

La Nueva Ciencia Jurídica en el Estado Penal Dual: el análisis crítico del Derecho y la legitimidad del poder estatal

Con comentario de Manuel Cancio Meliá

Sumario

La Nueva Ciencia Jurídica es un enfoque para el estudio del Derecho que pretende llevar el discurso jurídico más allá de su tradicional parroquialismo, salvando la división entre los sistemas de Common law y de Derecho civil, marcada por el abandono del proyecto de «ciencia jurídica» en el primero y su persistencia en el segundo. Así preconcebido, el estudio del Derecho nos permitiría encuadrar y afrontar cuestiones fundamentales a las que se enfrentan todos los sistemas jurídicos modernos como tales, la más importante de las cuales es la legitimidad del poder estatal a través del «Derecho». La parte I expone los fundamentos del enfoque de la Nueva Ciencia Jurídica para el estudio del Derecho. La parte II muestra brevemente este enfoque en acción, aplicándolo al estudio del Derecho penal, ahora reconsiderado como parte de un completo análisis crítico del poder penal estatal desde las perspectivas del Derecho y la policía como dos modos de gobernanza en el estado penal dual. En la Nueva Ciencia Jurídica el Derecho penal pasa de la periferia al centro de la indagación: como manifestación más impresionante del poder estatal a través del Derecho, el Derecho penal plantea el reto de la legitimidad del Derecho moderno del modo más agudo y urgente.

Abstract

New Legal Science is an approach to the study of law that aims to push legal discourse beyond its traditional parochialism by bridging the divide between common law and civil law systems, marked by the abandonment of the project of 'legal science' in the former and its persistence in the latter. Thus reconceived, the study of law would allow us to frame and face fundamental issues confronting all modern legal systems as such, most importantly the legitimacy of state power through 'law.' Part I lays out the basics of a New Legal Science approach to the study of law. Part II briefly shows this approach in action by applying it to the study of penal law, now reconsidered as part of a comprehensive critical analysis of state penal power from the perspectives of law and police as two modes of governance in the dual penal state. In New Legal Science, penal law moves from the periphery to the core of inquiry: as the most awesome manifestation of state power through law, penal law poses the legitimacy challenge of modern law most acutely and urgently.

Zusammenfassung

Die Neue Rechtswissenschaft ist eine neue Perspektive für die Untersuchung des Rechts, die den traditionellen Provinzialismus des Rechtsdiskurses zu überwinden, indem sie die Kluft zwischen den Rechtskreisen des Common Law und des Civil Law zu überbrücken versucht – eine Kluft, die durch die Verwerfung des Projekts "Recht als Wissenschaft" im ersteren und dessen Fortbestehen im letzteren geprägt ist. So eröffnet das Studium des Rechts die Möglichkeit, die grundlegenden Herausforderungen, denen sich alle modernen Rechtssysteme gegenübersehen, systematisch zu erfassen und als solche zu adressieren, allen voran die Legitimierung staatlicher Macht durch „Recht“. Im ersten Teil des Beitrags werden zunächst die Grundzüge der Neuen Rechtswissenschaft als Ansatz zur Erforschung des Rechts dargelegt. Der zweite Teil exemplifiziert den Ansatz sodann anhand des Strafrechts, dessen Erforschung im Rahmen der Neuen Rechtswissenschaft zu einer umfassenden kritischen Analyse der staatlichen

Strafmacht aus der Perspektive der beiden Herrschaftsmechanismen im doppelten Strafstaat, „Recht“ und „Polizei“ fortentwickelt wird. Das Strafrecht rückt dabei von der Peripherie in den Mittelpunkt der Rechtsforschung: Als eindrucksvollste und schärfste Manifestation staatlicher Macht durch Recht stellt sich im Strafrecht die Frage nach der Legitimität des modernen Rechts so akut und dringlich wie nirgends sonst.

Title: *New Legal Science in the Dual Penal State. Critical Analysis of Law and the Legitimacy of State Power*

Titel: *Neue Rechtswissenschaft im doppelten Strafstaat – Kritische Analyse des Rechts und die Legitimität der Staatsmacht*

-

Palabras clave: *Ciencia jurídica internacional, Derecho penal y poder de policía, legitimidad del poder penal estatal*

Keywords: *International legal science, criminal law and police, legitimacy of state penal power*

Stichwörter: *Internationale Rechtswissenschaft, Strafrecht und Polizei, Legitimität staatlicher Straf Gewalt*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.06

-

Índice

-

1. *Hacia una Nueva Ciencia Jurídica*

- 1.1. Más allá del parroquialismo jurídico
- 1.2. Ciencia(s) jurídica(s)
- 1.3. La idea de una Nueva Ciencia Jurídica
- 1.4. El Análisis Crítico del Derecho
- 1.5. La Nueva Ciencia Jurídica y la Nueva Ciencia de la Policía

2. *La Nueva Ciencia Jurídica en el Estado Penal Dual*

- 2.1. El Derecho penal en el centro
- 2.2. Un análisis crítico de la posesión, entre el Derecho y la policía
- 2.3. El concepto esencialmente controvertido de la legitimidad del poder estatal

3. *Bibliografía*

«Nueva Ciencia Jurídica» y «Estado Penal Dual»: la búsqueda de una teoría penal y político-criminal transnacional. Comentario de Manuel Cancio Meliá

1. Un manifiesto: necesidad de una «Nueva Ciencia Jurídica»
2. Método y fundamentos
3. Hacia una agenda de discusión

-

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

1. Hacia una Nueva Ciencia Jurídica*

1.1. Más allá del parroquialismo jurídico

A lo largo de las últimas décadas han surgido regímenes jurídicos supranacionales para regular, o al menos ordenar, comportamientos y fenómenos (por ejemplo, la «pobreza global») fuera del alcance de los sistemas jurídicos nacionales tradicionales. A ramas conocidas del Derecho, como el Derecho internacional privado y público, se han unido regímenes como el Derecho penal internacional, el Derecho europeo, el «Derecho administrativo global», etc., todos ellos generando y quizás incluso haciendo cumplir normas de todo pelaje en un mundo más amplio y complejo que, como a menudo se nos recuerda, ha superado el viejo y cansado modelo del Estado-nación westfaliano¹.

Desde hace algún tiempo se dice que los sistemas jurídicos nacionales, más prosaicos, vienen convergiendo, lo que hace que la trillada distinción entre sistemas de «*Common law*» y de «Derecho civil» sea menos útil de lo que alguna vez pudiera haber sido. Por ejemplo, en un mundo en el que la existencia de la negociación de cargos (o de la confesión) ahora se reconoce ampliamente tanto en los sistemas de Derecho civil como en los de *Common law*, es bien posible que se haya vuelto difícil, y quizá inútil, trazar la línea, antes supuestamente categórica, entre el «juicio contradictorio» del *Common law* y el «proceso inquisitivo» del Derecho civil².

A lo largo de todo este proceso, los enfoques sobre el estudio del Derecho han permanecido curiosamente, e incluso fundamentalmente, divididos. Por un lado, los adoradores de la doctrina (*jurisprudes*) de los países de Derecho civil se ven a sí mismos como desarrolladores de su versión nacional de la «ciencia jurídica»; por otro, sus colegas del *Common law* afrontan su labor académica tratando la idea de la ciencia jurídica como un tabú o, en el mejor de los casos, como una curiosidad histórica³.

Si el estudio del Derecho ha de desprenderse de su persistente parroquialismo y evolucionar hacia una empresa académica compartida, merece la pena reconsiderar esta división categórica.

Sería deseable que esto pudiera hacerse sin caer en una investigación soporífera –y autoconscientemente «científica»– sobre qué formas de actividad intelectual humana cuentan como científicas, de modo que puedan espolvorearse con el polvo de hadas de la «ciencia», dando derecho a sus practicantes a ponerse las galas del verdadero científico, incluyendo la bata de laboratorio. El desarrollo de una ciencia jurídica común no tiene nada de mágico o inexorable. Al

* Autor de contacto: Markus D. DUBBER (markus.dubber@utoronto.ca), Facultad de Derecho y Centre for Criminology and Sociolegal Studies. Muchas gracias a los colegas de distinta formación disciplinar y subdisciplinar que, en la última década o así, han escuchado con admirable paciencia versiones de este artículo en Edimburgo, Frankfurt (en el Forschungskolleg Humanwissenschaften, la Facultad de Derecho y el entonces denominado Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte), Glasgow, Harvard, Hezliya, la Fundación Humboldt (Bonn), Institute of Advanced Legal Studies (Londres), London School of Economics, Oslo, Oxford, Science-Po y Tel Aviv. Traducción de Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (Universidad Complutense de Madrid).

¹ V. KINGSBURY/KRISCH/STEWART, «The Emergence of Global Administrative Law», *Law & Contemporary Problems*, (68), 2005, pp. 15 ss.

² Por ej., LANGER, «The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, pp. 887 ss.; DUBBER, «Comparative Criminal Law», en REIMANN/ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2019, pp. 1276 ss.

³ Ciencia jurídica, *Rechtswissenschaft*, *science juridique*, *scienza giuridica*, etc.

fin y al cabo, la convergencia académica en forma de algo parecido a un enfoque metodológico compartido podría lograrse no imaginando una ciencia jurídica aceptable para el mundo del *Common law*, sino extendiendo al mundo del Derecho civil la condición de tabú de la ciencia jurídica. En otras palabras, en lugar de rejuvenecer y ampliar colectivamente el proyecto de la ciencia jurídica, podríamos juntarnos abandonándolo de una vez por todas.

El enfoque aquí esbozado, la Nueva Ciencia Jurídica, no haría ni lo uno ni lo otro. No impone la concepción del estudio del Derecho propia de un sistema al otro. En lugar de eso, busca un término medio entre dos extremos insatisfactorios: la tabuización consciente de la ciencia jurídica, por un lado, y su continuación irreflexiva, por el otro. A fin de cuentas, poco importa si la base metodológica común resultante –o, menos ambiciosamente: la comprensión metodológica útilmente compartida–, se denomina «ciencia», no digamos ya «Nueva Ciencia Jurídica». La cuestión es animar a los académicos de ambos lados de la división entre sistemas a que reflexionen sobre sus propios hábitos metodológicos arraigados y hagan ajustes en sus calcificados presupuestos con el fin de dejar espacio para un nuevo comienzo, menos parroquial y más ponderado.

Dada la concepción compartida y profundamente arraigada de la teoría del Derecho como ciencia jurídica en todo el mundo del Derecho civil, y la ausencia general de una metodología disciplinar en el mundo del *Common law*, la perspectiva de desarrollar una «nueva» ciencia jurídica intersistémica parece más prometedora que la de crear una metodología jurídica explícitamente acientífica desde cero. Al mismo tiempo, cualquier ejercicio de reflexión metodológica corre el riesgo de descender a la contemplación del propio ombligo, improductiva y, en este caso, también contraproducente. Un rasgo común a las diversas instancias de teoría del Derecho del *Common law* dispersas por las antiguas tierras del Imperio Británico puede ser la falta casi total de interés por la especulación metodológica. Esta reacción alérgica puede ser digna de elogio, pero no debería impedir la aparición del tipo de entendimiento metodológico compartido necesario para crear una empresa académica común en el Derecho; dado que las cuestiones metodológicas básicas surgen inevitablemente una vez que una disciplina sale de sus fronteras, la falta de curiosidad metodológica puede no ser más que un síntoma revelador precisamente del tipo de parroquialismo que estamos tratando de superar⁴.

1.2. Ciencia(s) jurídica(s)

Un proyecto no parroquial de estudios jurídicos destinado a aunar las corrientes de la ciencia jurídica en los mundos del *Common law* y del Derecho civil haría bien en emprender una renovada investigación histórico-comparativa de las concepciones de la ciencia jurídica a ambos lados de la división metodológica. Sin predecir los resultados de tal estudio, lo que excedería con mucho los límites de este ensayo, hay razones para sospechar que resultará que no hay nada intrínsecamente equivocado, imposiblemente contradictorio, etc. en el proyecto de «ciencia jurídica» –o «Derecho como ciencia»– en sí mismo. El problema no es la idea de ciencia jurídica, sino sus manifestaciones particulares –o caricaturas– en la historia reciente del Derecho como materia académica.

⁴ Una concepción ampliamente compartida de su objeto es conducente, quizás incluso necesaria, para superar el parroquialismo; pero no es suficiente. El intercambio internacional fructífero también exige el desarrollo de un cuerpo compartido de textos fundacionales primarios y secundarios, así como de trabajos de referencia, colecciones, recursos, materiales didácticos, revistas y otros foros de acceso fácil y gratuito (preferiblemente online).

Por lo que respecta al *Common law*, las invocaciones a la «ciencia jurídica» en los EE. UU. del siglo XIX, y antes en Inglaterra, han recibido una atención considerable, como una cuestión de historiografía jurídica tradicional, a menudo en el contexto de la historia de la enseñanza del Derecho o la de la escritura jurídica⁵. Por ejemplo, la historia del auge (y caída) del tratado en el Derecho angloamericano se ha contado de forma conjunta con la de la suerte cambiante de la ciencia jurídica angloamericana⁶. En la intersección de las historias inglesa y estadounidense de la ciencia jurídica (y de sus géneros) se encuentra el conocido desdén de JEFFERSON por los intentos de BLACKSTONE de presentarse como un científico del Derecho en los *Commentaries on the Laws of England*; JEFFERSON prefirió en su lugar consultar «las profundas y ricas minas de Coke y Littleton» cuyos modestos *marginalia* no presumían de meter con calzador las múltiples maravillas del *Common law* en la camisa de fuerza de la taxonomía y la sistematicidad científicas, por muy elegantes y engañosamente coherentes que fueran⁷.

La eventual desaparición de la ciencia jurídica de la faz de la tierra iusteórica angloamericana en el siglo XX ha atraído menos atención. Tan desenfocada ha parecido desde entonces la idea misma de considerar los estudios jurídicos una «ciencia» que su extravagancia –y su desaparición– no requiere explicación. No obstante, si se pidiera, por ejemplo por un visitante de otro planeta, o de un país de Derecho civil, la desaparición de la ciencia jurídica probablemente se asociaría vagamente con ese generalmente reconocido como gran punto de inflexión en la historia de la teoría del Derecho estadounidense, cuando el Realismo Jurídico vertió ácido cínico sobre todas las viejas formas de pensar y hacer, en este caso diluyendo el barniz de cientificismo que recubría la tosca empresa de la retórica del Derecho⁸.

La sencilla atribución de la muerte de la ciencia jurídica al «realismo jurídico estadounidense» está madura para su reconsideración; incluso una investigación superficial sugiere una imagen más compleja⁹. Está claro que algunos realistas jurídicos no tenían paciencia con lo que consideraban –o al menos describían– como una concepción formalista cuasi botánica de la ciencia jurídica (que, con razón o sin ella, atribuían a LANGDELL); que descartasen por completo el proyecto de la ciencia jurídica (o el proyecto científico de la teoría del Derecho) resulta bastante menos claro.

Incluso cuando el discurso en términos de «ciencia jurídica» fue desvaneciéndose a mediados del siglo XX y finalmente dio paso al menos cargado y metodológicamente ambicioso discurso del

⁵ P. ej., MACIAS, *Legal Science in the Early Republic: The Origins of American Legal Thought and Education*, 2016; SCHWEBER, «The ‘Science’ of Legal Science: The Model of the Natural Sciences in Nineteenth-Century American Legal Education», *Law & History Review*, (17-3), 1999, pp. 421 ss.; BERMAN/REID, «The Transformation of English Legal Science: From Hale to Blackstone», *Emory Law Journal*, (45), 1996, pp. 437 ss.

⁶ P. ej., SIMPSON, «The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature», *University of Chicago Law Review*, (48), 1981, pp. 632 ss.; v. de forma general FERNÁNDEZ/DUBBER (eds.), *Law Books in Action: Essays on the Anglo-American Legal Treatise*, 2012.

⁷ JEFFERSON RANDOLPH, «Carta a John Tyler, de 17 de junio de 1812», en JEFFERSON RANDOLPH (ed.), *Memoirs, Correspondence, and Private Papers of Thomas Jefferson*, 1829, pp. 182 ss.

⁸ Sobre el ácido cínico v. HOLMES, «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, (10), 1897, p. 462. Sobre HOLMES acerca de la ciencia en el Derecho v. YNTEMA, «Mr. Justice Holmes View of Legal Science», *Yale Law Journal*, (40), 1931, pp. 696 ss.; cf. WELLS, «Holmes on Legal Method: The Predictive Theory of Law as an Instance of Scientific Method», *Southern Illinois University Law Review*, (18), 1994, pp. 329 ss.

⁹ CAIRNS, *The Theory of Legal Science*, 1941; LLEWELLYN, «The Theory of Legal ‘Science’», *North Carolina Law Review*, (20), 1941, pp. 1 ss.; GOBLE, «Law as a Science», *Indiana Law Journal*, (9), 1933, pp. 294 ss.; COHEN, «Philosophy and Legal Science», *Columbia Law Review*, (32), 1932, pp. 1103 ss.; YNTEMA, *Yale Law Journal*, (40), 1931; KANTOROWICZ/PATTERSON, «Legal Science: A Summary of Its Methodology», *Columbia Law Review*, (28), 1928, pp. 679 ss.

Derecho como una «disciplina» entre otras, involucrada en el amistoso toma y daca de un más amplio contexto «interdisciplinar», otros proyectos académicos de índole jurídico-política continuaron reclamando el manto de la ciencia. Consideremos, por ejemplo, las grandes esperanzas depositadas en la «ciencia penal» como base para una reforma exhaustiva y sistemática del Derecho penal sustantivo y del Derecho penitenciario, que se manifiestan de la forma más clara en el ambicioso proyecto del Model Penal Code del American Law Institute¹⁰. El Model Penal Code fue un producto de la corriente Legal Process, que a raíz del New Deal marcó un giro hacia la «ciencia de las políticas públicas» en la teoría del Derecho estadounidense¹¹. La ciencia política estadounidense redobló su supuestamente distintivo compromiso con la cientificidad justo cuando se desvanecía el proyecto de la ciencia jurídica estadounidense¹². Posteriormente, el análisis económico del Derecho lanzó su todavía en curso proyecto integral de aportar los rigores de la «ciencia económica» a una disciplina del Derecho irremediamente privada de su cientificidad¹³.

En el ámbito del Derecho civil ha habido indicaciones tentativas de una apertura a revisar el paradigma savigniano de ciencia jurídica, de dos siglos de antigüedad¹⁴. Estos pueden aparecer en informes de comisiones que piden reformas institucionales más o menos ambiciosas de la enseñanza y la investigación jurídicas, que a menudo incluyen el cambio a un enfoque más interdisciplinar de los estudios jurídicos, o en literatura académica que reflexiona sobre cuestiones metodológicas generales, como la naturaleza y la función (o funciones) de la ciencia jurídica, la relación entre la teoría del Derecho y la dogmática (*Dogmatik, doctrine*), entre las ramas tradicionales de la ciencia jurídica (por ejemplo, Derecho privado, Derecho público, Derecho penal), y entre estas ramas y diversas disciplinas auxiliares (por ejemplo, historia, filosofía, criminología)¹⁵.

Incluso en su país de origen, a lo largo de sus siglos de existencia el modelo savigniano se ha enfrentado periódicamente a ataques enérgicos provenientes de varias direcciones¹⁶. Hasta ahora ninguno le ha dejado un rasguño. Queda por ver si el actual momento mini-metodológico desencadenará un replanteamiento más apreciable. Ciertamente, algunos países de la tradición del Derecho civil han sido más entusiastas que otros a la hora de reclamar e implementar cambios en la investigación y la enseñanza.

¹⁰ WECHSLER, «The Challenge of a Model Penal Code», *Harvard Law Review*, (65), 1952, pp. 1097 ss.; v. también RADZINOWICZ/TURNER (eds.), *The Modern Approach to Criminal Law: Collected Essays*, 1945.

¹¹ ESKRIDGE/FRICKEY, «The Making of *The Legal Process*», *Harvard Law Review*, (107), 1994, pp. 107 ss.; BERMAN/REID, *Emory Law Journal*, (45), 1996.

¹² CRICK, *The American Science of Politics: Its Origins and Conditions*, 1959.

¹³ HORWITZ, «Law and Economics: Politics or Science?», *Hofstra Law Review*, (8), 1980, pp. 905 ss. A HORWITZ le divertía lo que consideraba un intento descarado del movimiento de análisis económico del Derecho de ocultación de su agenda política tras pretensiones científicas jurídicas. También pensaba que el análisis económico del Derecho era una moda pasajera.

¹⁴ Para una exposición en inglés, v. REIMANN, «Nineteenth Century German Legal Science», *Boston College Law Review*, (31), 1990, pp. 837 ss.

¹⁵ P. ej., JESTAZ/JAMIN, *La doctrine*, 2004; ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; JESTAED/LEPSIUS (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008; SMITS, *The Mind and Method of the Legal Academic*, 2012; v. también WISSENSCHAFTSRAT, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen*, 2012.

¹⁶ V., p. ej., KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848; GNAEUS FLAVIUS (KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, 1968; EL MISMO, *Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik*, 1973.

Muchas de las críticas que se han formulado o podrían formularse -o, en algunos casos, los prejuicios que se tienen- contra el proyecto de ciencia jurídica del Derecho civil les resultarán familiares a quienes estudian el pensamiento jurídico estadounidense del siglo pasado. He aquí una rápida lista de palabras clave, que –como es habitual en los esfuerzos necesariamente abreviados de este tipo– no tiene ninguna pretensión de ser exhaustiva ni completa. Por el contrario, tiene al menos tres adaptaciones, centrándose en: (i) Alemania (como el origen y todavía la manifestación más influyente –y rígida– del modelo de ciencia jurídica y, en términos generales, el representante más significativo de un sistema de Derecho civil), (ii) el Derecho penal (como el caso de prueba más parroquial, más importante y, por lo tanto, más prometedor para un nuevo comienzo metodológico) y (iii) aquellas características del modelo tradicional de ciencia jurídica que son menos compatibles con un proyecto metodológico no parroquial, en particular con uno impulsado por la necesidad de evaluar críticamente la legitimidad del poder estatal¹⁷:

- Formalismo (vacío): también etiquetismo, esloganismo, taxonomismo*.
- Positivismo (fingido) y «codificacionismo»: positivismo de conveniencia basado en los códigos¹⁸.
- Cientificismo apolítico como tapadera del conservadurismo (reaccionario), el estatismo, la discriminación (de género, raza, etnia, nacionalidad, condición política, económica, etc.).
- Dogmatismo cegado, simplista y unidimensional (la teoría del Derecho como análisis dogmático del Derecho).
- Superficialidad (mantenimiento periférico del sistema, colmado de lagunas dogmáticas y mejora incremental, sin interés por revisar las cuestiones fundamentales).
- Taxonomismo pseudobotánico: fetichismo pedante de la ley y el orden.
- Pseudologicismo y pseudomatematismo (fetichismo del silogismo): pretensión de objetividad científica y «corrección» de las «soluciones».
- Ontologismo (la corrección como hecho, naturaleza, verdad, ser).
- Estilo declarativo, enunciativo: revelar verdades en lugar de argumentar, sermonear en lugar de convencer.
- Incompletitud, estrechez de alcance y perspectiva (a pesar de la declarada búsqueda de exhaustividad y sistematicidad)¹⁹.
- En la dogmática y el trabajo académico, centrarse en las normas abstractas antes que en el impacto, en la sustancia antes que en el proceso, en la definición antes que en la aplicación, y en la aplicación antes que en la ejecución.

¹⁷ Las fuentes citadas en las notas 15 y 16 *supra* repasan la mayoría de los puntos de la lista, y otros más. La lista refleja un foco en el Derecho penal, anticipando la discusión de la ciencia del Derecho penal en la parte II. Para un análisis metodológico más detallado de esta pequeña esquina -aunque para la Nueva Ciencia Jurídica significativa- del proyecto de ciencia jurídica, véase DUBBER, *The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, en BROWN/TURNER/WEISSER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, 2019, pp. 1 ss.; v. también JAKOBS, «Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin», en ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, pp. 103 ss.; PAWLIK, «Strafrechtswissenschaftstheorie», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 469 ss.

* [Nota del traductor: para un desarrollo del contenido de los neologismos incluidos en esta lista, v. DUBBER, *El Estado Penal Dual*, pp. 73 ss.]

¹⁸ MÜLLER, *Hitlers Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, 1987; v. DUBBER, «Judicial Positivism and Hitler's Injustice», *Columbia Law Review*, (93), 1993, pp. 1807 ss. (recensión).

¹⁹ P. ej., el foco en el Derecho privado (y, al menos en un principio, en el Derecho romano); en el Derecho penal, el foco en una brizna de la parte general del Derecho penal sustantivo.

- Parroquialismo (curiosamente, combinado con el universalismo, en el que el Derecho nacional refleja Lo Jurídico).
- Autorreferencialismo típico de un sistema herméticamente cerrado (cámara de eco).
- Planteamiento de silo (externo, frente a otras disciplinas y los sistemas jurídicos de otros países; interno, frente a otras ramas, «pilares» de la teoría del Derecho [Derecho privado, público, penal]).
- Irrelevancia y desconexión de la «práctica» (práctica jurídica, de la abogacía, legislativa, ejecutiva o judicial) y la «realidad» (condiciones sociales, económicas, políticas, etc.)²⁰
- Juguete intelectual para grandes mentes científicas jurídicas (juego de abalorios, cielo de los conceptos jurídicos)²¹.
- Jerárquica desde el punto de vista institucional y programático, dominada por los principales científicos y sus estudiantes/seguidores (escuelas).
- *Whiggish*/progresista, ahistórica: la marcha del progreso científico es inevitable.
- Elitista, expertista, reservada, tecnocrática, no democrática.
- Arrogancia: nacionalista (frente a los sistemas jurídicos de otros países), metodológica e institucional (frente a otras disciplinas, en particular las ciencias sociales: *sui generis*), y sistémica (frente a los tribunales en general y los jueces legos en particular, pero también «el legislador», pese a las reivindicaciones de positivismo).
- Fracaso ante una crisis aguda de legitimidad: p. ej., el papel de la ciencia jurídica alemana, especialmente en Derecho público y Derecho penal, entre 1933 y 1945.

En lugar de una impracticable (por no mencionar aburrida) revisión de los debates metodológicos a lo largo de los dos últimos siglos, esta lista pretende sugerir algunas cuestiones que podría merecer la pena mirar más de cerca en una reevaluación fundamental del proyecto tradicional de ciencia jurídica. El punto no es que estas críticas estén justificadas, que sean exclusivas de las iniciativas de teoría del Derecho basadas en la ciencia jurídica (en oposición a iniciativas de teoría del Derecho con otro encuadre, por ejemplo, en los países del *Common law*), o que vengan necesariamente motivados por la «cientificidad jurídica» de estas iniciativas (en oposición a otras características), no digamos ya por la idea de una ciencia jurídica en general. Por el contrario, la lista quiere sugerir el tipo de desafíos que seguirá afrontando toda base metodológica compartida de una disciplina jurídica no parroquial.

No resulta por tanto sorprendente que debiera resultar fácil compilar una lista similarmente variada de los defectos reales o supuestos del característicamente acientífico acercamiento a los estudios jurídicos asociado con los países del *Common law*. De hecho, uno podría encontrar bastante superposición entre los dos, además de puntos de diferencia complementaria²²:

- Acientífico: ninguna ciencia; ni siquiera se intenta construir, mantener y perfeccionar una ciencia del Derecho²³.
- Fetichismo de la crítica: una crítica tras otra, con poco interés por el trabajo constructivo, con algunas excepciones notables (por ejemplo, análisis económico del Derecho).

²⁰ P. ej., NAUCKE, «Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis», *Zeitung für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (85), 1973, pp. 399 ss.

²¹ Una forma popular, y suave, de autocritica. V., p. ej., JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 1884, pp. 245 ss.

²² Por comodidad, y para ofrecer contraste, esta lista está tan centrada en los EE. UU. como la anterior lo estaba en Alemania.

²³ Cf. DUBBER, «Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121), 2009, pp. 977 ss.

- Ningún método: descubrimiento y redescubrimiento esporádico y recurrente de temas de actualidad que podrían atraer la atención de los estudiantes de Derecho (de nuevo: pero v. el análisis económico del Derecho).
- En lugar de método, una atmósfera general de pragmatismo intransigente, combinada con el cinismo hacia las normas y un compromiso amplio con el consecuencialismo.
- Ningún sistema único, o multitud de sistemas: ninguna ambición de construir, ampliar, mejorar, mantener un sistema (o sistemas) dogmático.
- En la tradición del «*Common law*», el foco todavía está en los tribunales (a expensas de la gobernanza estatal legislativa y ejecutiva), lo que resulta en (i) foco en la vigilancia marginal de los límites del poder estatal, en lugar de en toda su profundidad y amplitud y (ii) puntillismo dogmático casuístico, basado en los hechos.
- Dentro de este estrecho proyecto, el enfoque limitado en los tribunales federales (de apelación), y más estrechamente aún en la jurisprudencia (constitucional) del Tribunal Supremo de los EE.UU., mientras que en la investigación y en la enseñanza se dejan sin atender los tribunales estatales, y en general el Derecho de los estados federados, incluso en áreas del Derecho centradas en torno a estos (por ejemplo, el Derecho penal).
- Insuficiente aparato conceptual para someter la doctrina jurídica a un análisis sistemático y exhaustivo, por no hablar ya de crítica (por ejemplo, el «principio del daño» en el Derecho penal estadounidense).
- Ausencia de tratados: no existen obras sistemáticas a gran escala sobre doctrina jurídica (de nuevo, con la excepción del análisis económico del Derecho)²⁴.
- Ausencia de un análisis del sistema jurídico de amplio alcance, sofisticado y multigeneracional que pueda sentar las bases de una crítica informada y exhaustiva (desde *The Legal Process* de HART y SACKS).
- Fin de los ambiciosos proyectos de reformulación y de códigos modelo del American Law Institute (incluido el Código Penal Modelo del ALI).
- Abandono a gran escala del análisis dogmático en las facultades de Derecho de élite y, con el tiempo, en las facultades de Derecho en general.
- En particular, desaparición del Derecho privado como objeto de análisis dogmático serio, lo que dio lugar a una concepción estrecha de la disciplina del Derecho.
- En términos más generales, una sensación generalizada de fatiga con el Derecho, que desencadenó la búsqueda de enfoques de investigación alternativos y una amplia aceptación de la investigación «interdisciplinar», de nuevo primero en las facultades de Derecho de élite y después en toda la enseñanza del Derecho.
- Participación superficial y amateur en investigación «interdisciplinar» que, de hecho, no consigue que participen interlocutores de disciplinas distintas del Derecho.
- Funcionalismo crudo orientado a los resultados, casuístico, basado en casos, que no deja lugar para el análisis basado en principios.
- En la dogmática y la investigación académica, la atención se centra en los hechos más que en las normas, en el impacto más que en los principios abstractos, en el proceso más que en la sustancia, en la aplicación más que en la definición, y en la ejecución más que en la aplicación.
- A pesar del posturo realista-jurídico, existe una gran brecha entre la doctrina y la «práctica», y los jueces piden regularmente a los juristas que produzcan trabajos que puedan guiar la toma de decisiones judiciales, mientras que los abogados se quejan con

²⁴ Comenzando por POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1973; para un reciente panorama de los siguientes cincuenta años, v. KORNHAUSER, «The Economic Analysis of Law», en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022.

una persistencia similar de que los licenciados en Derecho no están preparados para la práctica de la abogacía y necesitan una amplia formación profesional.

- Formalismo apolítico, logicismo, «principalismo», dogmaticismo, etc. como tapadera del conservadurismo (reaccionario), discriminación (de género, raza, etnia, nacionalidad, estatus político, económico, etc.), que dio lugar al lanzamiento de una serie de movimientos críticos: por ejemplo, Realismo Jurídico, Derecho y Sociedad, Estudios Jurídicos Críticos, Derecho y Feminismo, Teoría Racial Crítica.
- Arrogancia: nacionalismo (frente a los sistemas jurídicos y la educación jurídica de otros países); imperialismo ideológico (el Derecho de EE.UU. y del Reino Unido como la manifestación más perfecta del Derecho y la justicia -incluso aunque difieran entre sí-); sentido de superioridad pedagógica y académica (estereotipos sobre el carácter sermoneador y el purismo dogmático del Derecho civil, no tocado por el «Derecho de la calle»).
- Fracaso ante una crisis aguda de legitimidad: por ejemplo, la Guerra contra el Delito - *War on Crime*- posterior a 1968.

Puede que estas listas, competidoras y complementarias, al final, no sean más que una colección de características más o menos familiares del «Derecho civil» y del «Common law» como tipos ideales o, peor, estereotipos. No pretenden ser contribuciones al prolongado juego de salón iuscomparatista «Derecho civil contra Common law». Con todo, hay formas menos productivas de concebir un proyecto de Nueva Ciencia Jurídica que como un intento de tender un puente entre estos dos sistemas (reales o inventados), movilizandolos sus respectivos puntos fuertes y dejando de lado sus debilidades parroquiales para que los esfuerzos dogmáticos jurídicos internacionales puedan de forma combinada aplicarse a un análisis crítico de la legitimidad del poder estatal a través del Derecho.

1.3. La idea de una Nueva Ciencia Jurídica

La Nueva Ciencia Jurídica sería una empresa esencialmente contextual, consciente de la contingencia de sus conceptos centrales, sin abandonar al mismo tiempo el esfuerzo por someter a un análisis crítico riguroso y sistemático un régimen jurídico, como el ejercicio por parte del Estado de su poder coercitivo a través del Derecho. En primer lugar, analizaría críticamente las normas constitutivas del régimen jurídico (principios, doctrinas, reglas, estándares, etc.), sus instituciones y prácticas a la luz de sus normas fundacionales (crítica externa: legitimidad). En segundo lugar, analizaría críticamente las normas, instituciones y prácticas constitutivas del régimen jurídico entre sí (crítica interna: coherencia, consistencia y cumplimiento).

No hay nada «nuevo» en el segundo tipo de análisis crítico (aunque, de hecho, la ciencia jurídica tradicional ha dedicado bastante menos esfuerzo a las cuestiones de cumplimiento que a las de coherencia y consistencia). Lo que es «nuevo» -y moderno- en la Nueva Ciencia Jurídica es su compromiso central con la crítica de la *legitimidad* del ejercicio del poder coercitivo del Estado por medio del Derecho.

La Nueva Ciencia Jurídica es, por tanto, una ciencia crítica normativa. A diferencia de otras ciencias («naturales», «empíricas», «sociales», «conductuales», «físicas», «duras», «ontológicas», etc.) o de concepciones de la ciencia jurídica derivadas de ellas, la vida de la Nueva Ciencia Jurídica no sería la verdad o los hechos, ni la lógica, ni (*pace* HOLMES) la experiencia, por sí mismos. No perseguiría, de nuevo por sí mismas, la descripción o sistematización precisa y completa -por no mencionar la belleza conceptual- de un cuerpo de doctrina jurídica, como en

las concepciones de la ciencia jurídica «pura» o «verdadera». En su lugar, la Nueva Ciencia Jurídica buscaría el análisis crítico del Derecho (*law, Recht, droit, diritto*), concebido como un modo fundamental de poder estatal coercitivo en drástica necesidad de legitimación continua.

Más concretamente, la Nueva Ciencia Jurídica buscaría un análisis crítico exhaustivo, continuo y sistemático del ejercicio del Derecho en el sentido particular, moderno, que surgió de la aplicación del proyecto global de crítica normativa de la Ilustración al ámbito político y que, desde entonces, ha llegado a moldear el pensamiento político y jurídico –en la teoría, pero definitivamente no de forma coherente en la práctica– en los países comúnmente denominados democracias liberales (por ahora dejen para otro día –y para otros más cualificados que yo– la importante cuestión de qué aspecto podría tener una ciencia jurídica moderna en otros sistemas o proyectos políticos).

La Nueva Ciencia Jurídica, en otras palabras, sería una ciencia jurídica para Estados ostensiblemente comprometidos con el proyecto del «Estado de Derecho», o *Rechtsstaat*; por lo tanto, no sería ni más ni menos «puramente» jurídica, o histórica o sistemáticamente no contingente, u objetiva, o lógicamente obligatoria o empíricamente determinada, que este proyecto más amplio (con independencia de si –y en tal caso, sobre qué base– ese proyecto se etiqueta como «ciencia» política). También estaría sujeta a las mismas dudas que cualquier otro proyecto científico, en una época en la que la pretensión de objetividad de la ciencia requiere una justificación constante, al igual que la propia idea de objetividad, así como las atribuciones de pericia que se basan en ella.

Estas dudas no han convertido en obsoleta la investigación científica en otros lugares. ¿Por qué deberían condenar a la ciencia jurídica? ¿Por qué no deberíamos perseguir una ciencia jurídica autorreflexiva y autocrítica, apropiadamente modesta y humilde, despojada de pretensiones de objetividad apolítica e inexorabilidad lógica y de pretensiones de influencia especial *ex officio* más allá de la fuerza del mejor argumento (o al menos de uno mejor informado)?

La Nueva Ciencia Jurídica no sería una panacea. Pero podría cumplir una función crucial en un Estado democrático moderno: el análisis crítico de la legitimidad del poder estatal en nombre del «Derecho».

1.4. El Análisis Crítico del Derecho

La Nueva Ciencia Jurídica perseguiría un análisis crítico del Derecho en el siguiente sentido²⁵. Sería *crítica* porque su objetivo sería la crítica del ejercicio del poder estatal a través del Derecho, tanto externa como interna (véase más arriba). Llevaría a cabo un *análisis* crítico porque la crítica sería inútil y desdentada si no se basara en un análisis exhaustivo, contextual y abierto del ejercicio del poder jurídico estatal bajo escrutinio. Este análisis sería el «*proprium*» (es decir, el objeto, así como la tarea) de la ciencia jurídica, y de aquellos que la practican, en el sentido directo de que se basa en la experiencia de personas instruidas en el análisis de las normas jurídicas, las instituciones y las prácticas²⁶. Este análisis deberá emplear todas y cada una de las herramientas disciplinares, metodológicas y epistemológicas disponibles, incluido, entre otros, el denominado análisis «dogmático» de las normas jurídicas, en un contexto sistemático

²⁵ V. de forma general el número especial «Critical Analysis of Law and the New Interdisciplinarity», *Critical Analysis of Law: An International & Interdisciplinary Law Review*, (1), 2012, pp. 1-142.

²⁶ Cf. ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007.

(*Rechtsdogmatik, doctrine juridique*). Merece la pena insistir en este punto. El análisis jurídico ha tendido a caer en uno u otro bando: el análisis dogmático o el «interdisciplinar» (o «Derecho» o «Derecho &»), cada uno de los cuales descarta al otro como irrelevantemente ajeno o pintorescamente miope, respectivamente. Sin embargo, dar la bienvenida al análisis interdisciplinar no implica excluir el dogmático, es decir, el tipo de análisis para el que los juristas están especialmente cualificados. La Nueva Ciencia Jurídica es inclusiva y polifacética; para analizar de forma sistemática y exhaustiva el complejo régimen jurídico de un Estado moderno, tomará toda la ayuda que pueda conseguir.

Por último, y de manera crucial, la Nueva Ciencia Jurídica sería un análisis crítico del *Derecho*. Qué sea lo que esto signifique depende obviamente de la concepción que cada uno tenga del Derecho. Como se mencionó anteriormente, para los fines actuales estoy utilizando «Derecho» en un sentido específico (y ciertamente discutible), como un modo de gobernanza estatal que surgió de la crítica ilustrada del poder del Estado: legitimar el poder estatal era transformar el Estado de un Estado policial (*Polizeistaat, l'état de police*) en un Estado de Derecho (*Rechtsstaat, l'état de droit*), es decir, de un Estado gobernado a través de la policía (*Polizei, police*), a uno gobernado por medio del Derecho (*Recht, droit*). Ya he analizado la distinción entre policía y Derecho en otras ocasiones²⁷, remontándome a la interrelación entre heteronomía y autonomía en la gobernanza privada y pública, arraigada en la distinción entre gobierno doméstico y gobierno de la ciudad/Estado en las Atenas y Roma clásicas, es decir, entre *oikos* y *agora*, y entre *familia* y *fórum*, respectivamente. Para citar el conciso resumen de Jill LEPORE de este relato: «Bajo el imperio de la ley, las personas son iguales; bajo el imperio de la policía, no lo somos»²⁸.

En la Atenas clásica, la gobernanza del hogar (*oikos*) se basaba en la distinción radical entre sujeto (cabeza de familia) y objeto (hogar). El poder del cabeza de familia sobre los recursos animados e inanimados (humanos y no humanos) que constituían su hogar era discrecional e ilimitado, sujeto únicamente a unas directrices de prudencia autoimpuestas y autocontroladas, recogidas ocasionalmente en manuales sobre el arte y la ciencia de la gestión doméstica, *oikonomikos*²⁹, precursores de los posteriores *Hausväterliteratur* y *Fürstenspiegel*³⁰, y mucho más tarde de los manuales para propietarios de esclavos de antes de la Guerra Civil en el Sur de Estados Unidos³¹. En la esfera pública del *agora*, por el contrario, el gobierno descansaba en la identidad de sujeto y objeto: el gobierno de la ciudad/Estado de los cabezas de familia por los cabezas de familia era autónomo. El gobierno privado y el público estaban íntima e individualmente conectados: la participación en el gobierno público autónomo suponía el ejercicio del gobierno heterónimo en el hogar.

La policía como modo de gobernanza del Estado emergió a través de la expansión del gobierno de la familia al gobierno del Estado, a medida que el microhogar (privado) del rey se transformaba en un macrohogar (público) mediante la incorporación de otros hogares. El poder de policía era el poder del rey como *pater patriae* sobre los recursos de su reino, el poder de «la debida regulación y el orden doméstico del reino: por el que los individuos del Estado, como miembros

²⁷ DUBBER/VALVERDE (eds.), *The New Police Science: The Police Power in Domestic and International Governance*, 2006; LOS MISMOS (eds.), *Police and the Liberal State*, 2008.

²⁸ LEPORE, «The Invention of the Police», *New Yorker*, 2020 [Disponible en: <https://www.newyorker.com/magazine/2020/07/20/the-invention-of-the-police>]

²⁹ P. ej., XENOPHON, *Oeconomicus*, 1995 (original circa 362 A.C.).

³⁰ P. ej., MACHIAVELLI, *The Prince*, 2009 (original 1532).

³¹ BUSH, «Free to Enslave: The Foundations of Colonial American Slave Law», *Yale Journal of Law & the Humanities*, (5), 1993, pp. 417 ss.

de una familia bien gobernada, están obligados a ajustar su comportamiento general a las reglas del decoro, la buena vecindad y los buenos modales»³²; el rey mantenía la paz real sobre el hogar estatal, a la vez que el poder de otros cabeza de familia sobre sus microhogares pasaba de soberanía originaria a poder real delegado.

En la esfera política, el descubrimiento -o invención, o postulación- por parte de la Ilustración de la capacidad de autonomía de las personas como tales supuso un reto fundamental al ejercicio del poder estatal, al erradicar la otrora distinción axiomática entre sujeto y objeto de gobierno. Ahora el poder del Estado tenía que estar legitimado ante aquellos en cuyo nombre se ejercía, incluso -y especialmente- si se iba a utilizar contra ellos. La autonomía se convirtió así en la piedra de toque de la legitimidad del poder estatal; a diferencia de la Atenas clásica, sin embargo, la capacidad de autonomía era ahora (aunque sólo fuera en teoría) la característica universal de la persona, en lugar del rasgo distintivo de los cabezas de familia.

En el Estado de Derecho, el ejercicio del poder tenía que estar sujeto a una constante y vigilante crítica de legitimidad a la luz del principio fundamental de autonomía. Así, el poder estatal en el Estado de Derecho debía estar estrictamente limitado; el poder estatal que violase el principio de autonomía era ilegítimo. Por el contrario, en el estado policial, el poder del soberano era – como el del cabeza de familia– esencialmente discrecional e ilimitado, definido por su propia indefinibilidad: «el poder de la soberanía, el poder de gobernar los hombres y las cosas dentro de los límites de su dominio»³³.

Hacia el siglo XVII, en Alemania y Francia la literatura *oeconomica* tradicional se había convertido en el campo de la ciencia de la policía (*Polizeiwissenschaft, science de la police*), al principio ejercida por burócratas y magistrados, y luego enseñada en las universidades. Con algunas excepciones notables³⁴, en el *Common law* nunca se desarrolló una ciencia de la policía. En el mundo del Derecho civil el proyecto global de la ciencia de la policía fue abandonado en el transcurso del siglo XIX, limitando el concepto de policía como la búsqueda de la paz real (más tarde republicano como «paz pública») a su aspecto menos objetable -la seguridad pública- y transformando el resto en el nuevo campo del Derecho administrativo (y Derecho de policía, *Polizeirecht*, en Alemania).

1.5. La Nueva Ciencia Jurídica y la Nueva Ciencia de la Policía

La Nueva Ciencia Jurídica complementaría a la Nueva Ciencia Policial, que pretende un análisis crítico exhaustivo del poder del Estado como policía³⁵. La suma de ambas resultaría en un análisis crítico exhaustivo del poder del Estado desde las perspectivas de la policía y el Derecho como modos de gobernanza estatal (Nueva Ciencia del Estado)³⁶. Esta investigación de doble vía partiría del supuesto de que, en lugar de que el Derecho haya meramente sustituido a la policía como único modo de gobernanza –y de que el Estado de Derecho haya sustituido al de policía–, el Derecho y la policía persisten como formas paralelas de gobernanza, poniendo así de

³² BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. IV, 1979 (original 1769), p. 162.

³³ License Cases, 46 U.S. (5 How.) 504 (1847).

³⁴ COLQUHOUN, *A Treatise on the Wealth, Power, and Resources of the British Empire in Every Quarter of the World, Including the East Indies: The rise and progress of the funding system explained*, 1814; FREUND, *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights*, 1904.

³⁵ DUBBER/VALVERDE (eds.), *The New Police Science*, 2006; LOS MISMOS, *Police and the Liberal State*, 2008.

³⁶ Cf. SCHUPPERT, *Staatswissenschaft*, 2003.

manifiesto la antigua relación y tensión entre autonomía y heteronomía en la esfera política. El análisis crítico exhaustivo del poder estatal incluiría por lo tanto un análisis crítico paralelo desde cada perspectiva: por un lado, como ejercicio del poder sujeto a normas formales basadas en limitaciones a la legitimidad basadas en principios que reflejan la concepción del sujeto-objeto del gobierno como una persona caracterizada por la capacidad de autonomía y, por otro, como un ejercicio soberano de poder mediante la gestión discrecional de recursos sujeta a directrices informales de prudencia y máximas de buen gobierno, autoimpuestas y autocontroladas.

La Nueva Ciencia Policial comparte con la ciencia policial original su foco en la «policía» (*Polizei*, *la police*) como un modo básico de gobernanza digno de estudio en sus propios términos, al margen de cualquier marco jurídico que el Estado de Derecho haya intentado superponerle, aunque sólo sea nominalmente («Derecho administrativo», «Derecho policial»). Sin embargo, como análisis crítico post-ilustrado de la policía, también difiere de la concepción original de la ciencia policial como un género de literatura de asesoramiento para cabezas de familia estatal absolutamente soberanos.

La Nueva Ciencia Jurídica guardaría una relación igualmente diferenciada con su encarnación original. Dejando a un lado las referencias anteriores a la «ciencia jurídica», generalmente se considera que el proyecto moderno de ciencia jurídica tiene su origen en SAVIGNY, y más concretamente en la publicación de su tesis doctoral sobre el derecho de posesión en 1803³⁷. La ciencia jurídica savigniana, que sigue configurando la ciencia jurídica en el mundo del Derecho civil hasta nuestros días, era histórica y descriptiva en cuanto a su *método*, y se limitaba al Derecho privado –y más concretamente al Derecho privado romano– en lo relativo a su *ámbito de aplicación*³⁸. La Nueva Ciencia Jurídica, como análisis crítico del Derecho, también sería histórica, pero no en el sentido limitado de la Escuela Histórica de SAVIGNY: en primer lugar, no se limitaría a desenterrar principios jurídicos puros a través del estudio cuidadoso de textos vetustos (o incluso meramente antiguos), sino que sería histórica en el sentido de tener en cuenta el contexto histórico y el desarrollo de las normas, instituciones y prácticas; en segundo lugar, no se limitaría al análisis histórico, sino que consideraría el análisis histórico sólo como una forma de análisis entre otras³⁹. Y, lo que es más significativo, la Nueva Ciencia Jurídica no sería meramente descriptiva; llevaría a cabo el análisis no como un fin en sí mismo, sino como base para la crítica; no se limitaría al análisis dogmático en mayor medida de lo que se limitaría al análisis histórico⁴⁰.

Pasando del método al ámbito de aplicación, aunque tanto la ciencia jurídica savigniana como la Nueva Ciencia Jurídica persiguen un análisis exhaustivo y sistemático del Derecho, la Nueva Ciencia Jurídica ampliaría el campo de aplicación del análisis más allá del Derecho privado y más

³⁷ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, 1803. Existe traducción al español, *Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano*, 2005 (edición revisada por MONEREO PÉREZ de la traducción anónima *Tratado de la posesión, según los principios del Derecho romano*, de 1845).

³⁸ REIMANN, *Boston College Law Review*, (31), 1990, pp. 837 ss.; STEIN, «The Tasks of Historical Jurisprudence», en MACCORMICK/BIRKS (eds.), *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, 1986, pp. 293 ss.

³⁹ DUBBER, «New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law», *Critical Analysis of Law*, (2), 2015, pp. 1 ss.

⁴⁰ DUBBER, *Critical Analysis of Law*, (2), 2015, pp. 1 ss.

allá de las normas jurídicas para incluir las instituciones y prácticas jurídicas. De hecho, el análisis crítico del Derecho público –y en particular de la forma más intrusiva de Derecho público, el Derecho penal– sería fundamental para la Nueva Ciencia Jurídica, como una vía, junto con la Nueva Ciencia Policial, del análisis crítico exhaustivo del *poder estatal*.

2. La Nueva Ciencia Jurídica en el Estado Penal Dual

2.1. El Derecho penal en el centro

Dado el papel clave del Derecho penal en el análisis crítico del poder estatal desde la perspectiva de la Nueva Ciencia Jurídica, tiene sentido que esta demuestre su valor en tal campo. Si el Estado, sin legitimidad, ejerce el poder de privarnos de la propiedad, la libertad e incluso la vida en nombre del Derecho penal, ¿qué importa que sus normas de Derecho privado faciliten nuestras interacciones comerciales de forma competente –o incluso, en algún sentido, justa–? Si el aparato de Derecho penal del Estado equivale a un régimen de incapacitación masiva, caracterizado por el racismo sistémico y la violencia institucionalizada, ¿qué importa que su régimen de Derecho administrativo –al menos marginal y episódicamente– supervise la provisión de prestaciones y servicios públicos?

Replanteado como un aspecto del análisis crítico del poder penal del Estado, el análisis crítico del Derecho penal complementaría un análisis crítico de la policía penal. Un análisis adecuadamente exhaustivo incluiría así un análisis histórico comparativo del Derecho penal y la policía penal que diera cuenta de lo que podría denominarse un «Estado penal dual»⁴¹. También requeriría un análisis contextual de las normas, instituciones y prácticas, tanto relativas a los distintos aspectos del funcionamiento del Derecho penal (Derecho penal «sustantivo», Derecho penal «procesal», Derecho «penitenciario»: colectivamente, «Derecho penal») como en las distintas áreas del Derecho (por ejemplo, Derecho de la responsabilidad extracontractual, Derecho de la compensación de las víctimas, Derecho penal).

Este análisis contextual tendría que basarse en una descripción más amplia de los tipos, áreas y ramas del Derecho y de su interrelación, un tema de considerable importancia analítica que ha atraído poca atención. Por ejemplo, la distinción entre Derecho público y privado sigue sin asentarse (lo que quizá no resulte sorprendente, dada la influencia formativa del Derecho romano, al que a menudo se atribuye la distinción), si es que no se descarta como «totalmente decrepita»⁴², políticamente motivada⁴³, o simplemente se ignora como pasada de moda y anticuada (ya que todo el mundo sabe desde hace tiempo que «todo el Derecho es Derecho público»)⁴⁴. El propio estatus del Derecho penal, como una especie de Derecho público, Derecho privado o *sui generis*, sólo se ha esclarecido un poco mejor que la distinción entre ramas específicas del Derecho, como la existente entre el Derecho penal y el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Incluso la ciencia del Derecho penal alemán, a lo largo de dos siglos de sistematización (o al menos clasificación), ha prodigado la gran mayor parte de su atención analítica a un enfoque de una parte de un aspecto del Derecho penal: el análisis

⁴¹ Cf. FRAENKEL, *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, 1941. Existe traducción al español: *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*, traducción y prólogo de Nicolás Muñiz, 2022.

⁴² KENNEDY, «The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction», *University of Pennsylvania Law Review* (130), 1982, pp. 1349 ss.

⁴³ HORWITZ, *Hofstra Law Review*, (8), 1980, pp. 905 ss.

⁴⁴ V., p. ej., GOLDBERG, «Pragmatism and Private Law», *Harvard Law Review*, (125), 2012, pp. 1640 ss.

dogmático descriptivo de cuestiones seleccionadas de la parte general del Derecho penal sustantivo (alemán). Queda mucho análisis por hacer, por no hablar de la crítica de legitimidad que un análisis exhaustivo hace posible.

2.2. Un análisis crítico de la posesión, entre el Derecho y la policía

Para ilustrarlo, con un guiño a SAVIGNY consideremos qué aspecto podría tener un análisis crítico de la *posesión* en la penalidad moderna desde la perspectiva de la Nueva Ciencia Jurídica⁴⁵. Para empezar, una indagación en términos de la Nueva Ciencia Jurídica podría considerar el lugar de la posesión no sólo en las llamadas partes general y especial de la teoría del Derecho penal sustantivo, sino también en el contexto más amplio del régimen penal, incluyendo su papel en la investigación, la persecución, el enjuiciamiento, la condena y el castigo.

Este análisis, desde la perspectiva del *Derecho* penal, podría revelar características de la doctrina de la posesión criminal (por ejemplo, presunciones prospectivas y retrospectivas, explícitas e implícitas; posesión constructiva y conjunta; omisión implícita; relevancia de actos preparatorios; exenciones basadas en el estatus), algunas de las cuales pueden entrar en conflicto con normas básicas del Derecho penal (por ejemplo, las relativas al *actus reus*, a la *mens rea*, a la responsabilidad del partícipe o a la tentativa)⁴⁶.

El análisis desde la perspectiva de la *policía* penal, sin embargo, puede mostrar que la posesión desempeña un papel clave como delito de recogida, puerta de entrada y cláusula reserva en un sistema para la identificación e incapacitación de peligros humanos, como una alternativa más sofisticada y eficaz a la antigua e imprecisa herramienta disciplinaria de la «vagancia»⁴⁷, basada en el estatus más que en la conducta.

El análisis histórico podría rastrear los esfuerzos realizados, por ejemplo, en el Derecho angloamericano para acomodar la responsabilidad por posesión dentro de un conjunto aún en evolución de normas de Derecho penal sustantivo (por ejemplo, el requisito de la conducta), que culminaron en la declaración auténtica por vía codificadora de que la posesión, simplemente, es una conducta⁴⁸.

El análisis comparativo, a su vez, podría investigar el tratamiento de la posesión en, por ejemplo, el Derecho penal alemán, con un conjunto diferente de normas jurídicas de trasfondo (por ejemplo, el principio de culpabilidad, *Schuldprinzip*)⁴⁹. La comparación intrasistémica podría explorar la relación entre la posesión en el Derecho penal y en otras áreas del Derecho, incluidos el Derecho administrativo y el Derecho de la propiedad⁵⁰.

⁴⁵ V. de forma general DUBBER, «Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law», *Journal of Criminal Law & Criminology*, (91), 2002, pp. 829 ss.

⁴⁶ ASHWORTH, «The Unfairness of Risk-Based Possession Offences», *Criminal Law & Philosophy*, (5), 2011, pp. 237 ss.; YAFFE, «In Defense of Criminal Possession», *Criminal Law & Philosophy*, (10), 2016, pp. 441 ss.

⁴⁷ DUBBER, «The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process», en DUFF/GREEN (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Criminal Law's Special Part*, 2005, pp. 91 ss.

⁴⁸ V. Model Penal Code § 2.01(4).

⁴⁹ V. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 534.

⁵⁰ V. LEPSIUS, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, 2002; SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 1803; v. también POSNER, «Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession», *Virginia Law Review*, (86), 2000, pp. 535 ss.; GORDLEY/MATTEI, «Protecting Possession», *American Journal of Comparative Law*, (44), 1996, pp. 293 ss.

Según fuera necesario, o deseado, esta investigación sobre la posesión podría ajustarse, por ejemplo, ampliando el alcance comparativo (externo o interno) o expandiendo el enfoque analítico (por ejemplo, yendo más allá de la posesión como delito a la posesión como interés protegido, en la regulación del robo y otros de los denominados delitos contra la propiedad).

Un análisis paralelo similar podría ampliarse a todo el Derecho penal, incluyendo no sólo otras teorías sobre todos los aspectos del Derecho penal, sino también, más allá de las normas, las instituciones y prácticas: por ejemplo, la institución del jurado⁵¹ o la práctica de la negociación de los cargos y la condena⁵².

El análisis podría extenderse no sólo horizontalmente, sino también verticalmente, por ejemplo, desde «teorías» como la de la responsabilidad penal por posesión a «principios», como el de legalidad (en sus diversas y continuamente multiplicadas variantes en latín)⁵³, los principios *Rechtsgut*, *Schuldprinzip* («nulla poena sine culpa»), *ultima ratio*, «*actus non facit reum nisi mens sit rea*», etc.⁵⁴.

2.3. El concepto esencialmente controvertido de la legitimidad del poder estatal

Este breve esbozo puede a lo sumo servir para ilustrar cómo podría llevarse a cabo un análisis dual del poder penal del Estado y qué papel podría desempeñar la Nueva Ciencia Jurídica (y la Nueva Ciencia Policial) en esta investigación. En última instancia, se propuso sugerir cómo se podría abordar la tarea de una Nueva Ciencia Jurídica: someter el ejercicio del poder jurídico por parte del Estado a un análisis crítico exhaustivo y sistemático como parte de una investigación general y continua sobre la legitimidad del poder del Estado, incluyendo su poder *penal*⁵⁵, pero no limitándose a este. La tarea del análisis crítico del poder penal del Estado, principalmente como Derecho penal, es particularmente urgente, en la medida en que su ejercicio es especialmente susceptible de interferir con la misma autonomía que se dice que lo legitima. Esto no quiere decir, sin embargo, que otros tipos de poder estatal, *qua* Derecho o policía, no deban - o no puedan- someterse también a un análisis crítico, ni que la legitimidad del poder penal implique la de otras formas de poder estatal.

⁵¹ Desde el punto de vista del Derecho, un «paladín de la libertad» o, más concretamente, una manifestación indirecta de la autonomía o autojuicio del «delincuente» y de la «víctima» a través de la identificación empática vicaria por parte de jueces procedentes de «su» «comunidad»; desde el punto de vista de la policía, un instrumento del poder soberano -y más concretamente del poder real- para determinar los derechos del rey y hacer valer sus intereses fiscales, a través del ejercicio de su jurisdicción, a expensas de los microcabezas de familia de menor rango. V. DUBBER, «The Schizophrenic Jury and Other Palladia of Liberty: A Critical Historical Analysis», *Comparative Legal History*, (3-2), 2015, pp. 306 ss.; v. de forma general DUBBER, en BROWN/TURNER/WEISSER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, 2019, pp. 1 ss.

⁵² *Qua* Derecho, una oportunidad para el autojuicio directo, aun cuando parcial, mediante la participación del acusado en la resolución de su caso; *qua* policía, una delegación a una autoridad pública de poder discrecional soberano y no revisable.

⁵³ P. ej.: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali*, *nulla poena sine lege scripta*, *nulla poena sine lege praevia*, *nulla poena sine lege certa*, *nulla poena sine lege stricta*, *nulla poena sine culpa*, e, incluso, en el Derecho penal socialista, *nulla poena sine periculo sociali*.

⁵⁴ Desde el punto de vista jurídico, estos principios fundamentales de justicia -preferentemente recogidos en latín- están profunda e inmutablemente arraigados, en última instancia, en una concepción de la persona como ser dotado de capacidad de autonomía; desde el punto de vista policial, son máximas recomendadas de prudencia, o buena gobernanza, dirigidas a un cabeza de familia soberano con discreción última en cuanto a sí, y en caso afirmativo cómo, consultarlas y atenderlas.

⁵⁵ Para seguir con el ejemplo de la posesión, las dos explicaciones del Derecho privado de la posesión generalmente reconducidas a la tesis doctoral de SAVIGNY de 1803 (orden público y propiedad) podrían compararse y mostrar sus conexiones con la distinción entre Derecho y policía.

Para terminar, merece la pena subrayar que, en el espíritu del análisis crítico, la legitimidad del poder estatal en general –y del poder penal estatal en particular– no puede tratarse como una conclusión inevitable. Una ciencia del Derecho moderna no puede cumplir su función crítica si se considera a sí misma como proveedora de justificaciones para el *statu quo*. En Derecho, el espíritu crítico de la investigación científica requiere el cuestionamiento constante de los supuestos y de las prácticas conocidas desde hace mucho tiempo, no la mera acumulación de conocimiento o la gestión de sistemas taxonómicos. Una ciencia del Derecho «normativa» apologética supone una amenaza al menos tan grande para la legitimación del poder estatal como una «descriptiva».

3. Bibliografía

ASHWORTH, «The Unfairness of Risk-Based Possession Offences», *Criminal Law & Philosophy*, (5), 2011, pp. 237 ss.

BERMAN/REID, «The Transformation of English Legal Science: From Hale to Blackstone», *Emory Law Journal*, (45), 1996, pp. 437 ss.

BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. IV, Chicago University Press, Chicago, 1979 (reimp. original de 1769).

BUSH, «Free to Enslave: The Foundations of Colonial American Slave Law», *Yale Journal of Law & the Humanities*, (5), 1993, pp. 417 ss.

CAIRNS, *The Theory of Legal Science*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1941.

CRICK, *The American Science of Politics: Its Origins and Conditions*, University of California Press, Berkeley, 1959.

COHEN, «Philosophy and Legal Science», *Columbia Law Review*, (32), 1932, pp. 1103 ss.

COLQUHOUN, «A Treatise on the Wealth, Power, and Resources of the British Empire in Every Quarter of the World, Including the East Indies: The rise and progress of the funding system explained», Joseph Mawman, London, 1814.

DUBBER, «Criminal Process in the Dual Penal State: A Comparative-Historical Analysis», en BROWN/TURNER/WEISSER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

—————, «Comparative Criminal Law», en REIMANN/ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 1276 ss.

—————, «The Schizophrenic Jury and Other Palladia of Liberty: A Critical Historical Analysis», *Comparative Legal History*, (3-2), 2015, pp. 306 ss.

—————, «New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law», *Critical Analysis of Law*, (2), 2015.

—————, «Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121), 2009, pp. 977 ss.

DUBBER, «The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process», en DUFF/GREEN (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Criminal Law's Special Part*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 91 ss.

—————, «Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law», *Journal of Criminal Law & Criminology*, (91), 2002, pp. 829 ss.

—————, «Judicial Positivism and Hitler's Injustice», *Columbia Law Review*, (93), 1993, pp. 1807 ss.

DUBBER/VALVERDE, *Police and the Liberal State*, Stanford University Press, Redwood, 2008.

—————, *The New Police Science: The Police Power in Domestic and International Governance*, Stanford University Press, Redwood, 2006.

ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

ESKRIDGE/FRICKEY, «The Making of The Legal Process», *Harvard Law Review*, (107), 1994, pp. 107 ss.

FERNÁNDEZ/DUBBER, *Law Books in Action: Essays on the Anglo-American Legal Treatise*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

FRAENKEL, *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, trad. cast. por NICOLÁS MUÑOZ, Oxford University Press, New York, 1941.

FREUND, *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan & Company, Chicago, 1904.

GNAEUS FLAVIUS (KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter, Heidelberg, 1906.

GOBLE, «Law as a Science», *Indiana Law Journal*, (9), 1933, pp. 294 ss.

GOLDBERG, «Pragmatism and Private Law», *Harvard Law Review*, (125), 2012, pp. 1640 ss.

GORDLEY/MATTEI, «Protecting Possession», *American Journal of Comparative Law*, (44), 1996, pp. 293 ss.

HOLMES, «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, (10), 1897, pp. 457 ss.

HORWITZ, «Law and Economics: Politics or Science?», *Hofstra Law Review*, (8), 1980, pp. 905 ss.

JAKOBS, «Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin», en ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 103 ss.

JEFFERSON RANDOLPH, «Carta a John Tyler, de 17 de junio de 1812», en JEFFERSON RANDOLPH (ed.), *Memoirs, Correspondence, and Private Papers of Thomas Jefferson*, t. IV, Gray and Bowen, Boston, 1829, pp. 182 ss. [Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-05-02-0112>]

JESTAEDT/LEPSIUS (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

JESTAZ/JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, Paris, 2004.

JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1884.

KANTOROWICZ/PATTERSON, «Legal Science: A Summary of Its Methodology», *Columbia Law Review*, (28), 1928, pp. 679 ss.

KENNEDY, «The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction», *University of Pennsylvania Law Review*, (130), 1982, pp. 1349 ss.

KINGSBURY/KRISCH/STEWART, «The Emergence of Global Administrative Law», *Law & Contemporary Problems*, (68), 2005, pp. 15 ss.

KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Springer, Berlin, 1848.

KORNHAUSER, «The Economic Analysis of Law», en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022 [Disponibile en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis>].

LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

LANGER, «The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 887 ss.

LEPSIUS, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

LLEWELLYN, «The Theory of Legal 'Science'», *North Carolina Law Review*, (20), 1941, pp. 1 ss.

MACHIAVELLI, *The Prince*, trad. por Parks, Penguin, London, 2009 (original 1532).

MACIAS, *Legal Science in the Early Republic: The Origins of American Legal Thought and Education*, Lexington Books, Lanham, 2016.

MÜLLER, *Hitlers Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Droemer Knauer, München, 1987.

NAUCKE, «Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis», *Zeitung für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (85), 1973, pp. 399 ss.

PAWLIK, «Strafrechtswissenschaftstheorie», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Heymann, Köln, 2007, pp. 469 ss.

POSNER, «Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession», *Virginia Law Review*, (86), 2000, pp. 535 ss.

———, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1973.

RADZINOWICZ/TURNER (eds.), *The Modern Approach to Criminal Law: Collected Essays*, MacMillan Inc., New York, 1945.

REIMANN, «Nineteenth Century German Legal Science», *Boston College Law Review*, (31), 1990, pp. 837 ss.

SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Heyer, Giessen, 1803 (= *Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano*, Comares, Granada, 2005 [rev. MONEREO PÉREZ trad. original 1845]).

SCHUPPERT, *Staatswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

SCHWEBER, «The 'Science' of Legal Science: The Model of the Natural Sciences in Nineteenth-Century American Legal Education», *Law & History Review*, (17-3), 1999, pp. 421 ss.

SIMPSON, «The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature», *University of Chicago Law Review*, (48), 1981, pp. 632 ss.

SMITS, *The Mind and Method of the Legal Academic*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

STEIN, «The Tasks of Historical Jurisprudence», en MACCORMICK/BIRKS (eds.), *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

WECHSLER, «The Challenge of a Model Penal Code», *Harvard Law Review*, (65), 1952, pp. 1097 ss.

WELLS, «Holmes on Legal Method: The Predictive Theory of Law as an Instance of Scientific Method», *Southern Illinois University Law Review*, (18), 1994, pp. 329 ss.

WISSENSCHAFTSRAT, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen*, Wissenschaftsrat, Hamburg, 2012 [Disponible en <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12>].

WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik*, Johannes Gutenberg Universität, Mainz, 1973.

———, *Rechtswissenschaft*, Fischer, Berlin, 1968.

XENOPHON, *Oeconomicus: A Social and Historical Commentary*, trad. por Pomeroy, Oxford University Press, New York, 1995 (original circa 362 A.C.).

YAFFE, «In Defense of Criminal Possession», *Criminal Law & Philosophy*, (10), 2016, pp. 441 ss.

YNTEMA, «Mr. Justice Holmes' View of Legal Science», *Yale Law Journal*, (40), 1931, pp. 696 ss.

VV.AA., «Inagural Issue. Critical Analysis of Law and the New Interdisciplinarity», *Critical Analysis of Law: An International & Interdisciplinary Law Review*, (1), 2012, pp. 1-142.

«Nueva Ciencia Jurídica» y «Estado Penal Dual»: la búsqueda de una teoría penal y político-criminal transnacional

Comentario al artículo de Markus D. Dubber

Manuel Cancio Meliá
 Universidad Autónoma de Madrid
 manuel.cancio@uam.es

Desde el principio queda claro que la ambición de la propuesta condensada por DUBBER en el artículo al que acompañan estas líneas es máxima: pretende nada más y nada menos que establecer un nuevo modo de abordar el análisis científico del Derecho penal. Ya la terminología elegida, la referencia a la «ciencia» –por mucho que en inglés pueda sonar menos dramática que en alemán o en español–, muestra que el autor quiere proponer un verdadero cambio de tercio en las ciencias penales. Ese cambio de tercio, por un lado, se persigue a ambos lados del Atlántico, pues de lo que se trata es de establecer una perspectiva teórica común a los ordenamientos occidentales. Por otro lado, esa nueva perspectiva común al *Common law* y al *Civil law* debería a ojos de DUBBER abrazar cambios metodológicos profundos para convertirse en una ciencia global del análisis crítico del ejercicio del poder penal del Estado.

1. Un manifiesto: necesidad de una «Nueva Ciencia Jurídica»

Para definir el nuevo modo de aproximarse al fenómeno penal, la NCJ propone un método y unos instrumentos conceptuales de análisis concretos a desplegar para generar su nueva perspectiva. Sin pretensión de reproducir los contenidos del texto que aquí se comenta, a continuación, se destacan algunas de las líneas maestras de la propuesta de DUBBER.

En cuanto al modo analítico de proceder que DUBBER propone, el primer punto de partida está en que es necesario ante todo construir una ciencia penal común, supranacional, para Occidente, superando el «parroquialismo». Es lo que el autor parece indicar cuando postula que la NCJ se construya como ciencia común para «Estados ostensiblemente comprometidos con el proyecto del “Estado de Derecho”», y propone como primer objetivo para alcanzar ese nivel supranacional la superación del famoso hiato entre sistemas jurídico-penales angloamericanos y continentales. DUBBER aborda la cuestión señalando primero que, en realidad, al margen de los lugares comunes que someten a una mera caricatura a uno y otro círculo jurídico, existen en las últimas décadas fenómenos de aproximación tanto en lo sustantivo como en lo procesal. A continuación, presenta unos listados que enumeran una serie de prejuicios –en algunos casos, puras maledicencias chovinistas– presentes respecto de ambos sistemas penales, tanto en el plano legislativo como doctrinal, como puntos de partida para el análisis.

En segundo lugar en cuanto a la metodología, DUBBER pretende partir de la perspectiva de análisis que coloca en el fundamento de toda la reflexión el concepto de poder penal público y la cuestión de la legitimidad de este poder, y abordar esta reflexión de modo integrado, con intervención de otras disciplinas. Así, con un método «especialmente contextual», se trata de adoptar una

perspectiva que tenga en cuenta, en particular, el contexto histórico de una determinada institución penal.

En tercer lugar, ese análisis ha de ser esencialmente «crítico». Debe descomponerse para DUBBER en dos pasos sucesivos: primero procede un examen crítico en términos de legitimidad, un análisis «externo», para determinar si la regulación cumple con el principio rector de autonomía. Una vez hecho esto, pueden llevarse a cabo las consideraciones «internas» en torno a la coherencia sistemática de una determinada regulación. Así se construye según el autor una ciencia «normativa» y estructuralmente «crítica».

Los instrumentos conceptuales que DUBBER pretende utilizar derivan de la pretensión crítica de centrar la NCJ en el poder estatal penal en su conjunto. Ve operar subterráneamente dos lógicas opuestas, incompatibles, dentro del sistema penal en sentido amplio. Partiendo de diversos trabajos previos, DUBBER afirma que existen dos modos de ejercer el poder penal del Estado: policía y Derecho (penal). Se trataría de dos líneas evolutivas diferentes: el poder policial surge en la transferencia del monopolio de la violencia del *pater familias* al soberano del *Ancien Régime* como *padre de la patria*, directamente de la soberanía personal, y es por ello inmanentemente ilimitado. El Derecho penal como ejercicio del poder penal del Estado, en cambio, se acomoda a la arquitectura constitucional de la separación de poderes y pretende ser considerado legítimo por esa inserción constitucional, centrada en la autonomía de los ciudadanos. Para DUBBER, esa nueva lógica de legitimidad surgida de la Revolución Francesa oculta que bajo lo que formalmente se categoriza como «Derecho» penal, perviven las lógicas de la policía ilimitada. Propone como ejemplo de ese fenómeno del intrusismo de la policía en el Derecho el funcionamiento de las medidas de seguridad en un sistema vicarial, o la situación respecto de determinados delitos de posesión.

Queda claro ya con esta síntesis del proyecto de NCJ que se trata de una propuesta de renovación basada en un amplio conocimiento del debate teórico en torno al Derecho penal, tanto en Estados Unidos como en Europa occidental, y también del contexto socio-político de la legislación penal en ambos ámbitos.

Se trata de una propuesta cuya sola formulación ya es una buena noticia para los estudios penales en Occidente, pues, por un lado, los pone ante el espejo de prácticas solipsistas y parroquiales, y, por otro, llama a superar cualquier tentación tecnocrática poniendo en el centro de cualquier teoría penal la cuestión de la legitimidad.

Por otra parte, es especialmente de destacar que con la NCJ se propone aunar esta perspectiva político-criminal con una reflexión sobre la actividad teórica referida al sistema penal, con la pretensión de construir un espacio científico-académico verdaderamente transnacional. En este sentido, hay también un manifiesto académico en el texto de DUBBER (publicado y comentado también en Italia [por Stefano MANACORDA, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2 2025] y en Alemania [por Thomas WEIGEND, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 137 (2025)], además del original inglés), basado en su monografía *The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, 2019 (versión alemana publicada en 2022, versión española, 2024; recensión de Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret*, [3], 2021).

2. Método y fundamentos

Con toda la simpatía que genera el impulso por una renovación de la disciplina que implica el proyecto NCJ, es necesario revisar el método y los instrumentos conceptuales propuestos para poder evaluar si estos pueden realmente aprehender los elementos de renovación postulados.

Como antes se ha indicado, uno de los elementos más destacados de la NCJ está en su concepción supranacional –o mejor: común a «Occidente»–, para la cual es necesario ir cerrando la gran distancia entre el círculo angloamericano y el círculo continental en materia penal. Esa tarea DUBBER propone encararla primero a través de un análisis comparado, tomando como punto de referencia de ambos campos a los Estados Unidos y a Alemania. Sin poner en duda que ese análisis puede aportar importantes impulsos para generar un terreno común, sin embargo, lo cierto es que la perspectiva concreta adoptada parece demasiado restringida, desde un principio.

En primer lugar, parece difícil que el *pars pro toto* elegido sea viable, esto es, que el sistema doctrinal-penal alemán pueda servir de punto de comparación representativo del mundo del *Civil law*. Parecen demasiadas las peculiaridades del ordenamiento alemán –o las de cualquiera de los europeos– como para servir de espacio de proyección para la comparación con el ámbito angloamericano. Habría que construir una panorámica que tuviera en cuenta los elementos comunes de varios sistemas penales en Europa occidental para poder proceder al análisis comparado.

En segundo lugar, como indica WEIGEND en la contribución citada, la imagen de la doctrina alemana que maneja DUBBER parece anticuada: las discusiones sistemáticas y la construcción de una dogmática del delito no son hoy el centro de la actividad teórica allí. En general, no sólo en el ámbito del Derecho positivo hay una aproximación entre ambos campos –como indica el propio DUBBER–, sino que también la enseñanza del Derecho ha ido convergiendo en alguna medida; así, por ejemplo, en Alemania el estudio de las materias jurídicas tiene un particular foco en la aplicación práctica del ordenamiento ya desde hace décadas, y está alejado de la imagen de una actividad formalista y vacía de realidad. En todo caso, parece quizás exagerada la relevancia que DUBBER atribuye a los análisis académicos para la definición de los respectivos ordenamientos, en vez de prestar más atención a los factores extrajurídicos que llevan a tal o cual configuración del Derecho positivo.

En tercer lugar, finalmente, hay que señalar que una perspectiva occidental común debe contar estructuralmente con el factor de los ordenamientos de América Latina. Este segmento del «Occidente» penal, partiendo de un diseño institucional que aspira a un Estado de Derecho y que ha llevado a un sistema penal (con todas las enormes diferencias entre las distintas repúblicas americanas) claramente de *Civil law*, es imprescindible para una visión supranacional-occidental. El proyecto de un sistema penal limitado por garantías no puede verse sólo desde el Norte global. No sólo teniendo en cuenta el número de jurisdicciones latinoamericanas y el peso numérico de su ciudadanía, sino porque, como es obvio, el proyecto «Estado de Derecho» se enfrenta en América Latina a una situación de desigualdad político-económica y de debilidad del Estado que requiere de una consideración específica. Dicho de otro modo: si la idea de «Estado de Derecho» tiene futuro, tiene que demostrarlo en las jurisdicciones latinoamericanas. Esta situación específica es especialmente relevante en esta época, en la que diversos ordenamientos están inmersos en procesos de transformación autoritaria –promovidos por la actual administración en Washington– de sus sistemas penales, alentados tanto por la evolución política habida en los

Estados Unidos como por la ocupación de gran parte del espacio político por la cuestión criminalidad organizada-seguridad.

Por otra parte, como se ha indicado, la NCJ pretende ser estructural e inmanentemente una teoría «crítica», esto es, un método de análisis multidisciplinar que mantenga la tensión de restricción del poder penal del Estado. En este sentido, es esencial el procedimiento de análisis propuesto: primero debe hacerse un análisis «externo», de legitimidad, respecto de una determinada institución penal; sólo los elementos que pasen por este ojo de la aguja de la legitimidad podrán entrar en un proceso secundario (el análisis «interno» dogmático, de coherencia sistemática). Especialmente, como se ha indicado, para DUBBER es el factor histórico lo que debe permitir ajustar a la sociedad realmente existente el juicio de legitimidad sobre determinadas instituciones del ejercicio del poder penal del Estado. A este respecto, lo primero que llama la atención es que DUBBER no identifica el motor conceptual con el que pretende llevar a cabo este juicio: parece remitirse a toda la herencia «liberal» o «garantista» en torno a los criterios restrictivos que emanan para la configuración del sistema penal del principio de lesividad, sin manejar un concepto de medida -como lo fue o es el llamado «concepto personal de bien jurídico»- en el que concentrar el análisis. Parece claro que también en el caso de la NCJ se presenta el ansia de disponer de un instrumento de análisis jurídico-penal que pueda ofrecer los resultados «correctos», ansia que recuerda algunos momentos en las batallas conceptuales de las últimas décadas en la discusión en Europa. Desde esta perspectiva, como antes se ha indicado, el criterio de estudio del contexto histórico queda muy pálido, por así decirlo, cuando para caracterizar a los ordenamientos de ambos campos, del *Common law* y del *Civil law*, se recurre a imágenes muy vaporosas -y, a veces, arcaizantes por desactualizadas- de sus elementos definitorios.

Dicho de otro modo: en el «entorno» del análisis de la NCP no hay una teoría de la pena, o al menos del poder estatal, que realmente pudiera aglutinar los criterios de análisis crítico, más allá de una genérica invocación de la «autonomía» de la ciudadanía como criterio-base de legitimidad. En última instancia, el método «crítico» esbozado por la NCJ parece no haber tenido en cuenta la discusión «continental» de los últimos años en torno a cuánta política criminal (= criterios de legitimidad) cabe *dentro* de la actividad teórica de análisis del ordenamiento, o «dogmática». Llama especialmente la atención que DUBBER no incida en este punto en la crítica -latente desde hace décadas y expresa en los últimos años- de que el análisis «científico» de las normas penales y su crítica por un aparato «académico» presenta elementos antidemocráticos que pretenden cercenar la libertad legítima del legislador. Lo cierto es que, en todo caso, desde hace mucho tiempo parece claro que en los sistemas jurídicos continentales se debate qué es realmente la «política criminal», el análisis crítico, y especialmente qué estatus le corresponde dentro del conjunto de la ciencia del Derecho penal.

Como es sabido, la opinión dominante contemporánea ha convenido que ambas disciplinas pertenecen al mismo contexto teórico; dicho en palabras de ROXIN: «El Derecho tal y como es, y el Derecho tal y como debería ser, ... no son polos opuestos, en el sentido de que aquello que a través de la interpretación se determina como Derecho vigente representa el resultado del desarrollo intelectual consecuente de los objetivos político-criminales del legislador» (*Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, 7/76). De acuerdo con este esquema mental, estas directrices político-criminales se determinan en sus elementos fundamentales por la Constitución. Si esta es legítima, el Derecho penal permeado por ella también será legítimo *grosso modo*: de lo que se trata es precisamente de ver cuánto ha calado. Parece claro que esta posición mayoritaria, y las críticas desde postulados más sociológico-positivistas -como los de Jakobs- en torno a cuáles

son los criterios de legitimidad internos y externos a la ciencia jurídica, necesitarían de una consideración por parte de la NJC para poder perfilar mejor su propia pretensión «crítica». Dicho de otro modo: la situación es mucho más compleja que la imagen que se transmite en la propuesta: contando solamente con los «instintos» jurídico-penales contra la sobrecriminalización propia del Derecho penal simbólico, es imposible generar un punto de vista que tenga en cuenta el cuadro en su conjunto, incluyendo los actuales procesos de retirada del sistema jurídico-penal, esto es, los procesos de privatización del ordenamiento en algunas áreas que también deben considerarse desde una perspectiva «crítica», o los procesos de fijación de criterios de identidad a través de la legislación penal mediante criterios de «educación popular».

Finalmente, la falta de definición de las bases metodológicas para la nueva perspectiva que pretende establecer la NCJ repercute, como no podía ser de otro modo, en la pareja conceptual central del análisis Dubberiano: Policía vs. Derecho. En general, parece un binomio demasiado pobre, demasiado vinculado a los dos siglos pasados, para poder realmente aprehender el poder penal del Estado en su conjunto. En particular, como indica ORTIZ DE URBINA GIMENO (a propósito de las conclusiones que propone DUBBER respecto de la «esclavitud penal» en la discusión sobre las penas en la Ilustración), parece que DUBBER exagera las líneas de continuidad de la idea de «Estado de policía» decimonónico al interpretar determinadas instituciones clasificadas como «jurídico-penales». En contra de su pretensión de incorporar el elemento histórico al análisis de las instituciones penales, el binomio deja de lado elementos evolutivos de Estado y sociedad en las últimas décadas más allá del poder policial. En este punto –como en otros–, cabe sospechar que en la imagen de la situación actual que tiene DUBBER pesa en demasía la perspectiva de la situación en los Estados Unidos, diversa de la de los Estados de Europa occidental en cuanto a la autonomía y facultades que corresponden al ejercicio de los poderes de policía por parte del poder ejecutivo. Si se piensa en la diversificación e intensificación de campañas masivas de control de la esfera pública por la actual administración estadounidense, se observa que, en términos comparativos, en Europa occidental el «Derecho de policía» sí supone una restricción significativa, una subordinación del nudo poder ejecutivo de policía al «Derecho» penal.

3. Hacia una agenda de discusión

Parece claro que, más allá de la capacidad de convicción de sus bases metodológicas, el «efecto llamada» a la discusión de la iniciativa académica que implica la propuesta de la NCJ es poderoso. Genera toda una agenda de cuestiones de discusión entre ambos lados del mundo occidental en un momento en el que las bases mismas de esa identidad en torno al poder penal están en discusión. Comparto el pronóstico de MANACORDA cuando dice que cabe esperar que el proyecto que promueve DUBBER sea un revulsivo para la apertura del ámbito de discusión angloamericano en temas penales al resto de Occidente.