de un elemento volitivo en el dolo? Hacia una concepción cognitiva del dolo.	308
2. De nuevo: la «exteriorización de lo interno». Sobre la necesidad de una teoría de la prueba del dolo profundamente anticartesiana	309
CONCLUSIONES.	311
BIBLIOGRAFÍA.	319