

EN TORNO A LAS VINCULACIONES ENTRE DOGMÁTICA PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL (*Ontologismo vs. Normativismo?*)^{*}

Dr. Moisés Moreno Hernández

A. Introducción y planteamiento del tema:

1. *El marco actual de la discusión.*

1. Con frecuencia se ha afirmado que entre la dogmática penal y la política criminal prácticamente no ha existido una vinculación estrecha, sino que cada una se ha desarrollado sin mayor consideración de la otra, destacándose sobre todo que la dogmática penal se ha mantenido ajena a la realidad. Por otro lado, también se observa que los problemas son a menudo enfocados sin diferenciar claramente el aspecto dogmático del político-criminal, sobre todo cuando estos dos enfoques concurren en el análisis de un concreto problema de carácter penal. De ahí que, en los últimos tiempos se contemple un gran esfuerzo por establecer esta vinculación entre dogmática penal y política criminal¹ y precisar los alcances y características de cada una, en torno a lo cual se debaten los criterios. Dentro de esos criterios dogmáticos, que se han desarrollado en torno al delito y a los elementos que lo estructuran, destacan los expuestos por los conocidos sistemas: *causalista*, *finalista* y *funcionalista*.

Se afirma, por otra parte, que, por oposición al *finalismo* y a su metodología, en los últimos tiempos el *funcionalismo* ha experimentado un significativo auge en este sentido, aún cuando en su desarrollo dicha construcción teórica se haya orientado por dos vías distintas: la encabezada por ROXIN, que orienta el Derecho penal a la política criminal, separándose del *método deductivo-axiomático* del finalismo, al que se le objeta por su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente lógico-abstractas², y la seguida principalmente por JAKOBS, que centra su censura al finalismo en el *método ontológico*, porque vincula al legislador -y a la propia ciencia del derecho penal- a las estructuras lógico-objetivas, afirmando de manera triunfal que asistimos al declive de la dogmática de base ontológica³. Ambos exponentes del *funcionalismo* -que sin duda siguen en sus construcciones sistemáticas una clara influencia *hegeliana*, además de que en ellas también está presente el pensamiento *neokantiano* de la filosofía de los valores- de manera coincidente le dan, precisamente por oposición al *finalismo*, preponderancia al aspecto *normativo* o *teleológico* de los diferentes conceptos y contenidos conceptuales en torno a la estructura del concepto de delito y a los presupuestos de la pena. Por lo que, para esa concepción, que ha sido considerada como una

¹ Como afirma Silva Sánchez, en la actualidad “pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar *consideraciones político-criminales* en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías”; véase, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Ma. (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 18.

² Cfr. ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. al español de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972.

³ Cfr. JAKOBS, Günter, *Strafrecht*, 1983, prolog., p. V.

nueva fase del desarrollo de la dogmática jurídico-penal, se procura culminar el *sistema teleológico (funcional)* del Derecho penal, iniciado por el llamado “sistema neoclásico” (o “teleológico”) del neokantismo, de construir las categorías del sistema orientándolas a los *finés político-criminales* del Derecho penal, para que el jurista pueda contar con *conceptos flexibles*⁴.

Pero, aparte de las coincidencias básicas o de los elementos aglutinantes entre ambos pensamientos, se señalan también algunas diferencias importantes entre ellos, que no radican tanto en el *método* en sí, sino en las *premisas político-criminales* que se toman como referencia⁵. En efecto, podría afirmarse que la *diferencia* entre los pensamientos de ROXIN y JAKOBS radica, en que: el primero -que parte de la necesidad *de orientar la dogmática a la política criminal*-, acoge las finalidades político-criminales de un modo más *amplio*, ya que no orienta su sistema sólo a los *finés de la pena*, sino a los *finés del Derecho penal* en general, que indudablemente son algo más que los fines de la pena; mientras que *Jakobs*, que parte de la necesidad de una *renormativización*, acoge sin mayores limitaciones o contrapesos la *función de prevención –integración* -que atribuye a la pena- como base de la *refundamentación normativa* de las categorías y los conceptos. Otra diferencia podría encontrarse en el hecho de que la construcción normativista de ROXIN, a diferencia de la de JAKOBS, admite ciertos límites externos, como son los contenidos de carácter material.

2. Realmente constituye para mí un significativo honor el que se me haya proporcionado la gran oportunidad para participar en esta muy importante obra en homenaje a uno de los más sobresalientes penalistas de nuestro tiempo, el Profesor *Claus Roxin*; oportunidad que quisiera aprovechar para ocuparme de algunos aspectos de este interesante tema, en el que sin duda el homenajeado ha sido uno de los principales impulsores en las últimas tres décadas, que es el relativo a la *relación entre dogmática penal y política criminal*. Al hacerlo, no podría siquiera pensar entrar en polémica con su pensamiento, pues ello sería una gran ingenuidad y un atrevimiento al que no puedo aspirar; mas bien, con ello sólo pretendo trasladar este planteamiento al ámbito mexicano y señalar que, independientemente de su plausibilidad o de su consistencia interna, no toda construcción teórica es sin más aplicable en cualquier realidad, no obstante su pretensión de universalidad, sobre todo cuando de sistema penal se trata. Por lo que, también quisiera señalar la conveniencia de que estas construcciones sistemáticas -antes de su adopción- sean previa y detenidamente analizadas desde la perspectiva de la realidad en que se las quiere aplicar, para determinar qué tanto dicha aplicación es factible y conveniente como

⁴ Véase sobre esto, JESCHECK, H.H., *Lehrbuch*, 4ª. ed., p. 184; SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, (Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 77 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, p.20.

⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, José Ma., *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 20.

instrumento para conformar la vida de los hombres en su existencia social. Sin duda, esto debe ser así cuando se trata de realidades como la de México y de los demás países latinoamericanos, que incuestionablemente tienen sus diferencias importantes con la realidad alemana o de cualquier otro país europeo, a pesar de ciertas concordancias y de las grandes influencias que se ha tenido en el ámbito del Derecho penal y de la política criminal.

II. Algunos puntos de partida en que se sustenta la concepción de Roxin.

1. Claus ROXIN expone sus ideas, por primera vez y de manera clara, acerca de reestructurar las categorías sustentadoras del Derecho penal bajo aspectos político-criminales en el año de 1997, en su conocido estudio monográfico *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*⁶; ideas que con el tiempo va consolidando en varios de sus trabajos, hasta llegar a su “*Strafrecht AT*”⁷ y su artículo “*Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems*” (1998)⁸.

En efecto, desde su trabajo de 1970 Roxin estableció que: “*Los problemas político-criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito*”. Por lo que, las tradicionales categorías de la estructura del delito -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- “*deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal*”. Resulta claro que la idea de Roxin ha sido conformar en “una síntesis el pensamiento sistemático y el problemático”⁹; esto es, un acercamiento del pensamiento sistemático a la realidad.

2. Para llegar a estas afirmaciones ROXIN destaca la crisis por la que atraviesa el pensamiento sistemático en general y la teoría del delito en particular, al punto de darles la razón a quienes no creen ya “en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores” y, análogamente, piensan “poco en la utilidad práctica de tales categorías”, como la del concepto de acción¹⁰, en torno al cual se dio una amplia discusión entre *causalismo* y *finalismo*. Discusión que, sin embargo, para ROXIN no llegó a manifestar claramente el antagonismo entre lo *permanente* (Bleibenden) y lo *pasajero* (Vergänglichlichen), no obstante que WELZEL había resaltado la existencia de las *estructuras lógico-objetivas*, como “estructuras permanentes”, a las cuales también el legislador está ligado y que no las puede modificar, pues ROXIN siempre rechazó esta posición de WELZEL, afirmando que “el legislador es

totalmente libre en sus elaboraciones conceptuales y regulaciones” y, por tanto, negando que pueda existir alguna “estructura final previamente dada”¹¹. No obstante el reconocimiento de dicha crisis, ROXIN no opta por el abandono del sistema, por considerar que las objeciones que se le hacen a este no son atribuibles al pensamiento sistemático como tal, sino “al equivocado planteamiento de su desarrollo dogmático”¹², al que le atribuye una gran raigambre con el pensamiento *positivista*, como se observa con bastante claridad en el pensamiento de LISZT, y otros, además de tratarse de un sistema *cerrado*. Un sistema cerrado, dice ROXIN, “obstruye el camino para la solución de nuestro problema: aparta a la dogmática, por un lado, de las decisiones valorativas políticocriminales, y, por otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella”¹³.

Las observaciones críticas de ROXIN, según puede verse, no se limitan al pensamiento de LISZT y al de quienes de alguna manera siguen un positivismo legal y naturalista extremo, sino que también arremete contra el finalismo de WELZEL. En efecto, al llegar en su análisis al periodo de desarrollo de la dogmática penal que corresponde al *finalismo*, ROXIN considera que el sistema finalista “no concede un espacio independiente a las finalidades políticocriminales en la dogmática”; por lo que “la tensión entre la deducción sistemática y la valoración inmediata, [...] no se anula tampoco [...] por el finalismo”¹⁴.

3. Asimismo, para determinar el punto de referencia hacia el cual habrá que orientar el contenido y desarrollo de las categorías sustantivas, ROXIN señala que la misión de la ley, sobre todo de la ley penal, no se agota en la función del Estado de Derecho; pues hay que reconocer que en Derecho penal “los problemas políticocriminales configuran el contenido propio también de la teoría del delito. El principio *nullum crimen* tiene que dar ya directrices de conducta, además de cumplir su función liberal de protección; convirtiéndose de este modo en un instrumento de configuración social de alta significación”¹⁵. Y, continúa diciendo, que “el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas políticocriminales en el Sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt”. Por lo que, “la vinculación al Derecho y la utilidad políticocriminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica”¹⁶.

4. Por otra parte, en ROXIN se plantea la necesidad de abandonar el *método ontológico* (lógico deductivo) propio del finalismo, para “pasar a configurar el sistema del

⁶ 1ª ed., 1971, Walter de Gruyter, Berlin-New York; traducción al español de Francisco Muñoz Conde en 1972, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972.

⁷ Traducido al español por Diego-Manuel Luzón Peña y otros bajo el rubro *Derecho Penal Parte General*, t. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

⁸ Cuya traducción al español por Manuel A. Abanto Vázquez aparece en el libro *Dogmática Penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, Perú, 1998, pp. 23 y ss.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, prólogo de la obra de Roxin *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972.

¹⁰ *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, p. 23.

¹¹ Roxin, Claus, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 74 (1962), pp. 515 y ss.

¹² *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, pp. 24 y s.

¹³ *Op. cit.*, p. 35.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 37 y s.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 27.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 33. (La letra cursiva es nuestra).

delito desde perspectivas *funcionales o teleológicas*¹⁷. La *solución teleológica*, por tanto, que implica la introducción de elementos valorativos-políticocriminales en la jerarquía del delito –es decir, la penetración de finalidades político-criminales en el trabajo dogmático-, se sugiere ahora como la que permite encontrar soluciones menos equívocas e intolerables. Por ello, ROXIN considera que “la metodología referida a los valores del neokantismo, que en los años veinte se hizo predominante, hubiera podido conducir desde el punto de vista normativo a una ‘imagen completamente nueva del sistema jurídicopenal’, si se hubiesen elegido las directrices políticocriminales como criterio al que referir todos los fenómenos dogmáticos”. Pero, afirma que “sobre estas bases no se ha formado nunca un sistema que se haya impuesto a la estructura de la anterior teoría del delito concebida de un modo formal”¹⁸. Y concluye que “una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud políticocriminal es, desde un principio, imposible”¹⁹; advirtiendo que “una tal penetración de la Política criminal en el ámbito jurídico penal de la Ciencia del Derecho penal no conduce tampoco a una relativización del pensamiento sistemático, cuyos frutos en la claridad y seguridad jurídica son irrenunciables”: por el contrario, las relaciones internas de un sector jurídico, que sólo pueden radicar en lo normativo, son puestas de relieve más claramente por un sistema teleológico que por uno deducido de abstracciones o de axiomas”²⁰.

5. Por supuesto, como ha sucedido con los otros sistemas de análisis del delito, también el sistema de ROXIN no ha escapado a las críticas, las que provienen tanto del ámbito de sus opositores como del propio círculo de sus seguidores; pero de ellas no nos ocuparemos en esta ocasión²¹, sino sólo haremos mención a algunas en tanto tengan relación con los aspectos que tratamos.

B. Algunas consideraciones previas.

I. Alcances de nuestro análisis:

Mis consideraciones en torno a ciertas cuestiones relacionadas con la vinculación que debe existir entre dogmática penal y política criminal se limitan a aspectos muy generales, sobre todo a aquellos que tienen que ver con el tipo de política criminal que se corresponde con las exigencias del Estado democrático de Derecho, en torno al cual habrá de relacionar a la dogmática penal. Asimismo, ver qué tipo de construcción dogmática jurídico penal se aviene mejor con aquella política criminal o, en otros términos, qué sistema en torno al delito puede responder mejor a los fines político-criminales de un Derecho penal

propio de un Estado democrático de Derecho, que sin duda constituye la aspiración en sistemas penales como el de México y el de otros países latinoamericanos.

En este punto corresponde ver si el método y los criterios de que parte el *finalismo* efectivamente no conceden espacio alguno a las finalidades político-criminales en la dogmática, esto es, si la dogmática finalista, por el método ontológico que sigue, no se encuentra en posibilidades de mantener una vinculación estrecha con las consideraciones político-criminales o, más concretamente, con las finalidades político-criminales que se le atribuyen al Derecho penal, y que, por tanto, dichas finalidades sólo pueden alcanzarse plausiblemente desde los criterios desarrollados por el *funcionalismo*. Finalmente, se podrá constatar qué tanto la construcción *funcionalista*, por lo que hace a la versión de Roxin, se aparta –o se puede realmente apartar– en lo esencial de las consideraciones *ontológicas* que caracterizan al finalismo; y, en todo caso, si realmente son irreconciliables las *consideraciones ontológicas* con las *normativas o teleológicas*, o es que existen puntos de contacto entre ellas. En fin, ver si tiene realmente sentido hablar de *ontologismo vs. normativismo*; si acaso puede afirmarse la existencia de un normativismo sin base real.

Quedan fuera de consideración aspectos más concretos, como los relativos al *fin* de la pena²², al contenido y ubicación que se le da al *dolo* y a la *culpa*, así como al tratamiento del *error*, entre otros importantes problemas dogmáticos.

II. Sobre la política criminal.- Concepto, función y características.

Si vamos a ocuparnos de algunos aspectos de la vinculación entre política criminal y dogmática penal, conviene que previamente delimitemos nuestro objeto de consideración, para saber de qué política criminal y de qué dogmática penal hablaremos, sobre todo si aceptamos que detrás de cada una de ellas existe siempre una determinada filiación o tendencia filosófica y política.

1. En términos muy simplistas, la *política criminal* es la política que el Estado adopta para cumplir su función en materia criminal, y tiene como objetivo primordial la lucha contra el delito para lograr la vida ordenada en comunidad; lo que realiza previniéndolo –de manera general o especial– y/o reprimiéndolo a través de una serie de medidas o estrategias que, por ello, son consideradas *político-criminales*. De acuerdo con lo anterior, la política criminal es una manifestación del *poder* y, como tal, constituye un *objeto de estudio*, para analizar cuáles son las medidas que el Estado adopta para enfrentar al fenómeno delictivo; cómo lo hace, qué tanto resultan funcionales y cuáles son sus rasgos característicos. Pero también podemos entender a la política criminal como el “conjunto de

¹⁷ Cfr. Schünemann, B., *op. cit.*, p. 23.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 35.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 77.

²⁰ *Op. cit.*, p. 77 y s.

²¹ Véase, sin embargo, sobre las críticas formuladas por RUDOLPHI, H.J. y AMELUNG, entre otros, en SCHÜNEMANN, B. (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, pp. 78 y ss., 81 y ss., 96 y ss.; véase, también, SILVA SÁNCHEZ, J.M., en la misma obra citada anteriormente, p. 22.

²² En donde correspondería analizar qué tanto dicho fin es solamente “preventivo”, y cómo se determina la “necesidad de prevención”.

conocimientos” en torno a esa manifestación del poder²³, en cuyo caso hablaríamos de la *teoría de la política criminal*, que es precisamente la tarea de los teóricos; en este sentido, ya no sería manifestación del *poder* sino manifestación del *saber*, del saber en torno al poder. En este trabajo haremos mayor referencia a la política criminal como manifestación del poder estatal y como parte de la *política general* (social); por lo que, ella debe estar acorde con dicha política general y acomodarse a las exigencias del tipo del Estado de que se trate.

Si bien la expresión *política criminal* no es tan antigua²⁴, a finales del siglo XIX Franz von LISZT dio a conocer su famoso *Programa de Marburgo* (1882), en donde estableció las bases de la “*moderna política criminal*”²⁵, entendiéndola como “el conjunto sistemático de principios –garantidos por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena–, según los cuales dirige el Estado la lucha contra el crimen por medio de la pena y de sus formas de ejecución”²⁶. Hay que recordar que en 1881 LISZT también estableció las *bases de la moderna dogmática penal*²⁷. Después de LISZT, muchos otros se han ocupado de la política criminal, habiendo adquirido en los últimos tiempos una muy intensa atención por parte de la teoría.

2. Por lo que hace a la *función* de la política criminal, ésta puede comprender sólo medidas de carácter eminentemente *preventivo* o de índole *represiva*, o bien las que cumplen una función mixta, tanto preventiva como retributiva; pudiéndose, a su vez, observar la prevalencia de alguno o de otro tipo de política criminal, según el carácter predominante de las medidas, y distinguir aquellas que son de carácter *penal* y las de índole *no penal*²⁸.

Por lo que hace al ámbito específico de la *política penal*, la política criminal, según lo ha precisado JESCHECK, “se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección a la sociedad”. Por ello, “la política criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho, pondera los límites donde puede el legislador extender el Derecho

penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el Derecho penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal”²⁹. En otros términos, el objeto principal de la política criminal, sobre todo en los tiempos actuales como lo destaca ROXIN, consiste fundamentalmente en determinar cómo debe procederse con las personas que han transgredido la norma penal y cometido algún delito; por ello, la política criminal trata de “desarrollar una estrategia definitiva de lucha en contra del delito”, basada “en los conocimientos objetivos del delito en sus formas de manifestación empíricas y jurídicas”³⁰.

Igualmente, la política criminal puede tener una *función sistemática*, en cuanto que, por ejemplo, atendiendo a la función que se le atribuye a la pena, se puede hacer una construcción sistemática coherente con aquélla. Así, si a la pena se le atribuye una función *preventivo general*, como lo hace JAKOBS³¹, el sistema penal deberá ser construido de tal manera que responda a esas exigencias político-criminales de prevención general³².

3. En la realización de sus objetivos, la política criminal puede observar ciertos criterios o principios y, por tanto, revestir ciertas características, dependiendo de la ideología que le sirva de base y, consecuentemente, del tipo de Estado de que se trate. Esa ideología es la que puede indicarnos si se trata de una política criminal que responde a exigencias de un *Estado democrático de derecho* o a las de un *Estado autoritario o absolutista*, dependiendo si admite o no límites en el ejercicio del poder estatal, si reconoce y respeta o no derechos humanos³³.

De esos tipos extremos de política criminal³⁴, podríamos decir que la actual tendencia dominante, al menos en el plano teórico, se pronuncia por la vigencia de una

²³ Desde esta perspectiva se podrá hablar de diversos criterios teóricos en torno a la política criminal como ejercicio del poder.

²⁴ Aunque ya la encontramos utilizada en primer lugar por KLEINSROD, en 1793, y más adelante por FEUERBACH (1801), HENKE (1823), MITTERMAIER (1836) y HOLZENDORFF (1871), entre otros. Cfr. LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 18ª edición alemana y adicionado por Quintiliano Saldaña, T., I. Madrid, Reus, 1914, p 14.

²⁵ En efecto, hace más de cien años LISZT dió a conocer dicho programa en la Universidad de Marburgo, con la disertación *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (“La idea de fin en el Derecho penal”) que aparece publicado en sus “*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*”, Erster Band, Berlin, Guttentag, 1905, pp. 126 y ss.

²⁶ *Kriminapolitische Aufgaben*, en “*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”, IX, 1889.

²⁷ Precisamente cuando en ese año aparece la primera edición de su *Tratado de Derecho Penal*.

²⁸ En atención al órgano estatal que ejerce el poder político-criminal, puede hablarse de una *política criminal legislativa, judicial y ejecutiva*.

²⁹ JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Trad. de Mir Puig, S., Bosch, Barcelona, 1981, Vol. Primero, pp 29 y s.

³⁰ Cfr. ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito*, 1992, p 9.

³¹ Cfr. JAKOBS, G., *Schuld und Prävention*, 1976; *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., p. 17, parágrafo 19 y ss., hay trad. al español *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, de Joaquín Cuello Contreras y otro. M. Pons, Madrid, 1995.

³² Sobre este particular puede verse a SERGIO MOCCIA “*Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente*”, en SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, pp 73 y ss.

³³ Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, M., “*Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano*”, en Revista Mexicana de Justicia, No. 2, vol. III, abril-junio 1985, pp. 117 y s; del mismo, “*Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana*”, en “*Criminalia*”, Año LVIII, No. 3, septiembre-dic., México, 1992, pp. 33 y ss.

³⁴ Durante el desarrollo de la historia de la política criminal, y particularmente del sistema de justicia penal, se han dado diversas manifestaciones de la misma, en donde se pueden observar distintas orientaciones que ella ha tenido. Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, M., *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, Ed. Jus Poenale, México, 1999.

política criminal más acorde a las exigencias de un Estado de derecho, y más concretamente de un *Estado social y democrático de derecho*³⁵, que sea ampliamente respetuoso de los derechos humanos, que se ajuste a los lineamientos y directrices marcados por las Constituciones Políticas de tales tipos de Estados³⁶, así como por los instrumentos internacionales que sobre esta materia han sido aprobados por un gran número de países del mundo³⁷. En virtud de ello sigue pugnándose por la observancia de la idea que concibe al hombre no como una “cosa” o “instrumento”, sino como una “persona”, como un “*fin en sí mismo*”, como un “*ser capaz*”, como un “*ser libre*”, al que le son inherentes una serie de derechos y de libertades. El Estado debe reconocerlos y respetarlos y, en virtud de ello, su poder se autolimita³⁸. Consecuentemente, en el sistema de justicia penal que deba diseñarse y regir en dicho tipo de Estado, debe también partirse de esa concepción del hombre, pues es la que puede justificar que el Estado le exija y espere de los individuos que ajusten sus comportamientos a las normas que él mismo origina, o que le imponga sanciones si transgreden dichas normas³⁹. Por la misma razón, se pugna por la vigencia de ciertos criterios y principios fundamentales -que empezaron a diseñarse hace más de doscientos años-, para que orienten a la actual política criminal de ese corte, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, el *principio de legalidad*, el *principio de legitimidad*, el de *ultima ratio*, el *principio de acto* o de *conducta*, el *principio de bien jurídico*, el *principio de culpabilidad* y el de *racionalidad de las penas*, los que -sin desconocer los cuestionamientos dirigidos contra algunos de ellos por su difícil demostración empírica⁴⁰- tienen la

función de señalarle límites a las potestades gubernamentales y garantizar los derechos de los individuos frente al ejercicio del poder penal.

III. Sobre la dogmática jurídico penal.- Concepto y función.

1. La *dogmática jurídico penal*, por su parte, “es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal”⁴¹. Su objeto de estudio lo es, en principio, el Derecho penal positivo, cuyos contenidos son analizados, interpretados y explicados sistemáticamente.

2. La *función* o misión de la dogmática penal consiste, entonces, en “desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna”, es decir, *sistemáticamente*, como señala WELZEL⁴², o en “procurar una correcta interpretación de los textos positivos, buscar las relaciones existentes entre éstos, descubrir las ideas, principios e instituciones ínsitos en la ley y, luego, construir y sistematizar sobre esa base una teoría completa y bien asentada de las bases orgánicas del derecho positivo”, como dice NOVOA⁴³. Todo lo anterior, para posibilitar una aplicación racional y uniforme de la ley, que ayudará esencialmente a garantizar la seguridad jurídica y a “procurar una administración de justicia igualitaria y justa”⁴⁴, en otras palabras, para posibilitar una adecuada política criminal, sobre todo en lo que concierne a la aplicación concreta de la ley penal, pero también en lo que se refiere a su proceso de creación.

De las anteriores afirmaciones se desprende, por lo menos para un considerable y representativo sector de penalistas, que la dogmática penal no es una disciplina que deba desarrollarse sólo como *l'art pour l'art*, sino que busca conectarse con la realidad e incidir en la solución de los

³⁵ Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, M., “*Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano*”, *loc. cit.*, pp. 117 y ss., entre otros.

³⁶ La Constitución no agota en sus contenidos todos los principios o criterios que deben regir el sistema de justicia penal, sino sólo establece los mínimos, así como consagra un mínimo de garantías esenciales; pero tales mínimos son suficientes para el diseño de un sistema de justicia que se acondicione a las exigencias de un Estado democrático de Derecho.

³⁷ Como, p. ej.: el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que también han sido suscritos por México.

³⁸ No debe desconocerse que, así como en otros tiempos siempre existieron tendencias opuestas, que optaron por sistemas autoritarios, en los tiempos actuales no faltan intentos en el mismo sentido. En la realidad práctica latinoamericana aún no queda superada la discusión: *Derecho penal liberal y democrático-Derecho penal autoritario*, observándose en los últimos tiempos cierta preferencia oficial por este último, al darse un constante endurecimiento del sistema penal.

³⁹ Esto encierra la consideración de aspectos valorativos, así como – ante todo- de aspectos ontológicos, que deben servir de base para el diseño de un Derecho penal como medida político-criminal que es.

⁴⁰ Tal ha sido el caso, p. ej., del *principio de culpabilidad*, considerado uno de los pilares del sistema penal liberal, que parte del reconocimiento de la *libertad del hombre*, la que se considera científicamente indemostrable y, por ello, irracional e infuncional. V. a LANGLE, E., *La Teoría de la Política Criminal*, Madrid., Ed. Reus, 1927, pp. 169 y ss., quien señala: “Contra el clásico Derecho penal de abstracciones y dogmas que en vano lucha aún por mantener sus fueros, la escuela moderna de la Política criminal opone sus estudios meramente científicos y sus fines esencialmente prácticos, que harán más eficaces la represión y la prevención. Son nuevos derroteros que se emprenden, para acudir a una parentoría necesidad: la de evitar o atenuar al menos la grave situación que las estadísticas criminales presentan ante nuestros ojos” (p. 170). En la

segunda mitad del siglo XIX, en virtud del desarrollo de las ciencias naturales, todo se cuestionaba desde esta perspectiva y todo se sometía a demostración (a partir de los métodos de las ciencias naturales) para efectos de determinar su funcionalidad.

⁴¹ ROXIN, Claus, *Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal*, en *Política Criminal y Estructura del Delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, trad. al español de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal M., PPU, Barcelona, 1992, p. 35.

⁴² *Das Deutsche Strafrecht*, 11a. ed., 1969, p. 1; ver trad. al español de Bustos Ramírez, J. y Yáñez, S., *Derecho penal alemán*, Chile, 1970, p. 11; cfr., también, MUÑOZ CONDE, Fco., *Introducción...*, pp. 117 y s., 135 y s.: “la Dogmática jurídico penal trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido, la Dogmática jurídico penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites”.

⁴³ NOVOA MONREAL, E., *La evolución del Derecho penal en el presente siglo*, Caracas, 1977, pp. 42 y s. Cfr. también, PORTE PETIT, C., *Importancia de la dogmática jurídico penal*, México, 1954.

⁴⁴ WELZEL H., *op. cit.*, p. 1; cfr. también JESCHECK, H.H., *Lehrbuch...*, 1969, p. 136.

problemas concretos, a través de sus aportaciones sistemáticas⁴⁵. Sin embargo, con frecuencia se señala, y así lo destaca NOVOA⁴⁶, que la finalidad anteriormente descrita se ha visto muchas veces distorsionada por diversos dogmáticos, quienes han originado "una disciplina pretenciosa y abstrusa, de menor substancia de la que se le atribuye, apta para ser recorrida solamente por iniciados que poseen sus claves lingüísticas y que creen, debido a su propio aislamiento, formar parte de una supuesta élite científica"⁴⁷.

Si bien la situación anteriormente descrita se ha observado de manera acentuada sobre todo en la polémica *causalismo-finalismo*, que ocupó un poco más de tres décadas, y ahora, también, entre *finalismo-funcionalismo*, que lleva ya un tiempo considerable sin que las perspectivas sean muy claras, no puede sin más afirmarse que dicha discusión haya sido infructuosa. Por el contrario, aún cuando no han faltado quienes han distorsionado en cierta medida los fines de la dogmática y han hecho de ella una disciplina abstrusa, además de desconectada de la realidad, puede decirse que las discusiones serias han sido fructíferas, tanto porque las construcciones sistemáticas han procurado aportar los mejores criterios para la solución de los problemas concretos, como porque en la realidad práctica ellas han ido influyendo -aunque lentamente- en ciertas decisiones político-criminales⁴⁸ para garantizar los derechos fundamentales de los individuos frente al poder del Estado, al precisarle a éste los límites dentro de los cuales debe moverse para mantenerse dentro de lo que es el Estado de Derecho.

IV. Sobre la vinculación entre dogmática penal y política criminal.

1. Actualmente⁴⁹ se plantea la necesidad de una política criminal -y, por tanto, de un sistema penal y de un Derecho penal- más acorde a las exigencias de un Estado de Derecho, de un *Estado de derecho social y democrático*, que sea ampliamente respetuoso de los derechos humanos; esto es, que se ajuste a los lineamientos o directrices marcados tanto por las Constituciones Políticas de tales tipos de Estados, como por los instrumentos internacionales que en esta materia han sido hasta ahora aprobados por la mayoría de los Estados del mundo. Por tanto, si se habla de una

necesaria vinculación entre política criminal y dogmática penal, habrá que referirse a una política criminal de éstas, imbricada de una ideología determinada, de una concepción filosófica y de una orientación política precisas: en torno al hombre, al Estado, al Derecho penal y a las funciones y fines que a éste corresponde.

2. Ahora bien, lo afirmado en el párrafo anterior nos lleva a decir que la dogmática penal -como sucede con la política criminal- está también ligada a cierta *ideología*, que sirve de fondo a los diversos conceptos y criterios que se manejan en ella, la que puede coincidir, divergir o contradecirse con la que se sigue en la política criminal. Por lo tanto, si la dogmática penal tiene, entre otras, la función de proporcionar las adecuadas bases científicas para una política criminal adecuada⁵⁰, que además resulte funcional, ella misma debe ser sensible a la ideología de aquélla. Debe, por ello, en primer lugar, detectarla, identificarla y, luego, valorarla; del análisis que haga de ella podrá determinar la caracterización de la medida político criminal de que se trate -p.ej. legislación penal- y, a partir de ello, incidir para reorientarla, si es el caso, o explicarla sistemáticamente⁵¹. La dogmática penal, por tanto, como producto humano que es, no es *neutra*, ideológicamente hablando, sino que está necesariamente impregnada de ideología⁵²; esto es, que en el desarrollo de su función lleva consigo una determinada concepción, de sí misma y de su función, así como de las cosas en torno a las cuales se desenvuelve, pues es a partir de dicha concepción que puede enfocar su objeto de estudio y determinar también la orientación (filosófica y política) que prevalece en cada uno de los aspectos de ese objeto de estudio, que en este caso es la ley penal.

Si la dogmática penal tiene la pretensión de aportar las bases para una determinada política criminal, podrá haber aceptación o rechazo de ellas por quienes toman las decisiones políticas, dependiendo de si hay cierta concordancia o no respecto de las ideologías que existen detrás de cada una de ellas, de su interés, o de la fuerza de su convicción. Así, por ejemplo, si se trata de una política criminal cuyos criterios y principios se corresponden con los propios de un Estado respetuoso y garantizador de derechos del hombre, ella seguramente optará por sugerencias dogmáticas que partan también de criterios análogos; pero, si quien toma la decisión política no actúa de manera consciente, podría entonces adoptar criterios equivocados.

Si la intervención dogmática es en el *proceso de creación de las leyes penales*, la dogmática penal tendrá que mostrar su capacidad para que en la creación de los tipos penales se haga efectivo el principio político-criminal

⁴⁵ Podría decirse que un gran porcentaje de juristas, al hacer sus elaboraciones teóricas, tienen siempre la pretensión -muchas veces no manifiesta expresamente- de que tales elaboraciones tengan aplicación en la práctica.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 43.

⁴⁷ Que tales dogmáticos son "verdaderos gimnastas intelectuales que ejercen en el vacío, los cuales se caracterizan por sumergirse en una progresiva complicación de sus elaboraciones abstractas, en la agudización de discusiones tan inútiles como extravagantes y en una ciega y gradual desconexión con la realidad, con deplorables consecuencias por lo que se refiere a alcanzar el verdadero y único fin de un derecho penal". NOVOA MONREAL, E., *op. cit.*, pp. 43 y ss. Cfr. también, ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2a. ed., Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1973, pp. 3 y ss.; existe trad. al español de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

⁴⁸ Como se ha observado, por ejemplo en México, con relación a ciertas reformas a la legislación penal o a ciertas decisiones judiciales.

⁴⁹ Sobre todo en México y en demás países latinoamericanos.

⁵⁰ Adecuada, por supuesto, a una determinada concepción.

⁵¹ Lo que implica que el dogmático debe contar con un conocimiento amplio y preciso, no sólo de realidad sino también de las cuestiones filosóficas y de las cuestiones políticas, pues no puede ser que la sensibilidad se rija simplemente por el sentido común o el estado de ánimo.

⁵² De ahí que, cuando se habla de distintas orientaciones dogmáticas, se habla tanto de la dogmática jurídico penal en sí como de los dogmáticos penalistas; aquélla, como reflejo del pensamiento de éstos. De otra opinión, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de derecho penal*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1967, p. 129.

nullum crimen sine lege, de suerte que de sus contenidos se derive seguridad jurídica para los individuos. Por ello, habrá que observar que las bases que aporte sean las adecuadas, para que la decisión política del legislador sea también tomada adecuadamente y la ley que dé origen se corresponda con la exigencia ideológica del Estado de Derecho. Si la intervención, en cambio, es -una vez creada la ley- para desentrañar su contenido y explicarla sistemáticamente, es decir, para interpretarla y dar criterios al juzgador para su *aplicación concreta*, entonces la dogmática procurará determinar qué ideología encierra la ley, si ella es o no acorde a la de la Constitución, si tiene o no lagunas o contradicciones y, en su caso, proponer su modificación. Esto quiere decir que la tarea de la dogmática no puede limitarse simplemente a la literalidad de la ley, esto es, a hacer una mera *exégesis* de ella, mucho menos que se convierta en su servil, sino que debe explicar sus bases o fundamentos filosóficos y políticos, así como sus implicaciones prácticas, e incluso ser crítica ante ella⁵³.

En efecto, si la dogmática jurídico-penal, según su propia naturaleza, tiene como punto de referencia y objeto de estudio a la ley penal existente (positiva y vigente), y es en torno a ella que se construye y desarrolla, desentrañando y sistematizando su contenido, en la búsqueda del real sentido de la ley puede descubrir lagunas o contradicciones, falta de precisión y de uniformidad de criterios político-criminales, o la presencia de criterios que no se ajustan a una determinada ideología⁵⁴ y que, por ello, permiten extralimitaciones en el ejercicio del *ius puniendi* estatal y, consecuentemente, violaciones de derechos humanos. De esa manera la dogmática penal determina también el contenido y los alcances que corresponden a los diversos conceptos sustantivos plasmados en la ley, como son los que tienen que ver con la *estructura del delito* y los *presupuestos de la pena*; y con base en ello es como hace su construcción teórica, su desarrollo sistemático. Esta determinación no puede hacerse matemáticamente o a través de métodos o criterios estrictamente naturalísticos, si atendemos a las características del objeto de estudio. Pues, partiendo de la base de que el Derecho penal está impregnado de *valoraciones*, su propia naturaleza determina que el método para analizarlo no puede estar desprovisto de consideraciones valorativas, es decir, de *espiritualidad*. Por eso es que, con relación a los contenidos de la ley, se den diversos puntos de vista: desde los que la alaban sin más hasta los que la critican -de manera extrema o moderada-; los de quienes la ven perfecta y no plantean ninguna posibilidad de cambio, y los de quienes señalan sus defectos y los cambios que debe experimentar para mejorar; en fin, los de quienes le dan un determinado sentido y alcance, según su propia perspectiva.

⁵³ En ambos casos, sin embargo, puede darse la situación de que la postura dogmática que se sustente parta de criterios que se contrapongan con la ideología de la Constitución o de los instrumentos internacionales aplicables en un Estado de Derecho y, por ello, pugne por otros criterios y otros contenidos de la ley, u otras formas de interpretación de la misma, que posibiliten un ejercicio menos limitado del *ius puniendi* estatal.

⁵⁴ Como es la ideología de la Constitución.

Por ello, así como pueden diferenciarse diversos tipos de política criminal, pueden también distinguirse diferentes *tipos* de dogmática -y de dogmáticos-. Los hay que, colocándose en un determinado extremo, procuran justificar o legitimar sistemas penales autoritarios o totalitarios, sugiriendo las bases teóricas o científicas para ello, como fue el caso, por ejemplo, de la conocida *Escuela de Kiel* en la Alemania de la década de los treinta a raíz del nacionalsocialismo, cuyos principales representantes (DAHM y SCHAFFSTEIN)⁵⁵ optaron por un *derecho penal autoritario* en lugar de un *derecho penal liberal*, planteando las bases dogmáticas para ese tipo de Derecho penal. Por el otro extremo, en cambio, se erige una dogmática penal con una ideología que podríamos caracterizar de *liberal y democrática*, que pugna por una política criminal y un sistema penal ampliamente respetuosos del hombre; que consideran a éste como una persona, como un fin en sí mismo, como ente o ser capaz y libre, el que por ello constituye o debe constituir el centro de atención de todo quehacer estatal⁵⁶. Conforme a esta concepción, el Derecho penal y todo el sistema penal deben estar al servicio del hombre y no para servirse del hombre. A partir de esos extremos, que por cierto en la actualidad no los hay puros, se han erigido las figuras intermedias o eclécticas tanto político-criminales como dogmáticas. Por ello, el legislador, por una parte, y el juzgador, por otra, deberán tener cuidado sobre la construcción dogmática que tomen como base en el ejercicio del *ius puniendi* que les corresponde para el cumplimiento de sus respectivas funciones, para que las medidas político-criminales que resulten de ese ejercicio sean las adecuadas a las exigencias del Estado de Derecho.

3. En la medida en que la dogmática jurídico-penal puede analizar críticamente al Derecho penal, se convierte también en un instrumento de proposiciones y de cambios, de transformaciones de su propio objeto de estudio. Se establece de esta manera un proceso de *retroalimentación* entre dogmática penal y política criminal, haciéndose posible la existencia entre ellas de *vasos comunicantes*, con mayor o menor fluidez, dependiendo de la cercanía; o, como dice ROXIN, ambas esferas tienen que compaginarse en una *síntesis*⁵⁷. Esa comunicación puede darse, como se dijo, tanto en el proceso de creación de las leyes como en el de su aplicación concreta. Si la comunicación se da en la fase de creación de las leyes penales, ello plantea que el legislador - en el ejercicio de su *ius puniendi*- debe estar consciente y convencido de haber elegido la mejor, la más consistente,

⁵⁵ Pueden verse los siguientes trabajos escritos conjuntamente por estos dos autores: *Liberales oder autoritaeres Strafrecht?*, Hamburg, 1933; *Grundfragen der neuen Strafrechtswissenschaft*, Berlin 1935.

⁵⁶ Puede afirmarse, sin duda, que de esta orientación es la mayoría de los penalistas modernos, independientemente de lo acertado o no de sus construcciones dogmáticas. Es incuestionable que el pensamiento de ROXIN se ubica dentro de esta tendencia, como puede desprenderse de sus múltiples obras.

⁵⁷ ROXIN, C., *Kriminalpolitik...*, p. 10. "...la vinculación al Derecho y la utilidad polícticriminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica" (*Política criminal y sistema penal*, p. 33). "Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud polícticriminal es, desde un principio, imposible ..." (*op. cit.*, p. 77).

construcción dogmática, cuyas subyacentes bases ideológicas se compaginen con la que debe regir la decisión política⁵⁸, la que en un Estado de derecho y democrático no debe ser otra que la que, a su vez, se corresponda con la de la Constitución⁵⁹. Esta exigencia debe también observarse si la vinculación se da en la etapa de (interpretación y) aplicación de las leyes, en donde igualmente se impone considerar el mejor criterio dogmático de interpretación, para que la ideología que tuvo en mente el legislador y que seguramente quedó plasmada en la ley se corresponda con la que sigue o debe seguir el juzgador. No es admisible que cada uno siga ideologías dispares, pues ello propicia inseguridad jurídica⁶⁰, de ahí la importancia de la aportación de la dogmática jurídico penal, para uniformar los criterios en atención a los fines político-criminales que se le atribuyen al Derecho penal en un determinado contexto.

4. Pero, si respecto de la política criminal se exige que ésta sea *coherente* en su integridad, es decir, que se fundamente toda ella en criterios uniformes, según requerimientos del Estado de Derecho, es igualmente exigible que la dogmática jurídico penal sea coherente tanto ideológicamente hablando como con relación a (la forma de) sus construcciones. Una coherente construcción dogmática podrá aspirar a una mayor penetración en las decisiones político-criminales, la que sin duda se posibilitará aún más si, a su vez, se trata de una política criminal receptiva e igualmente coherente con relación a la ideología constitucional y a su funcionalidad⁶¹.

⁵⁸ Lo anterior quiere decir que la tarea del legislador no es tan sencilla ni se limita sólo a aprobar toda propuesta legislativa proveniente de otras áreas del poder público; se trata de una función de una gran trascendencia, ya que al legislador le corresponde decidir en la ley qué conductas serán consideradas delictivas y cuáles serán las sanciones a imponer; en fin, a él le corresponde dar origen a los *tipos penales* y a las *punibilidades* y establecer los *presupuestos de la pena* o de la *medida de seguridad*, etc., en donde debe observar, entre otras, exigencias como las del principio de legalidad y del de culpabilidad, aún cuando haya quienes consideran a algunos de estos criterios como “*irracionales*”, por razón de su no comprobación empírica.

⁵⁹ Debe recordarse que hablamos de una Constitución que, a su vez, responde a las exigencias de un Estado social y democrático de derechos y, por ello, fija las bases para una política criminal que se acomoda a éste.

⁶⁰ Aunque con frecuencia se observa que el juzgador sigue un criterio distinto al del legislador, es decir, al que éste quiso plasmar en la ley, o al que definitivamente quedó plasmado en ella, que puede ser diferente a aquél. Y aunque el juzgador debe buscar el real sentido de la ley y ajustarse a él, por exigencias del principio de legalidad, el caso es que no siempre aplica un criterio adecuado de interpretación.

⁶¹ Esa penetración, como se ha dicho, puede darse tanto en el proceso de creación o de transformación de las leyes penales como en el de su aplicación concreta; por lo que, es en esos aspectos del sistema penal donde la dogmática jurídico penal podrá mostrar la utilidad práctica de sus construcciones sistemáticas. De tal manera que, si en la renovación de la legislación penal sustantiva en busca del ideal político criminal, se adoptan los adecuados criterios dogmáticos -así como los adecuados de la teoría de la política criminal-, podrá afirmarse que al menos en este aspecto la dogmática penal habrá mostrado su capacidad para la consecución de objetivos político-criminales. Habría que ver que esa capacidad también -y sobre todo- la muestre en las decisiones político-criminales que adopta el juzgador.

Puede suceder, sin embargo, que sea la política criminal -y concretamente la política penal- la que influya más decididamente en la dogmática penal, sobre todo cuando aquélla se desarrolla más a prisa que ésta, como sucede en gran parte del ámbito latinoamericano⁶². En este caso, ante una dogmática penal poco desarrolladas, la política penal bien diseñada puede también servir de motivo para que esa dogmática penal -o la propia teoría en torno a la política criminal- se renueve y, en su caso, reoriente sus postulados y redefina y reestructure sus conceptos. En otros términos, si bien la dogmática jurídico penal debe ser un motivo determinante para que las decisiones político criminales se adopten adecuadamente y las medidas político criminales se diseñen y se apliquen conforme a la ideología de la Constitución y a las exigencias de un sistema penal de un Estado democrático de derecho, la política criminal (penal) puede también motivar la transformación de la dogmática jurídico penal; con lo que, la *retroalimentación* resulta aún más innegable.

Ciertamente, en el ámbito de la dogmática penal es evidente la tendencia de acercarse a la política criminal, sin desconocer la existencia de una actitud que prefiere cultivar la dogmática por la dogmática. Interesa, sin embargo, precisar ahora cuál de las construcciones dogmáticas es la que puede posibilitar una mejor vinculación con la política criminal. Ello implica, a su vez, precisar los postulados y las bases filosófico-políticas de que parten, así como el método que aplican y las consecuencias prácticas a que conducen.

C. Finalismo o funcionalismo como base de la política criminal? (*Ontologismo o normativismo?*).

I. Por una dogmática penal que responda a los fines político-criminales de un Estado democrático de derecho.

1. Si partimos de la base de que la dogmática jurídico-penal debe cumplir una función importante, consistente en *ofrecer certidumbre y seguridad jurídica para los individuos*, para los efectos político-criminales en el marco de un sistema penal de un Estado democrático de Derecho, surge ahora la cuestión sobre cuál de las dos construcciones sistemáticas actualmente enfrentadas - *finalismo* y *funcionalismo*- puede ofrecer mayor seguridad jurídica para los individuos y, además, posibilitar que el Derecho penal cumpla de mejor manera con su misión de proteger bienes jurídicos, si tomamos en cuenta los métodos de que parten. Queda claro, según se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores, que, para determinar cuáles son las premisas político-criminales que habrá de tomar como puntos de referencia para orientar a la dogmática penal en esta vinculación, el tipo de política criminal a seguir en este desarrollo es aquel que se corresponde con las exigencias de un Estado democrático de Derecho, el cual, por ello, se basa en una serie de principios fundamentales, que tienen la función de limitar el poder penal del Estado y,

⁶² Donde, en cambio, la dogmática penal está poco desarrollada y, por ello, se ven mayormente impactada por los desarrollos político-criminales.

consecuentemente, garantizar los derechos de los individuos frente al ejercicio de ese poder. Este ha sido, sin duda, el objetivo principal de ROXIN, quien en todo momento revela su gran tendencia liberal al destacar la necesidad de observancia de ciertos principios fundamentales.

Por supuesto que el optar por una política criminal que se ajuste a exigencias democráticas de Derecho no presupone sin más sobre la función o los *fin*es que le corresponden a la pena <de si es la *prevención* o la *retribución*>, ni resuelve automáticamente el problema en torno a la forma cómo el Derecho penal puede cumplir con la *misión* político-criminal que se le atribuye⁶³. Tampoco la elección de un determinado tipo de política criminal nos vincula necesariamente con un específico tipo de *método* a seguir en las construcciones sistemáticas, en el sentido de que él debe ser un método *deductivo* o *inductivo*, *ontológico* o *normativo*, etc., sino más bien dicho método depende del enfoque que el dogmático quiera darle a su objeto de análisis y de lo que busca con él, así como de las propias características del objeto de estudio, al cual igualmente se le podrán reconocer o no *estructuras prejurídicas*, según la importancia que se le dé a los datos de realidad. De dicho tipo de política criminal, en cambio, si se deriva la necesidad de observar ciertos *principios fundamentales*, como son: *nullum crimen sine previa lege*, *nullum crimen sine conductu*, *nullum crimen sine culpa*, *ultima ratio del Derecho penal*, etc., cuya realización debe orientar la tarea de la dogmática jurídico penal. Por ello, considero que no debe ser admisible que la dogmática jurídico penal sea utilizada indistintamente también para la realización de fines político-criminales que se aparten de los principios anteriormente señalados y, por tanto, del Estado democrático de Derecho, pues ello revelaría incoherencia e inconsistencia.

2. Se ha hecho común en los últimos tiempos el afirmar que ROXIN ha sido el primero que ha expuesto con bastante claridad no sólo la necesidad de orientar la dogmática penal a la política criminal, esto es, de que las construcciones sistemáticas deben cumplir una determinada función para los efectos político-criminales, dados los fines que se le atribuyen al principal objeto de estudio de la dogmática jurídico-penal, sino que ha llevado dicho pensamiento a su más amplio desarrollo⁶⁴, retomando para ello el *método teleológico* de los neokantianos⁶⁵; afirmación que, sin duda, resulta irrefutable.

Pero al afirmar lo anterior, surge de inmediato la interrogante de si la dogmática *preroxiniana* prescindió totalmente de las consideraciones político-criminales, o bien si los planteamientos de que partió no han sido lo suficientemente adecuados como para hacer realidad los fines político-criminales que se le atribuyen al Derecho

penal. Sobre este particular, vienen a colación las palabras de MUÑOZ CONDE, traductor de ROXIN, quien desde 1972, después de haber destacado las virtudes del sistema del ahora homenajeado, se cuestionaba: “Pero, si esto es así, más de uno se preguntará: “¿debe considerarse papel mojado todo lo que ha hecho la dogmática jurídicopenal alemana en los últimos 70 años?; ¿es que no han sido sus cultivadores lo suficientemente perspicaces para darse cuenta de lo que ahora con tanta claridad expone Roxin?”⁶⁶. En otros términos, ¿quiere esto decir que a ninguno de ellos se le ocurrió que las construcciones sistemáticas deberían cumplir una determinada función para los efectos político-criminales, dados los fines que se le atribuyen al Derecho penal como objeto central de estudio de la dogmática jurídico-penal?. O es que los métodos seguidos por ellos - como el propio de las ciencias naturales, el deductivo o lógico-abstracto, o el ontológico- de ninguna manera han sido los idóneos para cumplir esa función?; o bien, que tales métodos no fueron aplicados adecuadamente para dicho fin?.

Creo que resultaría injusto si quisiéramos afirmar de manera categórica que hombres como LISZT, BINDING, MEZGER o WELZEL, entre otros más, al hacer sus elaboraciones sistemáticas fueron ajenos a las consideraciones político-criminales o que las relaciones sugeridas por ellos hayan sido sin más desacertados e infuncionales. Por el contrario, existe la seguridad de que ellos dedicaron gran parte de sus afanes científicos a que sus construcciones teóricas pudieran incidir en la realidad, esto es, en la solución de problemas concretos⁶⁷, aunque, por supuesto, desde sus propias perspectivas, que pueden ser compartidas o no. Recordemos, nada más, que LISZT no sólo estableció las bases de la moderna dogmática penal, sino también las de la moderna política criminal, hablando desde su famoso “Programa de Marburgo” de la *idea de fin en Derecho penal*⁶⁸, fin que no es otro que el político-criminal; y si bien se han resaltado algunas frases de LISZT, como la de que “*el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal*”⁶⁹ o de que “*el Código penal es la carta magna del delincuente*”⁷⁰, entre otras, dichas frases no deben ser tomadas aisladamente, como para afirmar que en base a ellas “la misión del trabajo sistemático del Derecho penal debe ser ajena e incluso contraria a toda finalidad político-criminal”⁷¹. Ciertamente LISZT habló de

⁶⁶ Véase la *Introducción* al libro de Roxin *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972, p. 9.

⁶⁷ O, como dice Muñoz Conde, “a tareas de una eficacia práctica”; cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸ Véase LISZT, Franz von, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW, 3, 1882, pp. 1 y ss., y en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, 1905, pp. 126 y ss.

⁶⁹ Contrario a lo cual Roxin afirma que “la política criminal es la fuente de la construcción penal conceptual y sistemática”; cfr. *Política Criminal y Estructura del Delito*, p. 46. Ciertamente, el Derecho penal es expresión o manifestación de la política criminal, pero, sin duda, lo dicho por Liszt podría entenderse de otra manera, en el sentido que, ante el frecuente desbordamiento del poder en el ejercicio de la política criminal, debe encontrar su límite en el Derecho penal, en tanto que en éste se consagran principios y criterios -político-criminales- que tienen esa función de delimitar el poder.

⁷⁰ *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, 1905, p. 80.

⁷¹ ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p.

⁶³ Eso depende en gran medida de los criterios que lo sustentan y de cómo se desenvuelve su ejercicio en la práctica.

⁶⁴ Sin desconocer, por supuesto, la parte que le corresponde a Jakobs.

⁶⁵ Cfr. SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 63 y ss.

un *sistema cerrado*, en el cual la ciencia del derecho penal debe desarrollar los preceptos concretos de la ley, “subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales”, pues “sólo la ordenación de los conocimientos en el sistema garantiza aquel dominio sobre todas las particularidades, seguro y siempre dispuesto, sin el cual la aplicación del Derecho es siempre un diletantismo, abandonada al acaso y a la arbitrariedad”⁷². Pero, independientemente de lo acertado o no de sus apreciaciones, lo cierto es que precisamente de esas manifestaciones se puede también derivar claramente la importancia que LISZT le asignaba a la dogmática penal para los efectos político-criminales. Lo mismo puede afirmarse de WELZEL, principal creador y exponente del finalismo, quien, a pesar de haberse centrado en el diseño y desarrollo de un nuevo sistema del Derecho penal, no desatendió los aspectos político-criminales; por el contrario, él tuvo muy claro cuál era la función de la dogmática jurídico penal con relación a los fines político-criminales, al afirmar que la ciencia del Derecho penal, “como ciencia sistemática da la base para una administración de justicia uniforme y justa, pues sólo el conocimiento de las relaciones internas del Derecho eleva su aplicación por encima del acaso y la arbitrariedad”⁷³; pensamiento que se manifestó hasta en sus últimos escritos.

El propio ROXIN lo reconoce así desde su mencionado trabajo de 1970, aunque pronto da cuenta críticamente de dichos puntos de vista al desarrollar su propia concepción; y lo mismo hacen otros autores, que de alguna o de otra manera siguen el pensamiento de ROXIN. Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE señala que: “El fallo de estos autores⁷⁴ radica, me parece a mí, en haber sido demasiado consecuentes consigo mismos, y en haber hecho una apología del Derecho por el Derecho, olvidando que éste no tiene un valor absoluto, sino relativo. El Derecho, y el Derecho penal como una parte del Derecho, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia adentro, sino hacia fuera, abierto a los problemas y fines sociales. Claro es que con ello el edificio sistemático perderá en belleza, pero ganará en funcionalidad y eficacia. Y esto último es lo que debe mostrar un instrumento, si quiere ser apto para el cumplimiento de los fines para los que ha sido creado”⁷⁵.

II. Dogmática welzeliana o dogmática roxiniana? (Ontologismo vs normativismo?)

1. Es claro, como ha sido resaltado por los propios protagonistas y demás comentaristas, que uno de los aspectos fundamentales que separan y diferencian al *finalismo* del *funcionalismo* es el relativo al *método* de que cada uno de los sistemas parte: al primero se le atribuye aplicar el *método ontológico*⁷⁶, mientras que al segundo el

método normativo o *teleológico*; afirmándose que, en principio, se trata de métodos irreconciliables.

a) En efecto, para la concepción *welzeliana* (finalista) la ciencia del derecho y, por tanto, del derecho penal, “tiene que elaborar en la materia jurídica aquellas estructuras que están dadas de antemano al legislador y que éste debe tener presente al crear el derecho”⁷⁷. La ciencia del derecho debe procurar analizar y definir estas estructuras a fin de que el legislador no incurra en contradicciones en la regulación efectiva del obrar humano y pueda tener un criterio seguro para su ordenación valorativa de la vida en sociedad⁷⁸. En virtud de su punto de partida ontológico, se ha afirmado que el finalismo de Welzel tiene pocos rendimientos para los efectos político-criminales.

b) Para la concepción *roxiniana* (funcionalista), en cambio, la dogmática jurídico penal debe orientarse a *fines político-criminales*, para que el jurista pueda contar con *conceptos flexibles*; los que sólo lo pueden ser los *conceptos normativos*, porque no exigen la sumisión del dogmático como sucede con los *ontológicos*, y su contenido atiende a los *fines* del Derecho penal⁷⁹. Con esta manera de ver las cosas, pues, se pasa a configurar el sistema del delito desde perspectivas *funcionales* o *teleológicas*⁸⁰; es decir, que el punto de partida es “buscar las soluciones de las cuestiones materiales y sistemáticas en un principio de razonamiento orientado a fines y valores”, y evitar construcciones precipitadas con atrofia de los aspectos normativos⁸¹. Que sólo de esta manera se puede discutir seriamente sobre las ventajas de la elaboración sistemática de la materia jurídica⁸², que no sólo opte por la “hermosa claridad y uniformidad” de la solución de un problema jurídico, sino porque no sea errónea desde el punto de vista político-criminal.

Ahora bien, qué tanto la construcción de WELZEL, que parte del punto de vista *ontologicista*, realmente tiene pocos rendimientos para los efectos político-criminales?. Y qué tanto la construcción *teleológica* o *normativista* de ROXIN y JAKOBS, que pretende separarse de la concepción *welzeliana*, realmente lleva a un *sistema más productivo*?. Sin duda, sobre la primera cuestión han abundado las afirmaciones, sobre todo de parte de los propios defensores del funcionalismo, en el sentido de que la construcción de base ontológica tiene pocos rendimientos para dichos efectos, resaltando las bondades de la construcción *normativista*.

⁷⁷ Cfr. WELZEL, H., *Derecho natural y positivismo jurídico*, en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1962, p. 38 y s.

⁷⁸ Cfr. WELZEL, H., *Derecho natural y justicia material*, Aguilar, Madrid, 1957, p. 260; véase, también, Garzón Valdéz, E., “HANS WELZEL”, en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1962, p. 114.

⁷⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El sistema moderno*, p. 20. “Un entendimiento normativo de los conceptos jurídico-penales es presupuesto de toda sistemática teleológica, que pretenda orientar la dogmática a la función social del Derecho penal; pero, a la vez, resulta difícil imaginar una normativización de los conceptos que no haya de recurrir a las finalidades político-criminales” (p.20).

⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, *El moderno sistema*, p. 23.

⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd, *El moderno sistema*, p. 77.

⁸² ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema*...p. 19.

⁷² *Tratado de Derecho Penal*, 21/22 ed., 1919, p. 1 y s.

⁷³ WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11ª. Ed., 1969, p. 1.

⁷⁴ Refiriéndose a Liszt, Binding, Mezger y Welzel.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 9.

⁷⁶ Además del antropológico, entre otros.

c) Aún cuando en esta exposición no haré mayor referencia a la obra de JAKOBS⁸³, que –como él lo afirma– se aparta –o pretende apartarse⁸⁴– de la “sustancia antigua” que representa el sistema de WELZEL, quisiera solamente señalar de antemano que, en efecto, así es; pero, en cambio, JAKOBS adopta otras “sustancias”, tal vez más antiguas, respecto de las cuales el propio WELZEL y otros importantes penalistas de diferentes épocas se habían encargado ya de demostrar no sólo su infuncionalidad sistemática, sino incluso su falta de rendimiento práctico⁸⁵. Es decir, el *teleologismo* de JAKOBS vino de algún modo a resucitar ideas que para otros hace mucho habían quedado ya sepultadas, por los efectos prácticos a que conducen; por lo que, al revisarlas y darles nueva vitalidad, se reaviva también la posibilidad de sus negativas consecuencias.

La anterior afirmación nos lleva también a coincidir con SCHÜNEMANN⁸⁶, AMELUNG⁸⁷ y otros⁸⁸, de que la elaboración de un *sistema teleológico* no es nada nuevo, ni se debe a ROXIN, sino que constituye la continuación de una “vieja aspiración” de los penalistas neokantianos del primer cuarto de este siglo⁸⁹. Sistema que, según se afirma⁹⁰, no alcanzó plasmación en la realidad en su primer intento, precisamente por las consideraciones críticas que implicó el desarrollo por WELZEL de la dogmática con orientación a las *estructuras lógico-objetivas*. Lo que quiere decir que ya el anterior *sistema teleológico* se vio cuestionado por el surgiente *sistema finalista* de WELZEL, cuyo pensamiento filosófico recoge influencias no sólo de ARISTÓTELES, THOMAS HOBBS, DUNS SCOTO y KANT, sino también de los neokantianos de la escuela sudoccidental alemana (*filosofía de los valores*), como WINDELBAND y RICKERT, entre otros⁹¹. Ahora, en el último tercio del siglo XX, a la construcción welzeliana se le enfrenta el sistema teleológico de ROXIN (y de JAKOBS, entre otros), como si se tratara de un revire sistemático, sobre todo si tomamos en cuenta que, contra esta vuelta, WELZEL dio también en su

momento oportuna respuesta a las objeciones formuladas a su teoría.

2. Ahora bien, ¿cuáles fueron las razones de WELZEL para darle a su forma de consideración un giro *ontológico*? Cuando WELZEL desarrolla su teoría de la acción finalista, uno de los aspectos fundamentales de que se ocupó fue el análisis de la *práctica jurídica* legada por regímenes autoritarios, como es el caso del nacionalsocialismo, que “hizo suyos con extrema habilidad, conceptos tradicionales, los tergiversó y los aprovechó en su beneficio”⁹². WELZEL caracterizó al derecho penal nacionalsocialista como “extremadamente utilitario y naturalista”, ya que anuló las garantías del Estado de Derecho, al partir de los siguientes principios fundamentales: “justo es lo útil al pueblo”, “la pena es un medio de limpieza biológica del pueblo”; tendencia que se había observado ya desde la segunda mitad del siglo pasado, cuando el concepto de culpabilidad fue sustituido por el éticamente indiferente de *peligrosidad* y la pena fue degradada a una pura medida finalista de defensa social⁹³, que el nacionalsocialismo simplemente adoptó e intensificó. De ahí la necesidad de someter a revisión lo referente a sus “límites”, los *límites del pensar utilitarista*.

En contra de esa forma desfigurada de pensar, WELZEL estableció que *la misión central del derecho penal es de naturaleza positiva ético-social y no de índole preventiva*, en tanto que, al rechazar y castigar la transgresión realmente cometida de los valores fundamentales del “sentimiento de fidelidad al derecho”, el Estado manifiesta “la validez inviolable de estos valores positivos del actuar humano, forma el juicio ético social de los ciudadanos y fortalece su sentir jurídico permanente”⁹⁴. Por tanto, “la pena debe aplicarse solamente contra acciones reprobables desde el punto de vista ético-social y no abusando de ella para la obtención de fines políticos. Presupuesto de la pena debe ser solamente la culpabilidad, no la peligrosidad del autor, éticamente neutral. La pena debe ser solamente la *retribución*, medida según la magnitud de la culpabilidad, y no una medida finalista *preventiva*, determinada según la duración de la peligrosidad del autor”⁹⁵. A partir de estas ideas, que tratan de incluir racionalmente en el derecho penal las exigencias de un Estado de Derecho, WELZEL se da a la tarea de elaborar sus consecuencias dogmáticas y a desarrollar la estructuración de la teoría de la acción finalista.

Por otra parte, WELZEL se pronunció decididamente en contra del positivismo jurídico, por tratarse de una “*teoría de la omnipotencia jurídica del legislador*”, afirmando que el orden positivo, real, “*no puede tener cualquier contenido arbitrario*”. Por lo que, si para el positivismo jurídico no hay barreras a la omnipotencia del legislador terrenal, más que la posibilidad física, WELZEL trata de contrarrestarlo; pues, para él, el legislador, en

⁸³ Pues su análisis requiere de otros espacios. Por ahora me limito a considerar la concepción de nuestro homenajeado, Claus Roxin. Sin embargo, algunas de las afirmaciones que haga son aplicables a ambos.

⁸⁴ Porque, como se verá, aún cuando Jakobs expresa que “la dogmática penal ontológica quiebra” <*Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1983, pp. V-VI; 1991, p. VII>, es cuestionable que efectivamente pueda lograrse una separación total de las consideraciones ontológicas.

⁸⁵ Cfr. WELZEL, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Berlin, 1935.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 23.

⁸⁷ AMELUNG, Knut, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, en *El moderno sistema*, p. 94.

⁸⁸ Como JESCHECK, H.H., *Lehrbuch*, 4ª. Ed., p. 184; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *op. cit.*, p. 19; entre otros.

⁸⁹ Como R. v. FRANK, GOLDSCHMIDT, MAYER, HEGLER, FREUDENTHAL, Eb. SCHMIDT, MEZGER, entre otros.

⁹⁰ Cfr. Schünemann, *op. cit.*, p. 23.

⁹¹ Cfr. las siguientes obras de WELZEL, H., *Strafrecht und Philosophie*, 1930; *Kausalität und Handlung*, ZStW, 51, 1930; *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935; *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW, 58, 1938; *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1940

⁹² WELZEL, H., *La Teoría de la Acción Finalista*, trad. al español de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, de diversos trabajos del profesor Hans Welzel, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951, pp. 9 y s..

⁹³ *Op. cit.*, p. 10 y s..

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 12 y s.

⁹⁵ *Op. cit.*, pp. 13 y s.

realidad, está ligado siempre a determinados límites immanentes del propio Derecho positivo.

De ahí que, en su búsqueda de lo *permanente*, WELZEL, ayudado también por el pensamiento de teóricos del pasado⁹⁶, afirmó, en primer lugar, que el derecho tiene que ser *positivo* y *concreto*. La positividad constituye un momento decisivo del derecho, aún cuando no agote integralmente su concepto como pretende el positivismo⁹⁷; en segundo lugar, niega la existencia de *valores universales* independientes de toda condicionalidad histórica, mas ello no significa que el derecho positivo carezca en absoluto de *limitación intrínseca* y que la ciencia del derecho tenga que aceptar, sin más, *cualquier orden jurídico*. Por el contrario, existen –dice WELZEL– una serie de *estructuras lógico-objetivas* (o *reales*) que están dadas de antemano al legislador y que *fijan los límites de su libre actividad creadora*. Estas estructuras, que se encuentran en el campo del *ser* del Derecho –y no del *deber ser* jurídico–, se hayan en todo el orden jurídico; son *objetivas* o *reales*, porque, una vez conocidas, existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior; y, son *lógicas*, porque su inobservancia trae aparejada contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico. El legislador que no respeta estas estructuras lógico-objetivas dicta una legislación falsa, con lagunas, es decir, ineficaz⁹⁸.

No obstante que las anteriores afirmaciones –con las que WELZEL destacó la existencia de las estructuras lógico-objetivas, como “*estructuras permanentes*”, a las cuales también el legislador está ligado y que no pueden ser modificadas por él– tuvieron un mayor desarrollo y se proyectaron en el análisis de las categorías sustantivas que tienen que ver con la estructura del delito, sobre todo por lo que hace a los conceptos de *acción* y de *culpabilidad*, desde 1963 ROXIN ha sostenido que, en la discusión dogmática mantenida entre *causalismo* y *finalismo*, no se había llegado a manifestar claramente el antagonismo que desde el comienzo de la teoría de la acción final había existido entre lo permanente (*Bleibenden*) y lo pasajero (*Vergänglichchen*). Asimismo, ROXIN ha rechazado desde entonces esta posición ontológica de WELZEL, afirmando, por el contrario, que “el legislador es totalmente libre en sus elaboraciones conceptuales y regulaciones”, y negando que pueda existir alguna “estructura final previamente dada”; que “lo que es final depende solamente de la fijación de objetivos por parte del orden jurídico”. Por lo que, dice, en vez de estructuras categoriales del ser, es el *tipo* el que,

como producto y creación del legislador, configura el concepto de *finalidad*⁹⁹.

Si bien WELZEL se ocupó en su momento de dar respuesta oportuna a tales críticas¹⁰⁰, éstas han continuado en los posteriores escritos de Roxin, así como en el de otros penalistas; lo que, en principio, revela su convencimiento en contra de las llamadas *estructuras ontológicas*, las que ahora constituyen uno de los puntos fundamentales que se hacen valer para diferenciar el *finalismo* del *normativismo* o *funcionalismo*.

Ciertamente, existe para AMELUNG¹⁰¹, como para los seguidores del sistema funcionalista, la convicción de que la idea de las *estructuras lógico reales* se vio superada a partir de mediados de los años sesenta, “quedando nuevamente expedita la vía para el pensamiento neokantiano”, que se reinició con la obra de SCHMIDHÄUSER y ROXIN¹⁰². Pero, seguramente lo más propio sería decir que, a partir de entonces, volvió a adquirir fuerza el pensamiento *neokantiano*, como para enfrentarse con posibilidades de éxito al ontologismo *welzeliano*; pudiendo afirmarse que a la fecha existe un grupo considerable de penalistas, encabezados por ROXIN y JAKOBS, que han superado ampliamente esa vinculación a las estructuras lógico-objetivas, separándose de ellas y orientándose más a las consideraciones normativistas o teleológicas, en tanto que miran con mayor intensidad a las funciones político-criminales del Derecho penal en la configuración del sistema del delito. Esa superación, sin embargo, es *relativa* –y quizá aparente–, ya que, según se observa, en ciertas ocasiones no les resulta tan fácil desvincularse de las consideraciones ontológicas¹⁰³, o bien porque en los últimos tiempos nuevamente volvemos a observar que se recurre a dichas estructuras lógico-objetivas¹⁰⁴; lo que confirma, también, la inevitable y permanente vuelta al pasado.

⁹⁹ Cfr. ROXIN, C., *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 74 (1962), pp. 515 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. WELZEL, H., *Vom Bleibenden und vom Vergänglichchen in der Strafrechtswissenschaft*, 1972, existe traducción al español de Moisés Moreno, *Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal*, en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, No. 1, enero-junio, México, 1978, pp. 203 y ss.

¹⁰¹ AMELUNG, Knut, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, en Schünemann, B., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 95.

¹⁰² Mientras que SCHMIDHÄUSER “cifra el sentido de un sistema teleológico del Derecho penal en la orientación de las categorías sistemáticas a las consecuencias jurídicas, esto es, a la pena” (cfr. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1ª. ed., 1970; 2ª. ed., 1975, p. 140), ROXIN asocia dicha finalidad al redescubrimiento de la política criminal como objeto de interés científico, haciendo posible el enlace de la dogmática jurídico-penal con la política criminal (Cfr. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1ª. ed., 1970, p.10). Véase, también, AMELUNG, Knut, *op. cit.*, loc. cit., p. 95; Schünemann, *op. cit.*, p. 63.

¹⁰³ Véase, p. ej., Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, ..., pp. 257 y 319

¹⁰⁴ Así, p. ej., Schünemann, quien al desarrollar sobre todo el problema de la culpabilidad señala que “no es posible operar sin un sustrato patológico”. Cfr., *op. cit.*, pp. 25, 156 y s.

⁹⁶ A la relación de pensadores anteriormente citada habrá que agregar el pensamiento del filósofo R. HÖNIGSWALD, de los psicólogos S. MÜHLER, T. ERISMANN, E. JAENSCH, W. PETERS, y el de los fenomenólogos P.F. LINKE, A. PFANDER, HUSSERL y N. HARTMANN, entre otros.

⁹⁷ Cfr. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1962, p. 243 y s.; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, 1953, p. 279 y s.

⁹⁸ Cfr. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1951, p. 197; 4ª. ed., 1962; hay traducción al español de González Vicen, *Derecho natural y justicia material*, p. 257; del mismo, *Um die finale Handlungslehre*, JCB Mohr, Tübingen, 1949, pp. 9 y ss.

3. Al referirnos específicamente al pensamiento de ROXIN, vemos que él, siguiendo la idea del *método referido a fines y a valores de los neokantianos*, trata de lograr el objetivo de “introducir en el sistema del Derecho penal las decisiones valorativas de naturaleza político-criminal”, asignando a las categorías tradicionales del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) *funciones político-criminales*. Según ello, son las “funciones político-criminales las que deben condicionar “el empleo y ámbito de aplicación de tales categorías”¹⁰⁵. De esta manera, por ejemplo, la misión del *tipo* es hacer efectivas las exigencias que el principio del *nullum crimen sine lege* dirige al Derecho penal. La comprobación de la *culpabilidad*, en cambio, dada la función limitadora de la pena que tiene, contribuye a responder a la pregunta acerca de si un comportamiento conminado en principio con una pena necesita de sanción penal también en circunstancias irregulares por razón de la personalidad o de la situación”¹⁰⁶.

No cabe duda que el principio metodológico seguido por ROXIN debe considerarse correcto y de una indiscutible utilidad, en tanto que establece que las “funciones político-criminales son las que deben condicionar el empleo y ámbito de aplicación de ciertas categorías, como las que tienen que ver con la estructura del delito”; y resulta totalmente recomendable, sobre todo si partimos de la base que en el pensamiento de ROXIN prevalece una concepción liberal y garantista, que desarrolla una política criminal valorativa, en la que no sólo importan las consecuencias empíricas sino también las garantías formales y materiales del Derecho penal¹⁰⁷. Sin embargo, es cuestionable el que la determinación de los *contenidos materiales* de tales categorías tengan que hacerse a partir de las consideraciones político-criminales, ya que ello dependería antes que nada de las decisiones de ese tipo tomadas por los órganos del Estado. Y como sucede que no en todo caso podemos hablar de decisiones político-criminales adecuadas, no existe la seguridad de que al ser expresadas dichas decisiones en las leyes penales logren que los contenidos de éstas realmente recepten en forma adecuada tales categorías. De ahí que, por lo que hace a la doctrina del *tipo penal* de ROXIN, el propio AMELUNG señale que ella “muestra una laguna en lo que hace a la determinación político-criminal de su contenido”¹⁰⁸.

Si bien la existencia del tipo penal responde a las exigencias del *principio de legalidad*, y éste es un principio fundamental cuya observancia se impone en un sistema penal de un Estado de Derecho, el contenido de él se deriva, antes que nada, de la consideración del propio objeto de la prohibición o del mandato, que a su vez tiene un

determinado contenido, además de los datos de realidad que se señalan en la descripción misma que hace el legislador respecto de cada una de las figuras delictivas. En efecto, el tipo penal describe lo que, a juicio del legislador, debe constituir la materia de regulación de la norma penal, es decir, lo que la norma penal prohíbe u ordena, que no puede ser otra cosa que la conducta humana tal como se da en la realidad; y lo prohíbe u ordena por la consideración de los bienes jurídicos que deben ser protegidos a través de la norma penal, que es lo que determina la misión político-criminal del Derecho penal¹⁰⁹. Dar cumplimiento a las exigencias del principio de legalidad implica, por ello, que el tipo penal sea claro y “preciso”, que no sea “indeterminado” y que describa de manera “completa” la materia de la prohibición o del mandato, para que de esa forma y de los datos que se incluyan en su contenido se pueda derivar seguridad jurídica para los individuos. Pero el contenido *material* del objeto de regulación no puede determinarse en atención a exigencias político-criminales, porque dichas exigencias, cualesquiera que sean, no pueden modificar lo que por naturaleza le corresponde a las cosas, como es el caso de la *acción humana*. Por el contrario, dicho contenido le es previamente dado a quien toma la decisión político-criminal y, en todo caso, debe ser tomado así para los efectos político-criminales. El que se argumente que esta consideración trae como consecuencia que las decisiones político-criminales se vean limitadas, porque se vincula al legislador -así como al juzgador-, ello sin duda es preferible a que -por el contrario- se propicie la adopción de medidas político-criminales más *flexibles*, que posibiliten un ejercicio ilimitado o arbitrario del poder estatal en detrimento de derechos de los individuos¹¹⁰.

Lo propio puede decirse con relación a la dogmática penal que adopta a la *culpabilidad* como uno de sus conceptos fundamentales, la cual también ha sido cuestionada por el hecho de que uno de sus presupuestos (el reconocimiento de la *libertad del hombre*), al ser sometido a la comprobación empírica, resulta científicamente indemostrable¹¹¹; no obstante ello, es incuestionable que no puede prescindirse de la culpabilidad como principio

¹⁰⁵ Cfr. ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho penal*, p. 40; véase, también, AMELUNG, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁶ ROXIN, *op. cit.*, p. 40 y s.

¹⁰⁷ Cfr. ROXIN, CLAUS, *Strafrecht AT*, 2ª. ed., parágrafo 7, V, nm. 51; véase, también, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 23.

¹⁰⁸ “Porque la finalidad del tipo penal es describir un injusto punible (merecedor de pena y necesitado de pena), como injusto agravado...” (*Op. cit.*, p. 96); véase, también, Schünemann, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁹ Sin embargo, habrá que ver cuál ha sido la real motivación político-criminal del legislador para establecer determinado contenido o determinada exigencia para la imposición de una pena, o para no imponerla. Lo que quiere decir que en toda norma jurídico penal hay un contenido político que tiene que ver con su función, y que es el que le imprime el legislador al darle existencia; no se trata, pues, de una mera cuestión formal o que se agote en lo meramente formal, sino que también tiene un contenido material, que es lo que le da sentido.

¹¹⁰ En México tenemos constantes y sobradas experiencias de decisiones político-criminales que tratan de *flexibilizar* las exigencias legales en aras de una más eficaz actuación del órgano estatal. Véase sobre el particular, MORENO HERNÁNDEZ, M., *Política Criminal y Reforma Penal*, pp. 219 y ss.

¹¹¹ Críticas que se formularon primeramente por los seguidores de la corriente positivista de la segunda mitad del siglo XIX, como FERRI y GARÓFALO, y que es retomada por penalistas de la segunda mitad del siglo XX, como ELLSCHEDID, HASSEMER, GIMBERNAT ORDEIG, ROXIN, CÓRDOBA RODA, MUÑOZ CONDE, entre otros. V. MORENO HERNÁNDEZ, M., *Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad*, en *El Poder Penal del Estado <Homenaje a Hilde Kaufmann>*, Ed. Depalma, B. Aires, 1985, pp. 385 y ss., 402 y s.

político-criminal que debe orientar al Derecho penal de un Estado democrático de Derecho. Sin embargo, su imprescindibilidad no obedece tanto al hecho de considerar la misión misma del Derecho penal, sino más bien se deriva de la necesidad –también político-criminal– de que la forma en que el Derecho penal ha de conseguir sus fines se oriente por ciertos criterios que posibiliten mantenerlo dentro de los límites del Estado de Derecho. De ahí que, si bien todas estas categorías resultan ser conceptos “funcionales”, debe aceptarse que se les atribuye una determinada función político-criminal –y dogmática–, en tanto que son previamente considerados como presupuestos necesarios y adecuados de la pena, por el contenido que se les reconoce y que es previamente dado.

4. Lo anterior quiere decir que, en efecto, las categorías dogmáticas derivan fundamentalmente de consideraciones político-criminales, que van determinando los alcances del objeto de estudio de la dogmática; pero, por supuesto, dicho objeto no lo constituye solamente la pena sino todo el Derecho penal, por lo que las consideraciones tampoco pueden limitarse solamente a los *fines de la pena*¹¹², sino referirse a todo el Derecho penal. Dentro de esa consideración ocupará un lugar preponderante la de los *presupuestos* que se le quiera dar a la pena, que tendrán la finalidad de limitar el *ius puniendi* estatal. Ahora bien, aún cuando en torno a los fines político-criminales del Derecho penal existe cierta coincidencia en el plano teórico, pudiendo afirmarse que es la protección de *bienes jurídicos*, no hay dicho acuerdo por lo que hace a la forma de cómo lograrlo, si sólo *reprimiendo* o sólo *previniendo*, o bien concurriendo ambas formas. De ahí la diversidad de criterios sobre este particular, pero debe reconocerse que esos fines de la pena no necesariamente los lleva consigo de por sí¹¹³, sino que dependen de las decisiones político-criminales¹¹⁴. Los

¹¹² Como ya lo decía RADBRUCH, y más tarde ROXIN.

¹¹³ Salvo el que le corresponde por naturaleza, que es el de la retribución o castigo, aunque últimamente a muchos no les guste hablar de ello. También se considera que la idea de la *retribución* se fundamenta en una hipótesis “científicamente indemostrable”, por lo que ha perdido su importancia político-criminal; *cfr.* ROXIN, C., *Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad*, ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, S.A., Madrid, 1981, pp. 54 y ss.

¹¹⁴ Una de las importantes cuestiones, por tanto, es ponerse de acuerdo sobre cuáles son los *fines de la pena*, para ver si estos son sólo *preventivos* (generales o especiales) o también *retributivos*. Véase sobre esto, PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena*, en Silva Sánchez, J.M. (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal <Libro Homenaje a Claus Roxin>*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 73 y ss. Para ROXIN, uno de los fines que se le puede atribuir a la pena lo es la *prevención general integradora*, que tiene la finalidad de restaurar la paz jurídica, en cuanto que da al pueblo la confianza que su seguridad está salvaguardada¹¹⁴. Pero ante esta afirmación inmediatamente surgen los cuestionamientos: ¿cómo es que para hechos futuros puede proporcionar esa confianza, si de todos modos la perturbación se ha dado a pesar de la existencia de la amenaza penal?; ¿quién determina la *necesidad preventiva* de la pena?; o bien, ya que para él la responsabilidad es igual a *culpabilidad mas necesidad de prevención general*, ¿cómo puede un *fin de la pena* ser un componente sistemático (o de una categoría dogmática)?, o ¿por qué se considera que *se excluye la necesidad de prevención general*, por el hecho de que en un caso concreto opera alguna *causa de exclusión de algún presupuesto de la pena*, si la función político-criminal de dicha causa es excluir la

presupuestos de la pena tampoco son previamente dados a ella cuando legislador los establece en la ley, sino que ellos –como se ha dicho– dependen de consideraciones político-criminales, las cuales, a su vez, dependen de la orientación y de los criterios político-criminales que se quieran manejar.

D. Conclusión:

1. Sin haber profundizado mayormente en el tema, considero que para pronunciarse en torno a la relación que debe existir entre *Dogmática penal* y *Política criminal*, resulta ineludible precisar antes los alcances y las características de los distintos ámbitos que se quiere conectar, es decir, a qué tipo de política criminal y a cuál dogmática penal nos estamos refiriendo, dada la diversidad de criterios político-criminales y de construcciones dogmáticas que existen. A partir de ello, podrá plantearse si los fines político-criminales del Derecho penal pueden alcanzarse de mejor manera a través de los criterios desarrollados por los sistemas del delito más conocidos: *causalismo* (*naturalista* o *normativista*), *finalismo* o *funcionalismo*; asimismo, según la perspectiva de cada uno de esos sistemas, se conocerían los *alcances* que tendría la Política criminal (y el Derecho penal), sobre todo con relación a los *derechos humanos* y las garantías individuales.

Pero, cuando se afirma con tanta seguridad que en las construcciones sistemáticas en torno al Derecho penal quedan totalmente a un lado las consideraciones *ontológicas*, y que todo debe verse desde la perspectiva eminentemente *normativa* (o *teleológica*), ello parece no ser del todo convincente. Existen, en efecto, aspectos diversos que nos hacen pensar que no resulta tan absurdo que a las categorías dogmáticas se les dé un fundamento ontológico. Incluso cuando se analiza a la *norma jurídico penal*, en torno a la cual se hacen las diversas disquisiciones dogmáticas, se observa que ella misma tiene su propia *estructura*, esto es su propia *esencialidad*, que no le es dada por el legislador, es decir, que no depende de la voluntad de este¹¹⁵; éste sólo le da la forma, y por lo que hace al contenido sólo selecciona lo que ya es dado previamente en la realidad¹¹⁶. Ya no se

posibilidad de imponer pena alguna por la falta de uno de sus presupuestos, pero que ello sucede independientemente de la *necesidad de prevención general* (o incluso de *prevención especial*)?. La existencia de la “necesidad de pena” es previa, incluso a la propia formulación jurídico penal, y es precisamente la razón por la que el legislador acude a ella. *Cfr.* ROXIN, Claus, *Strafrecht*, AT, I, parágrafo 3, núm. 27 y 47; del mismo, *Política Criminal y Sistema del Derecho penal*, pp. 67 y ss.; véase, también, SCHÜNEMANN, B., *op. cit.*, pp. 65 y ss.

¹¹⁵ “Pertenece a la esencia del derecho el ser real. En el derecho, la existencia corresponde a la *essentia*: la existencia, al concepto de esencia. Por eso, en el derecho, la facticidad está indisolublemente unido a lo normativo”, y viceversa. Consecuentemente, “todo derecho tiene que ser un orden *real, positivo*”; lo que “no significa de ninguna manera que este orden real pueda tener *cualquier contenido*”. WELZEL, *Más allá del Derecho natural ...*, p. 34. V. también, LÓPEZ CALERA, N. M., *La estructura lógico real de la norma jurídica*, Ed. Nacional, Madrid, 1969.

¹¹⁶ Claro que lo anterior nos plantea la cuestión respecto del *origen* y de la *función* de la norma penal, en donde habrá que resolver si la norma penal es creación del legislador o si tiene ya una existencia previa en la realidad, aún cuando no como norma jurídica, y sólo se convierte en jurídica al momento que el legislador da origen a las

diga por lo que hace al objeto de regulación de la norma penal, que es la *conducta humana*, cuya estructura ontológica ha sido puesta de manifiesto por WELZEL, HARTMANN¹¹⁷ y otros, siendo conocidas las consecuencias que se extraen de ella para la construcción sistemática del concepto de delito, así como la polémica entre *causalismo* y *finalismo*¹¹⁸. WELZEL rechazó fuertemente tanto la base filosófica como la base científica del sistema anterior, viéndose en la necesidad de buscar criterios que de alguna o de otra manera puedan incidir en la *limitación* del poder penal del Estado, partiendo para ello de bases filosóficas distintas (en torno al hombre, al Estado y al Derecho penal) y de concepciones políticas y científicas diferentes, estableciendo como uno de los criterios para la limitación del *ius puniendi* estatal <sobre todo en una época en que el sistema político alemán era de corte eminentemente autoritario>, el de las *estructuras lógico reales* u *objetivas* que, como se ha señalado, se encuentran en los propios objetos de regulación de las normas penales, aún cuando reconocía que dicha limitación sólo sería relativa¹¹⁹, sin olvidar, por supuesto, los *finés del Derecho penal*. Es, por ello, incorrecto que con los conceptos elaborados a partir de la consideración de su estructura lógico real <*conceptos ontológicos*> no se puedan atender los fines político-criminales del Derecho penal; por tanto, considero que resulta igualmente incorrecto que con tales conceptos se desatiendan los aspectos *normativos*, y que se quiera *someter a los dogmáticos* a la necesaria observancia de tales contenidos conceptuales. Por el contrario, el punto de partida es el derecho positivo y, desde él, se busca su base real; por otro lado, es al órgano del Estado al que se pretende someter, para evitar la *arbitrariedad* en el ejercicio de su poder penal y para que el Derecho penal, como instrumento político criminal que es de aquél, no se convierta en un instrumento de sujeción del hombre sino en uno al servicio

leyes penales y, más concretamente, a los *tipos penales* y a las *punibilidades*; cuestión de la que, por supuesto, no nos ocuparemos en esta ocasión.

¹¹⁷ A este filósofo se le ha considerado, incluso, *garante* del sistema finalista, precisamente por el desarrollo coincidente que hace de la estructura de la acción.

¹¹⁸ Si bien en la actualidad la discusión en torno al concepto "*final*" de acción encuentra sólo poco interés en Alemania, en donde en los años cincuenta condujo a las más fuertes polémicas, eso de ninguna manera quiere decir que tal categoría haya sido superada y abandonada, porque se haya, quizás, demostrado su inutilidad práctica, ni que haya sido sustituida por otra, más funcional a los fines político-criminales. La utilidad práctica del concepto "*final*" de acción es evidente: el principio *nullum crimen sine conducta*, por una parte, así lo pone de manifiesto; otro tanto lo señala la doctrina del *injusto*. Cfr. KAUFMANN, Armin, *La función del concepto de la acción en la teoría del delito*, trad. del alemán por CEREZO MIR, en "*Revista Jurídica Veracruzana*", 1-2, enero-junio 1974, pp. 51 y ss.

¹¹⁹ Es decir, al plantearse qué tanto dichas categorías y estructuras ontológicas son realmente observadas por quienes detentan el poder, sobre todo por el Legislador a la hora de realizar sus regulaciones (para que dichas regulaciones no sean falsas, ilógicas o contradictorias), el mismo Welzel reconoce que tales *estructuras lógico objetivas* no obligan de manera absoluta al Legislador; de ahí la existencia de leyes con contenidos que no responden a ciertas exigencias político-criminales, y de ahí que él proponga también otros criterios que pueden incidir en la limitación del *ius puniendi*, como es el de la propia *validez* del Derecho. Cfr. WELZEL, *Macht und Recht*, Aalen, 1959 (trad. Española, 1961).

del hombre. Los fines político-criminales del Derecho penal son, pues, en el finalismo de WELZEL muy claros.

Debe resaltarse en este punto que el propio profesor ROXIN ha reconocido que "la teoría final de la acción, con su giro a las estructuras ónticas y a la realidad social, ha intentado restablecer, y no sin éxito, la referencia de la dogmática jurídico penal a la realidad, devolviendo sobre todo a la teoría de la acción y a la del tipo la plasticidad de una pura descripción del suceso"¹²⁰. Por lo que, habría que preguntar si tienen razón quienes afirman que las ideas, conceptos o categorías, a los que se trata de dar carácter prejurídico, carecen realmente de fecundidad para la dogmática penal, cuando que ellos procuran, precisamente, lograr bases firmes para garantizar la *seguridad jurídica* desde los propios contenidos de la ley y una más *justa y racional* interpretación y aplicación de la ley penal. Por tanto, a partir de esas premisas, habría que admitir y creer más en los resultados adecuados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y confiar más en la utilidad práctica de tales categorías prejurídicas; sólo así pueden superarse las construcciones dogmáticas y alcanzarse mayores rendimientos prácticos.

Considero, por ello, que ningún teórico de la política criminal o de la dogmática penal, que se precie de ser racional y opte por un derecho penal garantizador, podría negar la importancia práctica o político-criminal del concepto *final* de acción, cuya estructura *óntica* de alguna manera limita al poder penal estatal, como objeto de regulación de las normas penales y como base de la estructura del delito. Y de ahí que, por mucho poder que se le reconozca al legislador para estructurar los tipos penales o señalar los presupuestos de la pena, tampoco puede fundada y lógicamente negarse que el contenido de ciertas categorías tenga que ver con la que se deriva de la estructura ontológica del objeto de regulación; siendo evidente el efecto político criminal y dogmático que tiene.

2. El que ahora se observe un rechazo del *ontologismo*, como una de las bases de la construcción dogmática, es algo parecido a lo que sucedió entre los juristas de fines del siglo 19 y principios del 20, que se limitaron al *derecho positivo* y rechazaron todo *derecho natural*, por la dominación de la filosofía del derecho neokantiana; o a lo que sucedió al inicio del período nacionalsocialista, cuya práctica jurídica llevó a la anulación de garantías del Estado de Derecho; contra lo cual se pronunció decididamente WELZEL¹²¹, quien advertía que "no debemos olvidar que formados en tales teorías se encontraron los juristas alemanes con el Tercer Reich", que tomó el positivismo jurídico al pie de la letra y lo llevó hasta sus últimas consecuencias, de que el Estado "*puede ordenar cualquier contenido jurídico, aún aquél que carezca absolutamente de ética*"¹²². Así se observa que uno de los

¹²⁰ ROXIN, C., *Política criminal y Sistema del derecho penal* ..., p. 37.

¹²¹ Cfr. WELZEL, H., *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, 1962, pp. 11 y ss.

¹²² WELZEL, *op. cit.*, p. 12 y s.

grandes pensadores de la época nacionalsocialista, G. RADBRUCH, consagró el positivismo de ese momento en su obra¹²³, escribiendo que: “Quien puede imponer el derecho, demuestra de esta manera que es quien está llamado a dictar el derecho”. “El juez tiene la obligación profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico ante la orden autoritaria, preguntar únicamente qué es lo que es derecho y nunca si también es justo”¹²⁴. Debe destacarse, sin embargo, que después de la enorme experiencia que implicó el nacionalsocialismo –sobre todo en Alemania-, el propio RADBRUCH escribió que “la ciencia del derecho debe reflexionar nuevamente sobre la milenaria sabiduría que afirma que existe un derecho superior a la ley, un derecho natural, un derecho divino, un derecho racional, según el cual la injusticia es siempre injusticia aún cuando se la vacíe en las formas de una ley”¹²⁵.

Consecuentemente, de esa reflexión debe llegarse a la afirmación de que, si bien todo derecho tiene que ser un orden *real, positivo*, ello de ninguna manera significa que ese orden real pueda tener “*cualquier contenido*”; sólo para el positivismo jurídico, que es la teoría de la omnipotencia jurídica del legislador, “*puede el poder jurídico (legislador) establecer cualquier contenido jurídico*”¹²⁶; concepción que, por supuesto, aquí se rechaza decididamente, adoptando el criterio de WELZEL, de que el legislador está siempre sujeto a determinados límites inmanentes al derecho positivo, encontrándose una de esas limitaciones en las *estructuras lógico objetivas* que atraviesan íntegramente la materia jurídica y que le prescriben una regulación de un determinado tipo¹²⁷. Y así como puede decirse que todo el positivismo jurídico del siglo 19 y 20 tenía en realidad un amplio fundamento *jusnaturalista* y se había alimentado de una sustancia ética –que súbitamente había sido suprimida¹²⁸-, también puede afirmarse que detrás del actual *normativismo* se encuentra una base *ontológica*, aún cuando se diga lo contrario y se quiera súbitamente desembarazarse de ella; o, como lo hizo RADBRUCH, puede también cambiarse de actitud. Por eso, cuando se observa que ROXIN admite en su concepción una política criminal *valorativa*, que encierra tanto garantías formales como materiales del Derecho penal¹²⁹, no puede –sobre todo por lo

que hace a estas últimas¹³⁰ - sino afirmarse el reconocimiento de bases ontológicas¹³¹.

3. Por ello, considero que en la futura tarea de la dogmática penal se buscará superar el mero “*formalismo*” que implica el *normativismo*, siendo una de las vías la de remitirse a la consideración¹³² de aquellas *estructuras ontológicas* que se encuentran insertas (y previamente dadas a toda intervención estatal) en el objeto de regulación de las normas penales y el objeto de estudio de la dogmática penal. Esta búsqueda y análisis de los contenidos ontológicos de las diversas instituciones jurídico penales, que puedan ponerle límites a las recurrentes y desenfrenadas formas del ejercicio del poder penal, debe ser uno de los objetivos que oriente la tarea de la futura dogmática jurídico penal, si es que realmente se quiere que ella cumpla la elevada misión de ofrecer seguridad jurídica, así como la misión de proporcionar las bases teóricas adecuadas para una adecuada política criminal. Pero lo anterior implica que, el reconocimiento de las estructuras ontológicas, no debe en modo alguno considerarse como un recurso para obstaculizar la realización de los objetivos político-criminales que corresponden al Derecho penal; por el contrario, constituye uno de los diversos mecanismos que persiguen que la consecución de esos objetivos político-criminales –por quienes tienen en sus manos las decisiones políticas de esa naturaleza- se realice de manera racional¹³³. Pues debe tenerse presente, en la tarea de elaborar construcciones sistemáticas y de determinar los contenidos conceptuales de ciertas categorías sustantivas del Derecho penal, que servirán para sustentar la estructura del concepto de delito y los presupuestos de la pena, que los sistemas penales y las políticas criminales, como manifestaciones del poder estatal, no son *uniformes*; los hay que requieren de mayores y más precisos criterios limitadores del *ius puniendi*¹³⁴ que otros, si es que se quiere que se ajusten a exigencias de Estados democráticos de Derecho. Por lo que, el hablar de *principios* o *criterios fundamentales* –tanto formales como materiales-, que tienen esa función de establecerle límites a las potestades gubernamentales y de garantizar los derechos de los individuos frente al ejercicio

¹²³ *Filosofía del Derecho*, 3ª. ed., 1932, escribiendo que: “la justicia es sólo la misión secundaria del derecho, la seguridad jurídica es la primaria” (p. 12).

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 12.

¹²⁵ RADBRUCH, *Die Erneuerung des Rechts*, en “Die Wandlung”, II, Jg., 1947, p. 19; véase, también, WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1962, pp. 219 y s.

¹²⁶ WELZEL, *op. cit.*, p. 34 y s. “La teoría de la omnipotencia jurídica del legislador es el verdadero pecado original del positivismo jurídico. Superarlo es la tarea fundamental del futuro” (p. 35).

¹²⁷ WELZEL, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

¹²⁸ WELZEL, *Más allá del Derecho natural ...*, p. 13.

¹²⁹ Con lo que en este caso el Derecho penal también viene a ser – como lo decía Liszt- la “barrera infranqueable de la política criminal”.

¹³⁰ Para WELZEL los contenidos materiales son los “elementos empíricos del derecho y de la ética”; en el derecho, “la existencia corresponde a la *essentia*”. Por eso, “en el derecho, la facticidad está indisolublemente unido a lo normativo”, y viceversa. *Op. cit.*, p. 30 y ss.

¹³¹ Lo propio se puede decir de Schünemann. Cfr. SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, en GA, 1995, pp. 203.

¹³² Si no ya desde la toma de decisiones político-criminales por parte del legislador, al menos en las construcciones sistemáticas.

¹³³ Porque el problema de la justicia penal es siempre un problema de limitación adecuada de la esfera de libertad; por lo que sólo serán aceptables aquellas regulaciones jurídicas que estén en consonancia con el respeto a la “*autonomía ética del hombre*” y con el respeto de su libertad. No serán aceptables, por tanto, las que no respetan al hombre como persona, como fin en sí mismo, y, en cambio, lo consideren como un simple medio en su vida en sociedad. “La libertad en el hombre no es un atributo más o menos importante del cual, llegado el caso, se pueda prescindir como de un lujo históricamente justificado, sino que es un elemento estructural necesario del ser humano. Es una característica esencial de su modo específico de ser” (GARZÓN VALDÉS, E. *op. cit.*, pp 122 y s.).

¹³⁴ Como los del ámbito latinoamericano y, entre ellos, México.

de dicho poder, sólo pueden razonablemente plantearse a partir de la consideración de tales estructuras lógico-reales; conscientes, no obstante, de que esa limitación es sólo *relativa*¹³⁵, que por sí mismas no pueden lograr sin más una regulación justa, o una solución justa de los problemas concretos, y que, por tanto, son necesarios otros mecanismos¹³⁶, que igualmente habrá que hacer concurrir.

Si bien las vías señaladas por el ontologismo de WELZEL pueden encontrar fuertes objeciones, como en efecto las han habido y de manera abundante -siendo ROXIN quien más ha insistido en esto-, en cuanto que no nos han llevado a una amplia superación de la *crisis* existente en la dogmática jurídico penal¹³⁷, porque aún se requiere de una mayor penetración de las ideas, existe también la duda de que dicha crisis haya sido superada por la vuelta al *normativismo* (o *renormativización*). Por el contrario, creo que esta vuelta al normativismo, sobre todo en su forma extrema, que en cierta medida no implica sino una vuelta al positivismo jurídico -o un reforzamiento del mismo- y, por tanto, a la idea de que “*el legislador responsable ordena lo justo*” y que la ciencia del derecho tiene que aceptar sin más cualquier orden jurídico sin importar su contenido, nos obliga mayormente a replantear la necesidad de volver a los criterios que le puedan fijar al legislador los límites precisos de su libertad creadora, así como al juzgador los límites de su libertad decisoria¹³⁸; de suerte que el ciudadano no quede sin más entregado al “*arbitrio*” del legislador o, en su caso, del juzgador. La búsqueda, por ello, continuará y ella, seguramente, se encaminará también a encontrar algo que vaya “*más allá del positivismo jurídico*¹³⁹ y del *jus naturalismo*”; en otras

palabras, que supere lo irreconciliable que pueda existir entre *ontologismo*¹⁴⁰ y *normativismo*; algo que, sin prescindir de la concepción que considera al hombre como *persona*, como “*fin en sí mismo*” o como “*fin en sí ético*”, y no como “*medio para un fin*”, y que reconoce el principio de *libertad humana*, pueda propiciar el desarrollo de una política criminal y de un sistema penal mucho más racionales.

¹³⁵ Ya Erik WOLF y Thomas WÜRTEBERGER, entre otros, habían señalado con razón el valor relativo de estas estructuras; cfr. T. WÜRTEBERGER, “*El derecho natural y la filosofía actual*”, en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 2ª serie, mayo-agosto, 1960, p. 487 y ss.; G. STRATENWERTH, “*Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*”, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1957, p. 8 y ss.

¹³⁶ WELZEL sugiere que se tome como criterio el de la *autonomía ética del ser humano*, que es un principio que considera universalmente válido y permanente. La “autonomía ética es lo que transforma al individuo en persona, y es el hombre en tanto persona a quien se dirige el derecho exigiendo acatamiento como poder obligante (Cfr. *Derecho natural y justicia material*, p. 257; *Vom irrenden Gewissen*, p. 27; “*Derecho natural y positivismo jurídico*, p. 43.).

¹³⁷ De la misma manera que en el plano filosófico no supera toda la antigua discusión que se da entre las posiciones extremas del *jus naturalismo* (derecho natural) y del *positivismo jurídico* (*jus positivismo*). Cfr. MARQUEZ PIÑERO, R., *La fundamentación básica del Derecho penal*, en *Criminalia*, Año LXV, No. 2, México, mayo-agosto, 1999, pp. 3 y ss.

¹³⁸ Las limitaciones que presuponen las estructuras lógico-objetivas “proponen a la consideración del jurista la posibilidad de precisar la actuación del legislador, partiendo de los datos del orden jurídico positivo. Pero no sólo del legislador, sino también del juez encargado de la aplicación de la ley, ya que toda hermenéutica jurídica está condicionada de antemano por el resto a las estructuras lógico-objetivas”, independientemente de los fines político-criminales. Cfr. GARZÓN VALDÉZ, *Más allá* ... p. 124.

¹³⁹ Es claro que, como afirma Garzón Valdez, “sin positivismo, el derecho es simple abstracción o aspiración ideal de un orden posible, sin su nota axiológica fundamental es mera fuerza incapaz de cumplir con el postulado originario de toda ordenación: la protección del ser humano” (*Más allá* ..p. 121).

¹⁴⁰ Ciertamente lo *ontológico* no puede dar contenido positivo concreto a lo axiológico, pero sí puede fijar el campo y los límites de la valoración”. Es decir, “si bien es cierto que la axiología no puede recibir su contenido concreto de la ontología, tampoco puede prescindir de los datos que esta última le proporciona” (Cfr. GARZÓN VALDÉZ, *op. cit.*, p. 124).