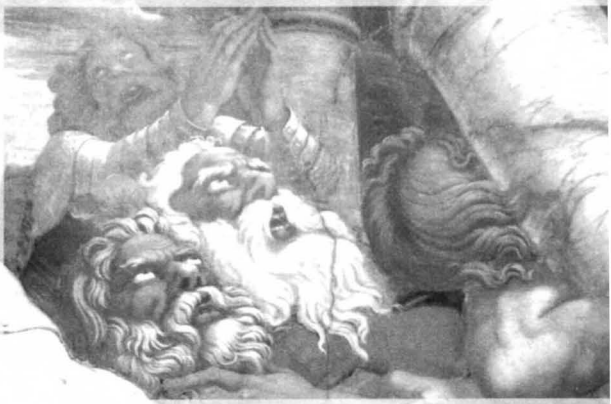
CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS N.º 40

¿Crisis del sistema dogmático del delito?



JESÚS MARÍA
SILVA SÁNCHEZ

Universidad
Externado
de Colombia

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

"... much of the German learning is devoted to notions, concepts, and dogmas. These are not only complex; worse, one often gets the impression Hint they are used by courts as smokescreens to conceal wlmt really is happening in the judicial mind"[1].

"En la medida en que la dogmática del Derecho penal traza fronteras y construye conceptos, posibilita una aplicación segura y previsible del Derecho penal y lo sustrae a la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación"[2].

---

[1] "Buena parte de la doctrina alemana está dedicada a nociones, conceptos y dogmas. No es sólo que éstos sean complejos; lo peor es que con frecuencia uno tiene la impresión de que los tribunales los utilizan como cortinas de humo para ocultar lo que realmente sucede en la mente del juez": COERSTER / MARKESINIS. "Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Methodology", 51 *Am. J. Comp. L.* 2003, pp. 275 y ss., 306.

[2] GIMBERNAT ORDEIC. "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", *ZSlW,* 82 (1970), pp. 379 y ss., 405 (= "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho penal,* 3." ed., Madrid, 1970, pp. 140 y ss).

POLÍTICA CRIMINAL EN LA DOGMÁTICA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE SU CONTENIDO Y LÍMITES

I. PRELIMINARES

Uno de los temas que han marcado las últimas décadas de la discusión sobre la teoría del delito ha sido el del recurso a la Política criminal como elemento fundamentador del contenido de sus categorías y la incidencia o no de límites externos (en particular, ontológicos) a tal recurso. El modo en que se articulan lo uno y lo otro pone de relieve la trascendencia real de las modernas tendencias hacia la "normativización" de tales categorías. A la vez, en él se manifiestan los principales retos que han de afrontar dichas propuestas. Sobre todo cuando se trata de rebatir las frecuentes críticas que les imputan consecuencias de arbitrariedad, decisionismo e inseguridad jurídica.

II. LA "POLÍTICA CRIMINAL" COMO REFERENCIA DEL SISTEMA DOGMÁTICO

En la propuesta metodológica de orientación de la dogmática del delito a la Política criminal late una visión de aquélla ciertamente superadora del modelo positivista, y orientada a poner de relieve los aspectos creadores de la misma[1]. Pero también, en principio,

---

[1] ROXIN. *Strafreclit AT, i,* 4." ed., München, 2006, § 7, v, n. m. 69. Alusiones al carácter creador de la obtención del Derecho se hallan ya en R. FISCHER. *Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung,* 1971, p. 5: "schöpferische Rechtsfindung". Tal denominación -referida a la dogmática- ha hecho fortuna en España a partir de su uso por MIR I'UIG.

claramente relativista, en el sentido de limitadamente vinculada por perspectivas ontologicistas. Su entronque con el pensamiento neokantiano no sólo es claro[4], sino que ha sido puesto expresamente de relieve por otros autores[5]. Sin embargo, es lo cierto que, 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. Quizá no sea ajeno a ello el hecho de que probablemente en la práctica ese modo de proceder (en su sentido más amplio: orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del delito a la obtención de ciertas finalidades "prácticas" en relación con la persecución de la criminalidad) siempre se ha dado, incluso cuando se declaraba que el sistema se construía en virtud de razonamientos puramente deductivos a partir de axiomas incontestables (pertenecientes a una determinada ontología) -esto es, de modo "ciego"[6]. Y si ese *modus operandi* se ha dado siempre, es porque resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad[7].

---

4 ROXIN, *AT*,4." ed., § 7, ni, n. m. 24: el desarrollo, respecto al modelo neokantiano, vendría representado por la sustitución de la vaga referencia de aquél a valores culturales por un criterio específicamente jurídico-penal de sistematización: "die kriminalpolitischen Grundlagen der modernen Strafzwecklehre".

5 SCHÜNEMANN. "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal", en SCHÜNEMANN (comp.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales,* SILVA SÁNCHEZ (introd., trad. y notas), Madrid, 1991, pp. 31 y ss., p. 64. También MOCCIA, en ROXIN. *Politica criminale e sistema del Diritto penale,* S. MOCCIA (trad.), Napoli, 1986, Presentación, pp. 8,11 y 16, quien incluso se remonta a autores del siglo xix.

6 Así, por ejemplo, DREHER. "Recensión a la obra de C. Roxin, 'Kriminalpolitik und Strafrechtssystem', Berlin, 1970", *CA,* 1971, pp. 217 y s., 218, donde afirma que la Politica criminal ha estado siempre presente en las consideraciones dogmáticas; así, por ejemplo, en el método de interpretación teleologica orientada al bien jurídico.

7 MOCCIA.// *Diritto penale tra essere e valore,* Napoli, 1992, p. 21 : *"il diritto penale nasce proprio da esigenze di politica criminale: consentire una pacifica coesistenza tra i consociati. Pertanto, alla politica criminale, ed in particolare alla teoria della pena, non poteva essere negato un ruolo centrale nella costruzione del sistema e nell'interpretazione delle norme".*

Ahora bien, lo anterior pone de relieve que cualquier profundización en tal propuesta debe conducir a dilucidar qué quiere decir "Política criminal", cómo se accede a sus principios y cómo se orienta el sistema a los mismos. En efecto, el campo semántico de dicha expresión admite concreciones en diverso sentido, tan diferentes entre sí que casi carece de sentido su agrupamiento bajo una denominación única. Comúnmente, la orientación político-criminal se ha asociado al consecuencialismo, identificándose con una orientación del sistema del Derecho penal a las consecuencias empíricas de su aplicación *(I-'olgenorientierung).* De hecho, en la obra de ROXIN se dan apuntes en este sentido al indicarse que la construcción del delito debe orientarse a los fines (sociales) de la pena (de prevención general y de prevención especial)[8].

A este consecuencialismo, que adoptaría como punto de partida una racionalidad exclusivamente instrumental es al que, en Alemania, se alude con el sustantivo "*Zweckrationalitaï*" y el adjetivo "*zweckrañonal*", habiéndose traducido entre nosotros con expresiones como "racionalmente final", "teleológico-racional", u otras próximas. Dejando aparte otros problemas de traducción[9], ya en este punto, sin embargo, convendría indicar que, en alemán, el término *zioeckraiional* tiene un sentido añadido (como se expresa en la obra de MAX WEBER), que podría traducirse (y ha sido traducido) como "racionalidad instrumental deliberada". En particular, porque con la adopción de tal género de racionalidad se excluiría otra forma de teleología: la que entendería -volvien-

---

[8] Cfr. ROXIN, *AT,* 1,4.ª ed., § 7, ni, n. m. 24; v, n. m. 81.

[9] **La traducción más extendida en España es reiterativa. En efecto, el término alemán *"Zweck"* debe traducirse como fin *(lelos,* en griego), aunque es cierto que como un tipo muy singular de fin (fin instrumental). Por otro lado, el contenido de *"-rational"* lo integra perfectamente la expresión "-lógico", en su etimología griega (de *"higos").* Así pues, *"zu'cckrational"* no significa más que teleológico, aunque es cierto que la expresión tiene, en alemán, un claro sesgo relativo a un cierto tipo de teleología, concretamente la instrumental, como se indica en el texto.**

bién parece claro que difícilmente cabría hallar en tales "valores" un enfrentamiento con la perspectiva estrictamente consecuencialista; más bien resulta que ésta los va integrando en la medida en que ello responde a la constitución o autocomprensión de la sociedad. Todo indica que una aproximación funcionalista a los valores de referencia nos mantiene, pues, en el ámbito del consecuencialismo. Pues la "*Wertrationalitat*" aparece como función de la "*Zweckrationalitat*" consistente en el mantenimiento del sistema social del que se trate. Pese a todo, sería errado, sin embargo, asociar la funcionalización *per se* a una instrumentalización o anulación del individuo, o, mucho más, a un modelo reaccionario[16] e incluso totalitario.

La pregunta es si acaso desde perspectivas del pensamiento de la Ilustración (o de sus reconstrucciones modernas, discursivas o consensualistas) es posible llegar a conclusiones muy dispares de las propias del funcionalismo en cuanto a la atribución de contenido a los valores. En efecto, rechazada -incluso desde el principialismo moderno- una ontología de los valores[17], la divergencia entre la perspectiva funcionalista y la principialista radica en que la primera trata de sostener una lógica (objetiva) funcionalista de los valores, en la que éstos tienen su fundamento y proyección en una contribución al mantenimiento del sistema. En cambio, la segunda los fundamenta a partir de la comunicación de los individuos que integran el sistema: el producto es una lógica intersubjetiva

---

del Derecho penal. El problema surge cuando se trata de definir el papel del Derecho penal en sociedades estructuradas de modo disfuncional.

[16] **Como indica JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), p. 853: *"die funktionale Sicht ist auf kein bestimmtes Modell festgelegt. Es gibt funktional organisierte liberale Gesellschaften, und di/sfuuktional organisierte kollektivistische Gesellschaften zerbrechen". "Wer nur weiß, daß eine Gesellschaft funktional organisiert ist, weiß nichts Uber ihre konkrete Gestalt, also nichts über die Inhalte der anschlußfähigen Kommunikationen".***

[17] **Como afirma K. VON BEYME. *Teoría política del siglo* xx. *De la modernidad a la postmodernidad*, ALBORES (trad.), Madrid, 1994, p. 20: "El acoso a la metafísica une a todos los enfoques modernos y postmodernos en las ciencias sociales. Une incluso a HABERMAS y a LUHMANN".**

de los valores[18]. Constituyen, sin duda, dos modelos de racionalidad directamente contrapuestos[19]. Ahora bien, sentada la disparidad metodológica[20], se trata de determinar si las derivaciones de uno y otro enfoque también son diversas. Desde luego, podrían no serlo: de hecho, en una sociedad democrática la "constitución de la sociedad", punto de partida de posturas como la de JAKOBS, debería responder al "consenso de los individuos" que la integran[21]. Sin embargo, es lo cierto que se está llegando a conclusiones distintas (y opuestas). Así, por poner un único ejemplo, a propósito del concepto personal de bien jurídico, sostenido por unos[22] y criticado por los otros[23], cuestión de importantísima trascendencia práctica en el Derecho penal moderno.

Procede, pues, determinar el lugar de la propuesta de ROXIN en el marco de esta discusión. De entrada, resulta sencillo, desde luego, alejar a este autor, como antes anticipábamos, de la pura "racionalidad instrumental". En efecto, cuando ROXIN trata lo que denomina "bases de un proyecto sistemático teleológico-

---

[18] Ibid., p. 33: "Los análisis normativos del proyecto de la modernidad se concentraron en el 'contenido racional de la modernidad', los fundamentos universalistas de derecho y moral, Estado de derecho y democracia, así como en la pauta individualista de la constitución de la identidad del hombre".

[19] Lo expresa con claridad LÜDERSSEN, ZSfW 107 (1995), p. 883.

[20] Muy claramente por la diferencia LÜDERSSEN, *ZStW* 107 (1995), p. 891.

[21] Cfr. JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), pp. 849 y 850. AI responder a la crítica de que, en el marco del funcionalismo, se trata sólo de estabilizar la sociedad y ni se plantea la cuestión del sujeto libre, señala que no es así, sino que el sujeto tiene el protagonismo que establece la autocomprensión de la sociedad. A la crítica subsiguiente sobre lo insatisfactorio de un sujeto libre que aparece en escena por "gracia" de la sociedad, que es fundamentado derivativamente (en lugar de constituir principio y fin, contenido esencial, para el Derecho penal), contesta que *"Subjektivität entsteht gesellschaftlich vermittelt"*, esto es, que *"Ohne funktionierende Gesellschaft fehlt es an den empirischen Bedingungen von Subjektivität"*.

[22] AI que se refiere LÜDERSSEN, *ZStW* 107 (1995), p. 899, citando a HASSEMER, y señalando que *"sieht Güter der Gesellschaft und des Staates zu Gütern des Individuums in einer Ableitungsbeziehung: erkennt Interessen der Allgemeinheit als berechtigte nur an, insoweit sie personalen Interessen dienen"*.

[23] Radicalmente, SCHÜNEMANN, *CA*, 1995, pp. 205 y ss. Otro punto de radical confrontación es el constituido por los delitos de peligro abstracto (pp. 210 y ss.).

politicocriminal", acomete su exposición aludiendo a la concepción de un sistema orientado a valores[24]. Su modelo no se define, pues, en términos exclusivamente consecuencialistas de prevención eficaz del delito (criterios de una Política criminal empírica), sino que en su concepto nos hallamos ante una Política criminal valorativa, que integra las garantías formales y materiales del Derecho penal[25]. Una posible dificultad aparece, sin embargo, cuando se trata de determinar si el método de atribución de contenido a los valores de garantía por parte de ROXIN se aproxima al propio del funcionalismo o, por contra, se vincula a un cierto " principialismo".

De entrada, no ofrece duda que "el punto de partida debe estar formado por las decisiones político-criminales básicas, que sirven de base al Derecho penal vigente y que están explicitadas puntual y parcialmente en el conjunto de las normas jurídico-positivas"[26]. Más allá, que debe tratarse de tomar como criterio decisorio los principios que pueden derivarse del ordenamiento jurídico y en absoluto las personales representaciones valorativas del intérprete[27]; aunque se reconozca que hay aspectos en los que se dispone de una amplia libertad[28]. Sin embargo, ello raya en lo autoevidente -y, por ello, también se comparte sin duda por las otras dos líneas

---

[24] ROXIN, *AT*, i, 4.' ed., § 7, v, n. m. 51: "Debe partirse de la tesis de que un sistema moderno del Derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, esto es, asentarse sobre determinaciones valorativas de fines. Pues si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración preestablecida, se garantiza de antemano la sintonía entre consecuencia sistemática y pretendida corrección material, cuya ausencia ha traído consigo tantas dificultades".

[25] Cfr. ROXIN, *AT*, i, 2." ed., § 7, v, n. m. 68: "el principio *nullhim crimen sine lege* no tiene menos naturaleza de postulado político-criminal que el mandato de combatir eficazmente el delito". "... la limitación jurídica de la violencia punitiva es también en sí misma una importante meta de la Política criminal del Estado de Derecho".

[26] SCHÜNEMANN. "La política criminal y el sistema de Derecho penal", MARTÍNEZ ESCAMILLA (trad.), *ADPCP*, 1991, pp. 693 y ss., 704.

[27] ROXIN, *AT*, 4.· ed., § 7, v, n. m. 71.

[28] fbíd., n. m. 72.

de pensamiento en cuestión-. Las discrepancias se producen cuando, a partir de ahí, deben abordarse problemas con base legal más o menos definida y significativa trascendencia dogmática, tanto en lo relativo a la teoría del delito como en lo que se refiere a la Parte especial: imputación objetiva, imputación subjetiva, culpabilidad, peligro para el bien jurídico, etc. Al respecto, es cierto que, tan pronto como surge la discusión en torno al modelo metodológico de JAKOBS, la pretensión de ROXIN (y también de SaIÜNEMANN) ha sido marcar distancias con respecto al mismo. Ello, sin embargo, sin excluir una comunidad de puntos de partida en cuanto a la funcionalización en clave preventiva de la mayor parte de las cuestiones. La divergencia, pues, más que en el hecho en sí de la funcionalización, aparece cuando se trata de plantear los límites de la misma[29]. Tal propuesta limitadora (frente al "monismo normativista" de JAKOBS se ofrece un modelo que se denomina dualista) no ha venido dada tanto por una adhesión a los elementos del "*alteuropciisches Prinzipiendenkeu*" en la determinación de los contrapuntos valorativos de la funcionalización, cuanto por el reconocimiento de límites externos de base ontológica a la elaboración funcionalista. La base de la discrepancia se hallaría, pues, sobre todo en el alcance de la normativización (esto es, de la elaboración estrictamente jurídica de los conceptos). Para JAKOBS, el jurista carece de límites en la elaboración de las reglas de imputación que determinan la reconstrucción normativista de los conceptos. En todo caso, los límites operan de modo inmanente y se hallan en la "constitución" o la "autocomprensión" del respectivo modelo social. Para ROXIN -y también para SCHÜNEMANN- tal construcción normativista encuentra, por contra, límites externos en la materia previamente dada[30]. Expresando lo anterior de otro modo, puede señalarse que la postura asumida por ROXIN en la normativización (reconstrucción de

---

[29] Cfr. SCHÜNEMANN, *CA*, 1995, p. 221.

[30] SCHÜNEMANN, *APPCP*, 1991, p. 707. ROXIN, *AT*, 4." ed., § 7, in, n. m. 27.

las categorías en clave político-criminal) halla un límite adicional en la renuncia a la doble funcionalización practicada por JAKOBS. En JAKOBS, ciertamente, las categorías del sistema aparecen, en primer lugar, funcionalizadas desde la perspectiva de los fines del Derecho penal; y éstos, a su vez, aparecen monopolizados por una prevención de integración, entendida en clave estrictamente funcional-sistémica. Una observación del planteamiento de ROXIN arroja coincidencias claras en la primera fase; sin embargo, cabe rechazar que llegue a los mismos extremos en la segunda, dada la admisión de límites externos a tal prevención[31]. Ello permitiría concluir que los valores político-criminales no se conciben estrictamente en clave exclusivamente funcional, aunque desde luego tampoco puedan reconducirse, en absoluto, al monismo individualista de los autores de Frankfurt[32].

En definitiva, pues, el modelo político-criminal de ROXIN[33] no es minimalista ni en cuanto a los criterios de lesividad ni en cuanto a los criterios de imputación: además de por lo ya señalado, en esa medida no podría apreciarse su adhesión a ese supuesto "clásico pensamiento de principios europeo". Pero tampoco puede situársele en un funcionalismo en la línea de JAKOBS, en el que lo decisivo sea la constitución social, de modo que se entienda que ésta preside en exclusiva los criterios de imputación. Quizá también por eso estime SCHÜNEMANN que la contraposición de la *Strafrechtlchrertagung* de 1995 en Rostock entre "*Funktionalismus*"

---

[31] Cfr., por lo demás, sobre ello, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Barcelona, 1992, pp. 67 y ss.

[32] Basta con leer su exposición y crítica de las recientes posturas sobre el "Derecho penal del riesgo", "Derecho penal de la puesta en peligro", así como sobre la teoría del bien jurídico de los integrantes de la "Escuela de Frankfurt": ROXIN, *AT,* 4." ed., § 2, vn, n. m. 23-23 e. También las propias de SCHÜNEMANN, *GA,* 1995, pp. 203 y ss.

[33] Sobre él, caracterizándolo en última instancia como "liberal" y "social" a la vez, ROXIN. "Acerca del desarrollo reciente de la política criminal", DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO y PÉREZ MANZANO (trads.), *ci'C,* 1992, pp. 795 y ss., 810.

y "*aHeuropaisches Prinzipiendenken*" tiene más valor retórico que semántico, lógico y, en definitiva, teórico[34].

III. LOS LÍMITES "ONTOLÓGICOS"

Lo anterior ha dejado ya planteada la difícil cuestión de cuáles pueden ser (y cómo habrán de operar) los límites de la construcción normativista del sistema, en general y, en lo que aquí interesa, en el planteamiento de ROXIN[35]. Respecto a la existencia de límites en la construcción jurídica debe señalarse, de entrada, que pocos problemas suscita la admisión de aquéllos que tienen naturaleza inmanente o que responden a razones de coherencia. Pero con tal aceptación no se abandona el espacio del relativismo o, por expresarlo de otro modo, de una evidente "neutralidad". Ello puede percibirse con claridad en JAKOBS y en la idea "rectora" de la respectiva constitución social. Esta rige (y limita) el modo de construcción del sistema de imputación[36]. Pero lo hace de modo distinto en las sociedades medievales, totalitarias o modernas occidentales, etc. Y no hay modo de seleccionar, de entre ellas, y en términos dogmáticos (-funcionalistas) un modelo preferible[37]. De manera que, junto a este primer límite, que podríamos caracterizar como cultural *(Zeitgeist)* y que muestra un relativismo espacial y temporal[38], se trata de considerar la posibilidad de límites

---

[34] SCHÜNEMANN, *CA,* 1995, pp. 217 y 218.

[35] DREHER, *CA,* 1971, p. 218, afirmaba, en pretendida oposición a ROXIN, que hay cuestiones en la dogmática que no deben resolverse desde la Política criminal, sino desde las estructuras lógico-objetivas; a este respecto, proponía como ejemplos los casos del concepto de dolo e imprudencia.

[36] Cfr. JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal,* CANCIO MEI.IÁ y SUÁRE?. (trads. y estudio preliminar), Madrid, 1996, passim, por ejemplo, pp. 93 y 94.

[37] Cabe imaginar que sí desde la perspectiva de la filosofía moral y política.

[38] Así, una de las líneas de pensamiento de RADBRUCH. "Der Relativismus in der Rechtsphilosophie" (1934), en Der *Mensch im Recht. Ausgaoählte Vorträge und Aufsätze über Grundlagen des Rechts,* Göttingen, 1957, pp. 80 y ss. Este autor enfrenta el iusnaturalismo, como corriente que parte del principio metódico de que "existe un idea clara, susceptible

más intensos y más permanentes. En primer lugar vienen a nuestra consideración los límites derivados de las reglas del lenguaje (aunque éste se halla muy vinculado con la idea de cultura y de lo que cabría denominar "reconstrucción social de la realidad") y de la lógica formal. Y, en segundo lugar, los derivados de los conocimientos empíricos aportados por las ciencias sociales y naturales[39].

Con todo, cuando se trata de los límites a la construcción normativa se piensa ante todo en la existencia de una realidad permanente (y previamente dada) que pueda oponerse a una pretendida imputación desde perspectivas funcionales (o político-criminales). Según ello, la elaboración de reglas de imputación social de responsabilidad encontraría barreras infranqueables en la constitución de la materia (por ej., en la naturaleza del sujeto individual al que se pretende referir la imputación). ROXIN asume hoy explícitamente este planteamiento[40], enlazando directamente con el sentido

---

de ser conocida y probada, acerca del Derecho justo", con el relativismo (p. 80). Este último parte de la tesis de que toda concepción de contenido acerca del Derecho justo sólo tiene vigencia en el marco de "una determinada situación de la sociedad y de un determinado sistema de valores" (p. 81). Sólo desde una perspectiva relativista puede acogerse la fuerza vinculante del Derecho positivo (p. 82). Desde dicha perspectiva pretende, por lo demás, fundar la acogida de algunos de las exigencias del Derecho natural clásico (derechos humanos, Estado de derecho, división de poderes, soberanía popular, libertad e igualdad) (p. 87).

[39] En ocasiones, es discutible si se está tomando como referencia un saber empírico propio de las ciencias naturales o de las sociales, o una valoración del mismo (obviamente el riesgo de hacer pasar lo segundo por lo primero es más intenso en el caso de las ciencias sociales). Cfr. sobre los límites que conllevaría la "biología cognitiva", KARCL. *Handlung und Ordnung im Strafrecht,* Berlin, 1991; sobre los que habrían de sentar la criminología y la psiquiatría forense, por ejemplo, PRITTWITZ. "Dolus eventualis und Affekt", *GA,* 1994, pp. 454 y ss. De ahí todas las reservas que esto suscita. Cfr. PUPPE. "Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik", *GA,* 1994, pp. 297 y ss., sobre la relación entre lo descriptivo y lo normativo, el carácter incompleto y disponible de todas las descripciones, la necesidad de fundamentar normativamente el recurso a elementos descriptivos en los conceptos normativos y, en fin, sobre la necesidad de investigar las estructuras lógicas subyacentes (pp. 316 y 317).

[40] ROXIN, *AT,* i, 4.'' ed., § 7, v, n. m. 83, cuando señala que es imposible que el sistema teleología.) que propugna construya sus soluciones sin consideración a los datos materiales. En

de su -ya clásica- contribución al Libro en memoria de RADBRUCH[41]. Ahí, tras exponer -probablemente por primera vez- cuáles son las perspectivas normativas que han de presidir la construcción del sistema de la teoría del delito, subraya que tales haremos normativos deben desarrollarse orientados a la materia, pues la naturaleza de las cosas exige soluciones "adecuadas a la materia" *(Rechtsstoff)*[42].

A propósito de lo anterior, sin embargo, y sin poder abordar aquí el tema con mayor profundidad, cabe afirmar lo siguiente. En primer lugar, que es innegable que la elaboración jurídica no puede contradecir las estructuras del ser (ni las del deber ser). De la "materia", o de la naturaleza de las cosas, podrían obtenerse, pues, elementos de limitación de la construcción jurídica. Sin embargo, para que la estructura del ser pueda desempeñar su función limitadora, es preciso acceder a ella. Y nuestro acceso nunca es objetivo, sino subjetivo y parcial[43]. De modo que cierta-

---

concreto afirma que "Si bien una 'lógica de la materia' o una 'naturaleza de las cosas' no pueden proporcionar baremo jurídico valorativo alguno, no obstante el resultado concreto no se deriva nunca de los puntos de vista normativos rectores como tales, sino siempre tras su aplicación a las especialidades de estados de cosas divergentes entre sí". También SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 203, ha reiterado su opción por un modelo de razonamiento dualista que integre razón práctica *(praktische Vernunft)* y lógica objetiva *(Sacldogik)*. La idea ya se encuentra en SCHÜNEMANN. *Grund und Grenzen der ¡mediten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, pp. 36 y ss.

[41] ROXIN. "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts", *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, Göttingen, 1968, pp. 260 a 267. El trabajo (pp. 260 y 261) se inicia mostrando cómo RADBRUCH, integrado en la corriente filosófica neokantiana de la escuela suroccidental, sin embargo en su trabajo *"Rechtsidee und Rechtsstoff"* (1923/1924) se muestra atraído por la noción de la *"Stoffbestimmtheit der Idee"*, que contradice los principios relativistas del neokantismo. Así, el propio RADBRUCH propone una relación de intercambio, dialéctica, entre *Sein y Sollen, Stoff y Form.*

[42] Añadiendo, de forma muy significativa (GS/. *Radbruch*, p. 265) que *"dabei bedarf es kaum der Betonung, daß auch der 'Rechtsstoff nicht im Sinne einer wertfreien Faktizität, sondern als eine von Sinnbezügen durchformte Gegebenheit zu verstehen ist"*. Lo que es poco menos que una profesión de fe antinormativista (al menos contraria al normativismo jurídico).

[43] Respecto al tema probablemente más importante de cualquier pretendida vinculación ontológica de la construcción jurídica: la esencia del hombre, se ha señalado la imposibilidad de conocerla racionalmente, subrayando que hemos de conformamos con una "ima-

mente podría atribuirse valor limitador a la realidad, pero no como "realidad en sí", que resulta inaccesible, sino como "realidad representada". Ahora bien, no tenemos ninguna garantía de que esa representación de la realidad, con la que pretenderíamos limitar los juicios sociales de imputación, no esté contaminada precisamente por nuestra propia percepción acerca de las necesidades de imputación[44]. Al contrario, es más que probable que se produzca aquí un fenómeno de circularidad: 1. El juicio social de imputación se basa en una determinada concepción sobre cómo distribuir las cargas entre individuos (o entre individuo, sociedad y Estado) en el modelo social correspondiente; 2. Tal juicio se pretende limitar por la configuración de la realidad; 3. Pero la realidad sólo nos es accesible como representación subjetiva (más o menos intersubjetivizada en función del consenso alcalizado); 4. No se puede descartar que en esa representación acerca de cómo es la realidad se interfiera un juicio (normativo) acerca de cómo debe ser para posibilitar una imputación que se estima necesaria en atención al propio (o general) criterio sobre cómo distribuir cargas. Por todo ello, tampoco tenemos ninguna garantía acerca de que la consecución de un cierto nivel de intersubjetividad en esa representación de la realidad no aparezca entrelazada con un consenso sobre las necesidades sociales de imputación. Ese con-

---

gen" del mismo *(Menschenbild)* que no es permanente, sino necesariamente histórica, dependiente del medio y del tiempo. Así las cosas, no cabría sino tratar de encontrar cuál es la imagen de hombre propia de nuestra cultura, de nuestro mundo, de nuestro ordenamiento, pero la debida y no la efectivamente vivida. El objetivo sería hallar una propuesta generalizable: *"intersubjektives Menschenbild"*. Así, KAUFMANN. "Das Menschenbild im Recht. Rechtsphilosophische Aspekte", *Festschrift für H. Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag,* Köln, Berlin, Bonn y München, 1993, pp. 415 y ss., 415. Similar, generalizando, en cuanto a la realidad en síy la obtención de una imagen de la misma, KAUFMANN. "Die strafrechtlichen Aussagetheorien auf dem Prüfstand der philosophischen Wahrheitstheorien", en *FS. f. Baumann zum 70. Geburtstag,* Bielefeld, 1992, pp. 119 y ss., 121.

[44] Más general, GÖSSEL. "Versuch über Sein und Sollen im Strafrecht", *Festschrift für Koichi Miyazaiea,* Baden-Baden, 1995, pp. 317 y ss., 319.

senso, a su vez, podría ser variable históricamente y no resultar demasiado distinto de lo que en JAKOBS se define como "constitución social". Con lo que de nuevo nos encontraríamos inmersos en un ámbito de relatividad espacio-temporal mayor o menor[45].

Reinterpretar la vinculación de las estructuras del ser en clave de vinculación por el consenso en la representación de las mismas nos conduciría, así, a un ontologicismo débil, que probablemente no se diferencia demasiado del normativismo relativista. De ahí que deba irse más allá, pues no deja de haber buenas razones para entender que existen todavía espacios indisponibles. En otras palabras, que no todo está abierto al consenso y al disenso. Frente a quienes se detienen en teorías consensualistas/procedimentales de lo verdadero o lo justo[46], parecen plausibles dos afirmaciones: por un lado, que hay algo que es "la verdad" (empírica) *{adaequatio intellectus et* ra)[47] o "lo correcto" (normativo)[48] con independencia de la constatación de nuestra limitación epistemológica para acceder a ese algo[49]. Por otro lado, que los procedimientos discursivos no dejan de ser medios, ciertamente imperfectos pero quizá irrenunciables[50], para avanzar en tal sentido. Abonando lo

---

[45] Aludiendo al hecho de que el consenso no puede proporcionar una fundamentación última a la verdad, KAUFMANN, *FS/ Schüler-Springorum,* pp. 420 y 421. También, ID., *FS.f. Baumann,* p. 126.

[46] Discrepo, por tanto, de tesis constructivistas radicales, para las que la objetividad, el conocimiento de la verdad, resulta imposible, de modo que sólo "mediante co-construcciones que discurren paralelamente pueden establecerse acuerdos entre sujetos cognoscentes acerca de aquello que creen conocer". Cfr. VON BEYME. *Teoría política,* p. 199.

[47] Sobre lo irrenunciable -aunque añade que también es insuficiente- de la teoría de la correspondencia, KAUFMANN, *FS f. Baumann,* p. 128.

[48] Sobre la posibilidad de una "verdad" en el ámbito de lo normativo, KAUFMANN, *FS f. Baumann,* pp. 123,124 y 127.

[49] En un sentido similar, GÓSSEL, *FS f. Miyazawn,* pp. 321 a 323. Cfr. también FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* ANDRÉS IBÁÑEZ, RUIZ MIGUEL, BAYÓN MOHÍNO, TERRADILLOS BASOCO y CANTARERO BANDRÉS (trads.), Madrid, 1995, pp. 66 y 67, quien parte de la distinción entre "significado" y "criterios" de verdad, lo que le permite indicar que "ésta es caracterizable, en el plano semántico, como correspondencia sólo por lo que sabemos y sólo de forma aproximativa".

[50] Sin entrar ahora en mayores detalles al respecto, no deja de ser cierto que los métodos

anterior, conviene subrayar que hay realidades empíricas ancladas de modo permanente en el consenso intersubjetivo y (todavía[51]) no falsadas. Y, asimismo, que hay "realidades" normativas permanentemente instaladas en el consenso intersubjetivo, u otras que han alcanzado dicho consenso recientemente, respecto de las cuales tenemos la convicción de que un eventual disenso futuro carecería de capacidad de alterarlas en su *status* (así lo relativo a los derechos humanos, o al propio concepto-base de la dignidad humana). Parece obvio que todo ello ha de ejercer una vinculación sobre el Derecho penal, el cual, sin embargo, como se advierte, tiene un significativo espacio de "libertad" en su elaboración conceptual normativa[52]. Ahora bien, asimismo sobre la base de lo expuesto, también resulta claro que no siempre es fácil sentar las derivaciones concretas de tales enunciados "pertenecientes a la realidad empírica o normativa" y ponerlos en relación crítica con un determinado sistema de imputación. La discusión abierta de este extremo, junto con la explicitación de las bases materiales de las reglas -normativas- de imputación objetiva, subjetiva y personal, es, a mi juicio, el reto fundamental de la dogmática jurídico-penal moderna.

discursivos, en situaciones de comunicación ideal, pueden ser útiles en la medida en que a través de ellos se haga intersubjetiva la aspiración que late en lo hondo de todas las personas de alcanzar la verdad y la justicia. Una cuestión muy relevante es, sin embargo, la propia dificultad, si no imposibilidad, de hallarse en "situaciones de comunicación ideal".

[51] **Obviamente, la verdad científica es siempre provisional: POITER. *La lógica de la investigación científica,* SÁNCHEZ DE ZAVALA (trad.), Madrid, 1962, passim.**

[52] **Reconociéndolo, pese a su postura de entrada antinormativista, GOSSEL, FS/. *Miyazawa,* p. 330.**

RETOS CIENTÍFICOS Y RETOS POLÍTICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

La ciencia del Derecho penal tiene ante sí dos retos fundamentales. Por un lado, debe hacer frente al fenómeno de la internacionalización y uniformización del Derecho penal. Por otro lado, ha de afrontar una legislación y una aplicación judicial del Derecho que tienden al intervencionismo y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas. El primero es, aparentemente, un reto ante todo científico, en el que, junto a la cuestión del carácter nacional o no de la dogmática, se ven implicadas también otras tan significativas como su naturaleza de disciplina sistemático-estructural. Pero tiene asimismo algunas connotaciones políticas, que deben ponerse de relieve y analizarse. El segundo es, por contra, un reto en principio político: se trata de valorar la praxis político-criminal intervencionista y de tomar posición ante ella. Pero, asimismo, tiene importantes connotaciones científicas: relativas a la neutralidad de la dogmática; al modo de configurarse su método; y a las distintas formas de articulación de una teoría de la política criminal.

II. DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL EN LA ERA DE LA INTERNACIÓNAL1ZAC1ÓN

Superadas las premisas básicas de la dogmática positivista, hoy se comparte por muchos la tesis de que la ciencia por antonomasia del Derecho penal, la dogmática, no tiene por objeto un Dere-

cho positivo dado y, por tanto, no es una disciplina "nacional"[53]. Por otro lado, y dada la naturaleza valorativa de la Política criminal, no parece que quepa discutir seriamente la supranacionalidad de toda teoría político-criminal. En este sentido, vale la expresión, reiteradamente citada, de PASCAL, acerca de que no es posible que lo que es verdad a un lado de los Pirineos deje de serlo al otro[54].

Sin embargo, la supranacionalidad de la ciencia del Derecho penal, de la dogmática y de la Política criminal no debe identificarse con la supraculturalidad. Como es sabido, esta identificación es la que tienden a afirmar las importantes corrientes doctrinales que han fundamentado el carácter supranacional de la dogmática en su referencia a objetos "permanentes"[55] en el espacio y en el tiempo: las estructuras lógico-objetivas, muy especialmente, o también las estructuras de imputación[56]. Sin embargo, parece que han de prevalecer las razones que conducen a negarla.

En efecto, es cierto que en la dogmática del Derecho penal existen elementos ontológicos, y estructurales, cuyo *status* es cuasilógico o, en todo caso, valorativamente neutro; frente a tales aspectos no cabe oponer "excepciones culturales". Pero también

---

[53] Cfr. SILVA SÁNCHEZ. "Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal", en SCHÜNEMANN y FICUEIREDO DÍAS (coords.), SILVA SÁNCHEZ (edic. esp.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin,* Barcelona, 1995, pp. 11 y ss., con referencias; ÍD. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales,* Madrid, 1999; 2.ª ed., Madrid, 2001; reimpr. Montevideo y Buenos Aires, 2006. Por su parte, BACIGALUPO. "La ciencia europea del Derecho penal", *Revista de Ciencias Penales,* vol. 2, n.º 1, enero-junio de 1999, pp. 9 y ss., 12, entiende que sigue siendo aceptada de modo general la tesis positivista -que él, obviamente, no comparte- de que la ciencia del Derecho penal es nacional: de que a cada Código Penal o Derecho penal nacional le corresponde una ciencia.

[54] Cfr. la referencia de HRUSCHKA a PASCAL en SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Barcelona 1992, pp. 108, nota 318.

[55] WELZEL. "Vom Bleibendem und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft (1964)", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie,* Berlin y New York, 1975, pp. 345 y ss.

[56] Sobre estas últimas, HRUSCHKA. "Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?", *jZ,* 1985, pp. 1 y ss., entre otras obras del mismo autor.

es verdad que la dogmática, en la representación más generalizada de la misma, no se reduce a los aspectos lógico-estructurales, sino que entra en cuestiones de contenido[57], de las que es imposible excluir la valoración o, en todo caso, su vinculación a una determinada forma de ver el mundo[58].

Aun constatado lo anterior, sin embargo, la uniformización de la ciencia del Derecho penal en un plano supranacional no deja de ser un objetivo posible. Se trata, por servirnos de una expresión que parece haber hecho fortuna[59], de superar, mediante el análisis técnico, los aspectos superficiales de cada estructuración nacional de la materia del Derecho penal, para hallar la "gramática internacional" (¿"universal"?)común a todas ellas. Ahora bien, la referida "gramática universal" tendrá aspectos sintácticos, en los que quizá quepa obtener una uniformización más general (en los aspectos estructurales más abstractos) pero también aspectos

---

[57] Sobre la absoluta necesidad de proceder a ello para asistir a los órganos de decisión jurídica, cfr. NIÑO. *LOS límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito,* Buenos Aires,1980,p.14.

[58] Cfr. SCHÜNEMANN. "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en SCHÜNEMANN (ed.). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales,* SILVA SÁNCHEZ (trad.), Madrid, 1991, pp. 147 y ss., 154 y ss., con interesantes consideraciones sobre las estructuras de las diversas lenguas, así como sobre la idea de que las lenguas que comparten una determinada estructura reflejan, a su vez, una visión común del mundo.

[59] Cfr. FLETCHER. *Conceptos básicos de Derecho penal,* MUÑOZ CONDE (trad.), Valencia, 1997, p. 19: "hay un conjunto de distinciones que constituyen la 'estructura profunda' de todos los sistemas de Derecho penal. Son, por así decir, la 'gramática universal del Derecho penal'. Y lo mismo que NOAM CHOMSKY desarrolló una gramática universal capaz de servir de base a todos los idiomas del mundo, también aquí se puede, a través de las doce distinciones antes expuestas, fundamentar una gramática universal del Derecho penal"; MUÑOZ CONDE, en Prólogo al referido libro, p. 14; ID. "Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal", *Revista Penal* 5, enero de 2000, pp. 44 y ss., utilizando la expresión de "gramática internacional". Sin embargo, MUÑOZ CONDE parece escéptico (pp. 45 y ss.) en cuanto a que la dogmática de origen alemán pueda constituir la base de esa gramática internacional. Entre otras cosas, por su tradicional alejamiento de la legislación y la jurisprudencia. Una crítica profunda a ese alejamiento formula NAUCKE. "Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis (1972)", en *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik,* Frankfurt, 1999, pp. 58 y ss.

semánticos, en los que ello sólo será posible sobre la base de la existencia de reglas análogas de atribución de sentido. Por ello, cabe formular serias reservas frente a las posibilidades de una uniformización "supracultural" de la ciencia del Derecho penal entre países que no comparten siquiera un horizonte valorativo común.

En realidad, el actual fenómeno de internacionalización y uniformización de la ciencia del Derecho penal se mueve en estos parámetros. Respecto a países pertenecientes a culturas no occidentales, no se plantea siquiera la cuestión de la uniformización de la dogmática ni de la teoría de la Política criminal. Se trata más bien, hoy por hoy, de que en su praxis político-criminal se respeten ciertos límites que, en nuestra representación, se asocian a la vigencia objetiva de derechos humanos fundamentales[60]; aunque no puede negarse que en ciertos ámbitos se contempla tal pretensión como manifestación de imperialismo cultural o eurocentrismo[61]. La discusión sobre la uniformización de la dogmática, por tanto, sólo se plantea seriamente entre países -los occidentales, más aún,

---

[60] En este punto debe resaltarse el manifiesto *What We're Fighting For,* presentado por un buen número de profesores norteamericanos de ciencias sociales, del que querría resaltar su convicción *"that universa} moral truths (what our nation's founders called 'laws of Nature and of Nature's God') exist and are accessible to all people".* Así como de que *"because our individual and collective access to truth is imperfect, most disagreements about values call for civility, openness to other views, and reasonable argument in pursuit of truth"* [http:// www.propositionsonIine.com/Fighting For/fighting for.html].

[61] En contra de esta apreciación, el documento citado en la nota anterior subraya que *"Some people assert that these values ar not universal at all, but instead derive particularly from western, largely Christian civilization. They argue that to conceive of these values as universal is to deny the distinctiveness of other cultures. We disagree. We recognize our own civilization's achievements, but we believe that all people are created equal. We believe in the universal possibility and desirability of human freedom. We believe that certain basic moral truths are recognizable everywhere in the world".* Sobre el carácter universal y no "cultural europeo" de los derechos humanos fundamentales, HOFFE. *Gibt es ein iuterkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch,* Frankfurt, 1999, p. 56, citando a ETZIONI: *"Individual rights do not reflect a Western value (even if historically they arose in the West) but a global value that lays claims on all people",* con más referencias.

por el momento: los integrados en la Unión Europea- que comparten desde luego un horizonte valorativo común.

Pues bien, el referido doble nivel en cuanto a la uniformización de la ciencia del Derecho penal da lugar a dos problemas: uno abiertamente político; el otro, predominantemente científico, aunque con algún indudable aspecto político que trataré de subrayar.

El problema político, pero también filosófico, se suscita, desde luego, cuando se trata de aludir a la posibilidad o no de un "Derecho penal supracultural o intercultural"[62]; donde, en realidad, debe leerse, de modo más exacto, una teoría de la política criminal supracultural o intercultural. En este punto, el objeto de discusión es, de nuevo, doble: por un lado, si es efectivamente posible ese mínimo común de la política criminal, indisponible, frente a las pretensiones relativistas de los enfoques culturalistas; y, por otro lado, cuál habría de ser su alcance. Si éste habría de comprender, por ejemplo, la supresión de las penas corporales, la despenalización de conductas expresivas de libertades básicas o la imposibilidad de eximir de pena a las conductas gravemente lesivas de bienes jurídicos fundamentales.

En este punto, querría expresar mi adhesión al planteamiento de que en la Política criminal existe un mínimo común universal, de protección y de garantías, que se vincula a la naturaleza de la persona[63]. Ello, por mucho que, en lo restante -que es la casi tota-

---

[62] La pregunta puede reformularse del modo gráfico en que la expresa HÖFFE. *Gibt es ein intcrkulturelles StrafrecM?,* p. 7.

[63] Cfr. en idéntico sentido ibid., p. 107. También, RÖSSNER. "Kriminalrecht als unverzichtbare Kontrollinstitution, Kommentar!", ibid., pp. 121 y ss., 125,137. En cambio, sustancialmente más relativista y pesimista, HASSEMER. "Interkulturelles Strafrecht", *Festsclirift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag,* Berlin y Heidelberg, 1998, pp. 101 y ss., 102, 103, 105, 116; ID. "Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts", en HÖFFE. Ob. cit., pp. 157 y ss., 172, aunque reconociendo (p. 178) que el gran valor que se derivaría de la construcción de un Derecho penal intercultural sería la generalización de los derechos humanos. Cfr., ya antes, HASSEMER. "Unverfügbares im Strafprozeb, en Rechtsstaat und Menschenwürde", *Festschrift für Werner Maihofcr zum 70. Geburtstag,* Frankfurt, 1988, pp. 183 y ss. HASSEMER pone claramente de relieve que la idea de "indisponibilidad" es propia

lidad de la materia-, se acepte la relatividad socio-cultural de la Política criminal que se expresa en un determinado Derecho penal como instrumento funcional de estabilización de un concreto sistema social.

El reto que con todo esto asume el Derecho penal es de una gran profundidad: filosófica, porque en ello está en juego el concepto que se tenga acerca de la naturaleza de la persona y la dignidad que le es inherente; y política, porque, en la práctica, ello implica legitimar procedimientos de justicia universal así como la injerencia en otras sociedades. Pues bien, la postura que aquí se comparte es que es legítima la introducción, incluso en su caso por la vía de la imposición, de soluciones disfuncionales a un determinado sistema socio-político, cuando la Política criminal de éste afecta al núcleo de la dignidad de la persona"[64]. Con ello, se pone de relieve, por lo demás, la envergadura del problema conceptual que es preciso asumir: la determinación de tal núcleo resistente a los relativismos culturales[65].

Por su parte, el problema científico antes enunciado surge cuando se trata de proceder a la uniformización de la proyección jurídico-penal del horizonte valorativo común entre los países que lo comparten. A ese respecto, la búsqueda de la gramática internacional resulta factible en el seno de la misma tradición jurídica:

---

de toda fundamentación iusnaturalista del Derecho y, aunque se distancia de éstas en tanto en cuanto expresivas de una inmutabilidad en el tiempo y en el espacio, también pone de relieve que, en un Derecho de intervención *(Eingriffsrecht),* como es el Derecho penal, no se puede dejar de lado la idea de la indisponibilidad (p. 192). En este sentido, el propio HASSEMER señala que *"nicht die Idee eines überpositiven Rechts ist verschwunden, sondern mir die Erwartung von dessen überzeitlicher und überkidtureller Geltung".*

[64] Soy, en efecto, consciente de que ello implica admitir que dicho mínimo debe imponerse, eventualmente desde fuera del sistema, aunque sea disfuncional para el mismo y dicha imposición implique la transformación de aquél.

[65] Cfr. la crítica que a la posición adoptada en el texto dirige JAKOBS. "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor der Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)", en ESER, HASSEMER y BURKHART (eds.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft,* pp. 47 y ss., 54 y ss.

Alemania, Francia, Italia, España, Portugal, Grecia, Iberoamérica, etc.[66]. Y ello, por mucho que en el caso francés puedan surgir importantes dificultades. Sin embargo, las cosas no son del mismo modo cuando se trata de la uniformización de tradiciones jurídicas distintas: en concreto, de la tradición jurídica continental y la del "*common lazo*".

Al respecto, es manifiesto que en este ámbito existen reglas de imputación paralelas a las que se han ido construyendo en nuestra tradición: que los problemas son los mismos y las soluciones, si bien desde luego no idénticas, sí parecidas[67]. Ahora bien, con todo, deben efectuarse al menos tres observaciones: en primer lugar, que las reglas de imputación del Derecho penal anglosajón no se integran en nada parecido al "sistema estructurado de la teoría del delito". En segundo lugar, que las reglas de imputación análogas a las que en nuestro modelo estructuramos en la teoría del delito no aparecen radicalmente separadas -a diferencia de lo que aquí ocurre- de las instituciones constitucionales, procesales y de la determinación de la pena. Y, en tercer lugar -por no añadir ahora otras consideraciones que sería posible sin duda tener también en cuenta-, que el modo de proceder de quien se sirve de tales instituciones (el juez del *common law)* es un sujeto con un "*modus operandi*" radicalmente distinto al que es propio del juez continental en modelos de Derecho codificado. Esto último seguramente tiene que ver también con la diferente legitimación desde la que uno y otro obran. En efecto,

---

[66] **Es en éstos, y en otros como Austria, en los que se centra BACICAI.UPO, *Revista de Ciencias penales,* vol. 2, n." 1, enero-junio de 1999, pp. 9 y ss., 15 y ss., 19, 22, concluyendo que "en todo caso, esta comunidad de la cultura penal es un argumento decisivo para afirmar la existencia de una ciencia jurídico-penal europea, dentro de la cual se desarrollan distintas concepciones metodológicas".**

[67] **Lo ha puesto de relieve entre nosotros MELERO MERINO. "Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal (Introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)", ADCPC , fase, n, 1994, pp. 81 y ss.**

a. En el Derecho anglosajón no existe un sistema estructurado de la teoría del delito, sino que los conceptos y las reglas de imputación se integran en un contexto de relación dinámico y abierto -mucho más abierto que cualquier sistema abierto que los continentales podamos desarrollar-[68]. Ello quiere significar que, por supuesto, en el ámbito anglosajón, la elaboración doctrinal del Derecho penal no es, desde luego, tópica; pero tampoco es sistemático-estructural. Como señala NIÑO a propósito del Derecho inglés, se trata de "postulados *ad hoc* para el tratamiento de clases específicas de casos, sin combinarlos en una teoría normativa general"[69]. Por tanto, la confrontación de nuestra teoría de la imputación con la del *common law* parece que ha de conducir, en primer lugar, a un nuevo[70]" replanteamiento del sentido del pensamiento sistemático-estructural. ¿Puede seguir sosteniéndose que la concepción sistemático-estructural de la imputación -la concepción de la misma como una teoría estructurada en lugar de como una mera adición de reglas- es superior a otras perspectivas?

No me cabe duda de que, desde un punto de vista de conocimiento de la materia, el planteamiento de la imputación como

---

[68] Cfr. una contraposición de los dos modos de razonamiento: el que denomina *"fíat"*, basado en la razonabilidad, y el denominado *" estructured"*, en el trabajo clásico de FLETCHER. "The Right and the Reasonable", reproducido en ESER y FLETCHER. *Rechtfertigung und Entschuldignng. Rechtsvcrgleicltende Perspektiven,* i, Freiburg, 1987, pp. 67 y ss., 70 y ss. (= FLETCHER. *El derecho i/ lo razonable. Ensayos de Derecho penal,* DONNA y BARBERO [trads.], Buenos Aires, 1997). En realidad, no se puede afirmar que, en el Derecho anglosajón, las reglas no se integren en un sistema y tengan, por tanto, funciones sistémicas (en el marco del *"criminal law enforcement system").* Lo que ocurre es que, integradas en el sistema (y con relaciones sistémicas entre sí) no se integran en una estructura que las abarque, con lo que no tienen relaciones estructurales.

[69] NIÑO. *LOS límites,* p. 193, característica de lo que él llama enfoque intuicionista, contrapuesto al conceptualismo continental. Con todo, es posible que esta afirmación hubiera de ser matizada, pues lo cierto es que existen ciertos principios comunes a las reglas de imputación del *common law.*

[70] El primer replanteamiento del sentido del pensamiento sistemático en Derecho penal es debido, como se sabe, a ROXIN. *Política criminal i/ sistema del Derecho penal,* MUÑOZ CONDE (trad.), Barcelona, 1972, y obras sucesivas, propugnándose el mantenimiento del sistema clásico, si bien abriéndolo a las finalidades de la Política criminal.

una teoría sistemático-estructural arroja resultados superiores a los que se puedan obtener con enfoques menos sistemáticos o, directamente, asistemáticos[71]. Asimismo, en términos prácticos, parece que puede afirmarse la mayor seguridad y precisión de una imputación de responsabilidad sobre la base de reglas estructuradas en una teoría[72].

Ahora bien, una cosa es la teoría del sistema estructurado de la imputación en el Derecho penal y otra su práctica, su realidad. Así, la concurrencia en el tiempo de varias opciones sistemáticas, que desde luego se da en nuestros días, provoca un eclecticismo doctrinal de grados diversos que, al final, no se diferencia demasiado de la ausencia de un sistema mínimamente estructurado[71]. Más aún, muchas veces revela la propia ausencia incluso de un concepto. Por lo demás, es, asimismo, constatable que la jurisprudencia no efectúa planteamientos directamente sistemático-estructurales de los problemas que suscitan los casos[74]. Al contrario, toma reglas de procedencia diversa en función de las necesidades de cada caso, sin que aquéllas guarden una mínima coherencia unas con otras. En este punto, una investigación de gran interés sería desde luego

---

[71] Cfr. SCHÜNEMANN. "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal", en SCHÜNEMANN (ed.). *El sistema moderno,* pp. 31 y ss.

[72] Cfr. FLETCHF.R, en *Rcchtfertigung und Entschiddigitng,* p. 75: "Desde luego, la adición sin fin de modificadores (scíí. como razonablemente o sustancialmente) sacrifica tanto la aparente precisión como el carácter aparentemente absoluto de la regla establecida. Pero un sofisticado jurista americano respondería presumiblemente que tales aparentes virtudes del Derecho alemán son ilusorias y que es mejor trabajar con reglas legales vagas y calificadas, pero al menos no engañosas".

[7-1] Cfr. SCHÜNEMANN. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana,* CANCIO MEUÁ (trad.), Bogotá, 1996, pp. 48 y ss., concluyendo (p. 52) que "los tribunales, en cierto sentido, pueden escoger libremente el resultado material que les convenga, pues para cualquier resultado podrán aducir algún apoyo en la bibliografía".

[74] SCHÜNEMANN. Ob. cit., p. 52: "la jurisprudencia siempre invoca sólo en atención a un resultado concreto una postura concreta, pero no asume el contexto de deducción de esa postura individual en su conjunto produciendo finalmente tan sólo resultados carentes de deducción sistemática, es decir, una típica justicia decadísin verdadero fundamento científico-jurídico".

la consistente en determinar, por ejemplo, cuál es el sistema real de la imputación de responsabilidad penal en la jurisprudencia española. Y, a partir de ahí, analizar si la jurisprudencia española -continental, en general- es más segura e igualitaria que la anglosajona: si la existencia de un sistema estructurado, del que en su caso puede hacerse uso, produce en este sentido efectos beneficiosos frente al modelo alternativo.

Constatado lo anterior, en la medida en que la dogmática no sólo tiene pretensiones cognitivas[75], sino también pretensiones prácticas, parece claro, de entrada, que no puede optar por sistemas cerrados axiomáticos, ni tampoco por enfoques conceptualistas[76]. La interrelación estructural de unas reglas con otras[77] sobre la base de criterios de coherencia interna no debe, pues, reconducirse necesariamente a modelos deductivos.

De hecho, desde las aportaciones de ROXIN parece haberse asumido muy mayoritariamente que la dogmática de la teoría del delito debe tratar de eludir el apriorismo y abrirse a la argumentación político-criminal, esto es, a la consideración de su contribución a la consecución, en general y en cada caso, de las finalidades propias del Derecho penal. A estas alturas, sí parece posible advertir que sólo en la medida en que esto prosiga, esto es, en tanto en cuanto el sistema estructurado continúe aproxi-

---

[75] A las propias pretensiones cognitivas de la ciencia del Derecho, y atendida la peculiaridad de su objeto, tampoco se les sirve correctamente con el instrumento representado por un sistema axiomático. Cfr. SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno,* pp. 35 y ss., poniendo de relieve que los sistemas axiomáticos sólo son posibles con objetos de reducida complejidad y no sujetos a variaciones históricas.

[76] El conceptualismo de los sistemas más clásicos de la teoría del delito continental es la base para la crítica que, de los mismos, efectúa NIÑO. *LOS límites,* pp. 64 y ss.

[77] La identificación del razonamiento sistemático con la interrelación de las diversas reglas y principios puede advertirse en FLETCHER. "Criminal Theory as an International Discipline", en ESER y FLETCHER. *Rechtfertigung und Entscliuldigung. Rechtsvergleichende Persvektiven,* u, Freiburg, 1988, pp. 1595 y ss., 1615 y ss., quien se inclina por un planteamiento que, en todo caso, permita el control recíproco de la red de reglas y principios, por un lado, y las intuiciones acerca del caso concreto, por el otro.

mandóse a la práctica, podrá evitarse la tacha de la "*folgenlose Dogmatik*", que últimamente preocupa, y con razón, a la doctrina[78] y que podría conducir a la efectiva irrelevancia del razonamiento sistemático.

b. En otro orden de cosas, debe reconocerse que el sistema de la teoría del delito es, en su estado actual, un sistema incompleto. En efecto, no integra la totalidad de las reglas que, de uno u otro modo, influyen sobre la atribución de responsabilidad al sujeto. En particular, no ha conseguido hasta el momento la integración de los factores constitucionales, procesales y de determinación de la pena que conforman, por su parte, reglas adicionales de imputación. En este sentido, por tanto, incumple de modo muy particular su misión de orientación de la práctica y, por ello mismo, se halla distante de los planteamientos anglosajones, más orientados a la resolución del caso.

Pues bien, en la medida en que en la práctica judicial, y también en la doctrina penal anglosajona, más orientada a aquélla, las reglas de imputación en el sentido estricto de la dogmática clásica no aparecen claramente escindidas de reglas procesales, constitucionales y de medición de la pena con gran incidencia en el *quid y* el *quantum* de la atribución de responsabilidad, parece claro que la única opción razonable para quienes desean mantener el sistema estructurado de la teoría del delito, en lugar de abandonarlo, no puede ser sino precisamente la ampliación del objeto del mismo.

c. En todo caso, el mantenimiento del sistema estructurado, de la teoría, como modo de abordar la imputación de responsabilidad debe tomar en consideración el diferente modo en que el juez

---

[78] SCHÜNEMANN. *Consideraciones criticas,* pp. 48 y ss.; cfr. también MUÑO?. CONDE, *Revista penal* n." 5, pp. 46 y ss. Cfr., en general, los textos del capítulo "Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik", en ESEK, HASSEMEK y BUKKI IARDT (eds.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der ¡ahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick,* München, 2000, pp. 111 y ss.

continental y el juez anglosajón se sirven de las reglas que lo integran. Un *modus operandi* que, seguramente, también tiene que ver con la diversa autocomprensión de uno y otro, así como con sus diversas fuentes de legitimación: la derivación de la ley (clásicamente la subsunción silogística), en el caso del juez continental; la razonabilidad de la resolución del conflicto, en el caso del juez anglosajón.

Si no me equivoco, las reglas de imputación se muestran, para el juez anglosajón[79], como instrumentos provisionales, limitados, para aproximarse razonablemente a una solución justa del caso, en la que se tengan en cuenta los diferentes intereses enfrentados. En el juez continental las categorías, subcategorías y reglas del sistema tradicional del delito aparecen, en cambio, ante todo como una técnica de justificación de decisiones, cuyo contexto de descubrimiento puede haberse producido de otro modo, presentándolas como derivación correcta de la ley o de otras premisas generales.

Así, la inversión de la forma lógica de las sentencias que caracteriza a nuestra jurisprudencia no sería sino una manifestación más de cómo, en realidad, el sistema se muestra muchas veces ante todo como un obstáculo que el juez se siente obligado a salvar tras haber adoptado una resolución de modo intuitivo, directamente a partir de la ley y los hechos, y no tanto como un conjunto de instrumentos aptos para buscar esa resolución.

Es cierto que probablemente las cosas están cambiando en este punto. La pérdida de taxatividad y las deficiencias técnicas de muchos textos legales, así como la creciente complejidad de los problemas conduce seguramente a que el juez continental tienda a servirse de las reglas de imputación ya en el contexto de descubrimiento; al mismo tiempo, parece que la ya larga marcha hacia la codificación (al menos parcial) de los sistemas penales del

---

[79] Que ha tenido mucho que ver con su elaboración: NIÑO. *Los límites,* p. 102.

common law debe producir también ciertos cambios en la autocomprensión y el modo de operar del juez de aquella tradición jurídica.

Pero, en cualquier caso, se vuelve a poner de relieve que sólo un sistema abierto, flexible, puede orientar la actividad judicial. Y que, por ello mismo, sólo un sistema que, sin perder la coherencia interna, las relaciones estructurales de sus elementos, admita su progresiva modificación en función de los cambios de su objeto y de las necesidades aplicativas, puede constituir un marco de consenso mínimo entre el modelo continental y el anglosajón. En definitiva, cabría concluir que el sistema estructurado del delito de tradición alemana podrá subsistir también como referencia para la cultura jurídica anglosajona en la medida en que consiga serlo para la aplicación del Derecho que tiene lugar en su propio ámbito.

III. LA DOGMÁTICA Y LA TEORÍA DE LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE AL INTERVENCIONISMO DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y SU APLICACIÓN JUDICIAL

Para un importante sector doctrinal, el intervencionismo creciente de la legislación y de la aplicación judicial del Derecho penal no constituye un reto para la ciencia. Al contrario, se trata de la consecuencia de una "praxis política sin ciencia". Por tanto, parece que la única actitud científicamente posible sería, sin más, la crítica externa y total. A mi juicio, sin embargo, la propia existencia de tales manifestaciones pone de relieve que aquí se manifiesta un importante reto científico previo. En efecto, la constatación de la existencia de planteamientos de esta naturaleza obliga a analizar, de entrada, si acaso importantes sectores de la doctrina del Derecho penal no estarán procediendo -de nuevo- a un alejamiento del método vinculado a la política criminal en favor de métodos de orientación fundamentalmente filosófica o de teoría de la sociedad.

Ello tiene una repercusión central: pone de relieve que hay que continuar discutiendo cuál debe ser el método adecuado en la dogmática del Derecho penal, si uno con vocación filosófica u otro que parta de una referencia básica a la política criminal. Y a la vez, muestra una clara connotación política: pues obliga a tomar posición en cuanto a la cuestión de cuál es el marco de las políticas criminales discutibles y si, en concreto, todos o, al menos, algunos aspectos de la actual legislación y aplicación judicial del Derecho entran dentro del ámbito de lo discutible; y con arreglo a qué criterios metodológicos es posible valorar las distintas propuestas político-criminales.

La praxis político-criminal de "lucha contra el delito" *(Verbre-:hensbeká'mpfung),* que preside la evolución de la legislación y de [a aplicación judicial del Derecho penal en los diversos países, suscita, en efecto, reacciones contrapuestas. Para un sector, de-:rás de la evolución del Derecho penal no se hallaría ninguna teoría de la política criminal ni ninguna dogmática; ninguna 'acionalidad defendible. Tan sólo una política populista, orientaba a la obtención y el mantenimiento del poder, así como a otras ntenciones pragmáticas a corto plazo. Es en este sentido en el que se ha afirmado que una de las características de la referida jvolución es la "tendencia a quitarle significación a la ciencia en a política y práctica del Derecho penal"[81].

Con ello, en efecto, parece querer indicarse que la política prác-:ica del Derecho penal[81] responde exclusivamente a consideracio-

---

[80] HASSEMER. "La ciencia jurídico-penal en la República Federal alemana", HORMAZABAL trad.), APPCP, 1993, pp. 35 y ss., 68.

[81] Para HASSEMER existen no sólo la política criminal teórica y la praxis de la política crimi-tal, sino también una teoría de nivel medio, cuya misión sería analizar y valorar los cam-'ios del Derecho penal desde un punto de vista histórico y político. Ésta podría calificarse orno teoría de la reforma del Derecho penal, correspondiéndole la denominación de teo-ía de la Política criminal históricamente relativizada o bien, teoría de la política del Dere-ho penal *(Théorie der Strafrechtsvolitik).* Cfr. HASSEMER, en ID. (ed.). *Strafrechtspolitik,* 'rankfurt, 1987, p. 10.

nes de cierto pragmatismo inmediato sin el más mínimo apoyo en teoría alguna -ni principialista, ni utilitarista o consecuencialista, ni mixta- de la política criminal o de la política del Derecho penal. Así, se tiende a contraponer la "política criminal ilustrada" -científica- *(aufgekldrte Kriminalpolitik) y* la política criminal real. La primera estaría comprometida con la observancia de los derechos humanos y los estándares del Estado de Derecho, a la vez que comprobaría según haremos racionales las condiciones reales de aplicación del Derecho penal y sus consecuencias. Sería "científica" en toda la extensión de la palabra[82]. La segunda, en cambio, se habría liberado de tales cadenas para iniciar una cruzada contra el mal *(Kampf gegen das Bäse)*[83]. Sería, sin más, acientífica.

Para esta postura, aparentemente, la política criminal oficial no persigue ninguno de los fines materiales de legitimación a los que se afirma servir. Eso sí, se pretendería con ella un fin instrumental: la obtención y mantenimiento del poder[84], para lo que se trataría incluso de provocar el incremento de los miedos sociales ante la criminalidad y los delincuentes[85].

Este planteamiento, que reconoce como única teoría posible del Derecho penal la que se manifiesta en la adopción de las premisas ideológicas liberales, en concreto kantianas, o, alternativamente,

---

[82] Debe subrayarse, con todo, que, como señala MIR PUIC "la Política criminal puede adoptar diversas orientaciones. La opción por una u otra política criminal no puede ser una decisión dotada de validez científica, ni siquiera en el sentido 'débil' en que cabe utilizar este concepto en el ámbito de la teoría jurídica. Dicha opción es una elección política". Cfr. MIR PUIC. "Laudatio a Claus Roxin", en SILVA SÁNCHEZ (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin,* Barcelona 1997, pp. 31 y ss., 33, optando por la orientación a la Constitución como criterio rector.

[83] Cfr. NESTLER. "Einleitung", en LÜDERSSEN (ed.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?,* Band \: "Lernprozesse im Vergleich der Kulturen", Baden-Baden, 1998, p. 11.

[84] NESTLER, ibid. Similar, para el caso de la política criminal de ley y orden en Estados Unidos e Inglaterra, VON HIRSCH. "Law and Order: Die Politik der Ressentiments", en LÜDERSSEN (ed.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse ?,* cit., pp. 31 y ss., 34, 37.

[85] VON HIRSCH, ibid., p. 34.

ipuestas derivaciones valorativas jurídico-penales de ciertos relitados obtenidos por las ciencias empíricas del comportamiento idividual, no es, sin embargo, el único científicamente posible. Es ibido que, desde otras perspectivas, se parte, por el contrario, de ıa presunción de legitimidad de la praxis político-criminal legistiva[86] y aplicativa. En particular, esto se sostiene en términos de incionalidad, aunque, no obstante, se esté dispuesto a admitir la dstencia de regulaciones disfuncionales.

Así, en la concepción de JAKOBS a la dogmática le corresponde ásicamente la tarea de sistematización de las reglas de imputaón existentes en un determinado ordenamiento practicado, sin retensiones político-criminales trascendentes[87]. De manera que, esde su perspectiva, la nueva legislación intervencionista y la irisprudencia que la acompaña constituirían, ante todo, un reto entífico. Pues se trataría de descubrir las reglas de atribución de ?sponsabilidad subyacentes al modelo que se genera y sistemazarlas[88].

Para algunos, ello es una "capitulación incondicional ante la ráctica política imperante en cada momento en la actividad del gislador o en la jurisprudencia"[89]. Y, en efecto, un planteamiento *A* corresponde a una valoración divergente acerca de las posibiliades políticas de la dogmática y, en consecuencia, acerca del pael de la dogmática en los procesos de cambio jurídico y político.

A este respecto, JAKOBS entiende que "si realmente la sociedad >tá inmersa en una tendencia hacia la disminución de los dere-

---

Cfr., en particular KUHLEN. "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber n Herausforderungen ihrer Zeit (Kommentar)", en ESER, HASSEMER y BURKHARDT (eds.). *e deutsche Strafrechtswissenschaft,* pp. 57 y ss., 64 y ss. Crítico, SCHÖNEMANN. "Die deutsche rafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", *CA,* 2001, pp. 205 y ss., 208 y s.

Cfr. sobre este extremo SUAREZ GONZALEZ y CANCTO MELIÁ. "Estudio preliminar", en JAKOBS. *imputación objetiva en Derecho penal,* CANCIO MELIÁ (trad.), Madrid, 1996, pp. 79 y 80.

Cfr. JAKOBS. *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente,* MANSO PORTO (trad.), ilicia, Consejo General del Poder Judicial, Xunta de Galicia, Escuela de Verano del Por Judicial, 1999, Estudios de Derecho Judicial 20, pp. 121 y ss.

SCHÜNEMANN. *Consideraciones críticas,* p. 14.

chos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una *ultima ratio.* La decisión de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores"*.

Este planteamiento parte, sin embargo, de una neutralidad de la dogmática que, a mi entender, no se corresponde ni con la autocomprensión de los dogmáticos, ni con la visión que de la ciencia jurídico-penal tiene la propia sociedad. En efecto, está claro que existen materias en las que se puede partir de dicha neutralidad (así, el descubrimiento de estructuras); del mismo modo que se puede concluir taxativamente que es positivo que se avance por este camino y que los espacios de neutralidad crezcan. Pero en otros ámbitos la dogmática tiene una abierta vinculación con la política criminal: en este sentido, es política[91].

Ello no quiere decir que a la dogmática le correspondan funciones concretas de promoción o contención del cambio social, a través de sostener soluciones disfuncionales: ni ello le compete, ni tampoco podría llevarlo a cabo seguramente. Ahora bien, en el marco de una sociedad dada, la sistematización de las reglas de imputación y la determinación de su contenido, incluso la efectuada desde perspectivas funcionales, no tiene por qué plasmar-

---

[90] JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional,* CANCIO y FEIJÓO (trads.), Madrid, 1996, pp. 40 y 41.

[91] Sobre la diferencia sólo de grado entre dogmática y política jurídica cfr. SCHÜNEMANN, *GA,* 2001, p. 209.

se en un único modelo"[2]. Más allá de la lógica "objetiva" de la evolución social, si es que ésta existe, se dan principios enfrentados, juegos de mayorías y minorías, conflictos de intereses. Cabe advertir la presencia de quienes siguen vinculados al anterior estado de cosas, ya superado, de quienes sostienen el *statu quo* que mayoritariamente se está configurando y quienes incluso propugnan uno nuevo.

Pues bien, de ser lo anterior correcto, la dogmática del Dere-:ho penal, incluso la dogmática funcional del Derecho penal, tendría posibilidades distintas de elaborar una determinada institución. De modo que cabría que la dogmática incorporara aerfectamente diversas racionalidades "no disfuncionales" que ;e tradujeran en propuestas distintas de solución de un determiladoproblema.

Por lo demás, existe también aquí una diversa actitud ante la ^olítica criminal. Para JAKOBS, una determinada praxis político-:riminal sólo puede criticarse si es abiertamente disfuncional, es iecir si pretende ocuparse de la estabilización de normas que no pertenecen al núcleo de la identidad normativa de una determiíada sociedad o si no resulta apta para la estabilización de las lormas que realmente sí pertenecen al referido núcleo.

Ahora bien, la determinación de lo que pertenece al núcleo de a identidad normativa de una determinada sociedad no es evilente"r aquí cabe, pues, incluso dentro del funcionalismo, un iebate jurídico-político, no en último lugar porque la identidad

---

[2] Por ejemplo, es evidente que, incluso en el marco de la legislación vigente sobre drogas ' terrorismo, cabe construir reglas de imputación sustancialmente distintas, en función de ue se parta de su excepcionalidad o se trate de reconducirla al modelo común de atribuión de responsabilidad.

' Por cierto que la falta de un estudio profundo sobre los elementos de la identidad norlativa de la sociedad y, en concreto, de lo que es nuclear en la misma y lo que no lo es, me arece un importante déficit que, hasta la fecha, sigue lastrando la teoría del Derecho enal de JAKOBS.

normativa de una sociedad ni es estática ni pacífica ni única, sino dinámica, enfrentada y plural. De modo que surgirá siempre el debate acerca de si la respuesta elegida por el legislador -la del Derecho penal- como medio de estabilización de una determinada norma es correcta o no. Por otro lado, tampoco es evidente que sólo una concreta opción punitiva -la precisamente elegida por el legislador- cumpla la función de esa estabilización pretendida; si la identidad normativa es dinámica, plural y enfrentada, se plantearán inmediatamente opciones alternativas de tipificación y sanción penal. Con lo anterior quiere decirse, por tanto, que la discusión político-criminal sobre lo que pertenece al núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad (en cambio permanente) así como la discusión acerca de lo necesario para la estabilización de las normas que pertenecen a dicho núcleo es absolutamente abierta. Y no puede negarse la repercusión de esta discusión sobre la dogmática, en la medida en que ésta constituye el vehículo a través del cual, imputando responsabilidad y sancionando a un determinado sujeto, tiene lugar la referida estabilización. Creo, pues, en fin, que tampoco la dogmática funcionalista puede prescindir de consideraciones políticas.

Así, parece que la opción crítica, para la cual la praxis político-criminal y legislativa no admiten un abordaje científico, de modo que debe permanecerse en una crítica extrasistemática, sin dogmática y sin matizaciones político-criminales, y la opción funcionalista, para la que esa praxis responde *ex definitione* a la lógica de la evolución social, debiendo procederse a la sistematización neutra de sus reglas de imputación y criticándola sólo en los casos de abierta y manifiesta disfuncionalidad, no son las únicas posibles.

Hay, desde luego, lugar para la crítica político-criminal. En este sentido, puede compartirse la opinión de que la legislación que se está desarrollando al margen del Derecho penal nuclear es muchas veces poco satisfactoria, faltándole al legislador asesora-

miento de política legislativa y de dogmática jurídico-penal[94]. En particular, es éste un buen campo en el que proceder, más que a una crítica ideológica apriorística, a articular críticas sobre la base de criterios de eficacia relativa del instrumento penal escogido y de otros alternativos al mismo.

Pero asimismo resulta evidente que el trabajo dogmático puede resultar imprescindible para conseguir reconducir los nuevos fenómenos legislativos y jurisprudenciales a conceptos claros, seguros y generalizables.

En realidad, los planteamientos extremos acaban poniendo de relieve una suerte de doble escepticismo. En el caso de unos, el escepticismo se proyecta sobre la capacidad de la dogmática para introducir cierta medida de racionalidad político-criminal en un determinado ámbito. Ello, olvidando, a mi juicio, que la teoría de .a interpretación y las reglas de imputación son, como antes se ha ndicado, el vehículo a través del cual el programa del legislador ncide realmente en la esfera de libertad de los ciudadanos. En el raso de los otros, el escepticismo incide sobre la posibilidad -la lecesidad- de que la dimensión de valor del Derecho penal se proyecte sobre la Política criminal y, más allá, también sobre la dogmática. Pero en la política criminal y en la dogmática se trata le la relación entre las esferas jurídicas de los ciudadanos y eso, mnque pueda venir determinado en parte por la cristalización le una cierta tradición histórica, implica necesariamente introlucir criterios -opciones- de valor.

Algunas razones de ese escepticismo pueden provenir de la rí-;ida vinculación de la ciencia del Derecho penal con la filosofía. En ífecto, los dos planteamientos reseñados responden, en la base, a :oncepciones filosóficas (o de teoría de la sociedad) globales y, como

---

[94] Cfr. ROXIN. "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad", en *La evolu-'•ón de la Política criminal, el Derecho penal 1/ el Proceso penal,* GÓMEZ RIVERO y GARCIA CANTIZANO :rads.), Valencia, 2000, pp. 57 y ss.

tales, no flexibles. Así, si bien puede ser cierto que, al menos en parte, asistimos a manifestaciones de una política sin "ciencia", no es descabellado afirmar que, en cierta medida, en el planteamiento de muchos autores parece proponerse que la teoría del Derecho penal abandone el terreno inseguro de la Política criminal concreta (que sea una ciencia sin política) para refugiarse en el apriorismo y la abstracción de determinadas filosofías o teorías globales de la sociedad.

Idealismo[95] y funcionalismo[96], en particular, constituyen, por tanto, en sus manifestaciones radicales, dos modos de hacer ciencia del Derecho penal sin política, desde la filosofía o desde la teoría de la sociedad. Y, en esa misma línea, dos concepciones de la ciencia del Derecho penal desde las que resulta difícil influir sobre la política concreta. El idealismo, porque parte de negar la relevancia de algunos de los problemas reales (o vividos como reales) que surgen en las sociedades complejas. El funcionalismo, porque niega la posibilidad de soluciones alternativas incluso situados en el marco de aquello en lo que, a su juicio, cristaliza la dinámica social.

Frente a las manifestaciones radicales de una y otra propuesta, entiendo que desde la teoría de la Política criminal y desde la dogmática deben asumirse las nuevas tendencias de la praxis legislativa y judicial, en el marco social en que se producen, como un reto político y también como un reto científico. Político, porque desde luego no todo lo que sucede en la referida praxis merece una idéntica descalificación global y es preciso sentar las bases de una aproximación diferenciadora a la misma[97]. Científico, porque la teorización de las referidas tendencias y su reconducción,

---

[95] **Con significativas vinculaciones con una reinterpretación de la filosofía kantiana.**

[96] **Que en su concreción jurídico-penal ha ido entroncando de modo cada vez más patente con la filosofía de HECEL.**

[97] **Cfr., por ejemplo, la aproximación en España de ARROYO ZAPATERO. "Derecho penal económico y Constitución", *Revista Penal* n." 1, julio de 1997, pp. 1 y ss.**

en la medida en que proceda, al sistema común de la teoría del delito habría de ser la muestra de la efectiva flexibilidad -y viabilidad- del propugnado sistema abierto. >

¿ES ANACRÓNICA LA TEORÍA DEL DELITO DE CUÑO ALEMÁN?

I. Introducción

Ya en 1972 se lamentaba WELZEL de que para no pocos penalistas alemanes de aquella época el "pecado original de la ciencia alemana del Derecho penal" radicara precisamente en su teoría sistemática del hecho punible[98]. Según las críticas vertidas por aquel entonces, la dogmática alemana del delito sería "idealista" en la medida en que era cultivada como "arte por el arte", sin considerar suficientemente las aportaciones de las modernas ciencias sociales; pero también sería "reaccionaria", al pretender conformar un espacio ideológicamente neutro, al margen de las dimensiones ética y política del delito; entre otros reproches[99].

En clara oposición a estas voces, WELZEL exhortaba a la ciencia penal alemana a "no echar temerariamente por la borda las aportaciones alcanzadas por su dogmática ni hacerlas caer en el olvido". Y llamaba expresamente la atención sobre las palabras de GIMBERNAT: "En la medida en que la dogmática del Derecho penal traza fronteras y construye conceptos, posibilita una aplicación segura y previsible del Derecho penal y lo sustrae a la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación"[100].

---

[98] "Zur Dogmatik im Strafrecht", *Festschrift fur R. Mäurach zum 70. Geburtstag,* Karlsruhe 1972, pp 3 y ss., 3 (= "La dogmática en el Derecho penal", FINZI [trad.], en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal,* Buenos Aires y Montevideo, 2004, pp. 47 y ss.).

[99] *FS Mäurach,* 1972, pp. 4 y s.

[100] "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", *ZStW,* 82 (1970), pp. 379 y ss., 405 (= "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho penal, 3:'* ed., Madrid, 1970, pp. 140 y ss.).

[I. ¿Es LA DOGMÁTICA "ALEMANA" DEL DERECHO PENAL 'NACIONAL" Y "NO DEMOCRÁTICA"?

La aparente crisis de los años sesenta y setenta del pasado siglo :ue superada de modo manifiesto por la teoría del delito de cuño demán. Cabe incluso afirmar que en el último tercio del siglo XX §sta experimentó un renacimiento de la mano de los modelos lormativistas. En el ámbito hispanoamericano esto constituye una realidad innegable: nunca se escribió tanto sobre el sistema de la :eoría del delito, nunca se tradujeron tantos textos[1], nunca se .mpartieron tantas conferencias sobre el tema como en las dos .iltimas décadas.

Sin embargo, en los tiempos actuales de europeización o in-:luso globalización del Derecho penal, algunos penalistas alemanes tienden de nuevo a afirmar que la sistemática del delito de >rigen alemán no tiene futuro. Las razones que se esgrimen son ¡tie aquélla es "nacional" y "no democrática". En este sentido, ?scribía recientemente VOGEL, de modo paradigmático, lo siguien-:e: "aunque existiera una mejor dogmática nacional del Derecho penal e incluso aunque ésta se debiera al pensamiento sistemáti-:o de cuño alemán, no sería correcto en términos normativos ni úncionales trasladarla sin reparo al Derecho penal europeo [...] Desde la perspectiva de la Unión Europea todos los ordenamientos urídicos nacionales deben ser reconocidos como equivalentes, lo me implica que también los respectivos métodos de manejo del Derecho penal deben ser reconocidos asimismo como equivalen-'es"[2]. Añadiendo todavía más: "una ciencia europea del Dere-

---

[1] No en vano, la publicación de la traducción española, coordinada por mí de WOLTER y 'REUND (eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafvrazess im gesamten Sluifrechtssystem,* leidelberg, 1996 (E/ *sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena 1/ preteso penai,* Madrid y Barcelona, 2004) fue la ocasión que dio pie a la redacción del presente rticulo.

[2] "Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik", *CA,* 2002, pp. 517 y

cho penal que se sienta vinculada por el principio democrático tiene el deber de ser mediadora y traductora en el discurso político-criminal existente entre las instituciones europeas, por un lado, y la concepción política de la opinión pública europea, por el otro. A esta función no se adecúa vina ciencia del Derecho penal que se fortifica en la torre de marfil de discursos dogmáticos, inaccesibles a la visión política de la opinión pública"[103].

A. ¿Es la dogmática un modo "nacional" de proceder con el Derecho penal?

Una vez superadas las premisas fundamentales de la concepción positivista de la dogmática, según la cual a ésta le correspondería la interpretación y sistematización de los enunciados legales entendidos como "dogmas"[104], ha sido un lugar común hasta hoy sostener que la dogmática de la teoría del delito no tiene por objeto un Derecho positivo dado. De modo que no se trata de una doctrina "nacional"[105]. Por el contrario, se considera que es una

---

ss., 524 (= "Política criminal y dogmática penal europeas", NIETO MARTÍN [trad.J, *RP* 11, 2003, pp. 138 y ss.).

[103] *GA,* 2002, p. 534. Critica con razón estas opiniones, SCHÜNEMANN. "Ein Gespenst geht um in Europa -Brüsseler 'Strafrechtspflege' intra muros-", *GA,* 2002, pp. 501 y ss., 511.

[104] Esta visión ni siquiera es compartida por quienes sostienen que el Derecho positivo sí es el objeto de la dogmática. Como con razón se advierte, tal representación tiene más que ver con la concepción teórica que los filósofos del Derecho del siglo xix tenían de la dogmática que con lo que realmente hacen los juristas dogmáticos. Cfr. BOVINO y COURTIS. "Por una dogmática conscientemente política", *AFD*, xvn, 2000, pp. 179 y ss., 195. Y esto en lo que respecta a la dogmática de la Parte especial. La dogmática de la teoría del delito muestra una desvinculación absolutamente radical de ese modelo.

[105] Sobre el origen de la dogmática jurídico-penal en las teorías del Derecho natural racionalista del sigo xvn y, en especial, en la teoría de la imputación de PUFENDORF, especialmente, HRUSCHK. *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación,* SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), Navarra, 2005. Convincente PAWI.IK. *Der rechtfertigende Notstand,* Berlin, 2002, p. 7: "Es su carácter de ciencia lo que lleva a la dogmática jurídico-penal más allá de la positividad de su material. Formulado a modo de paradoja: como ciencia del Derecho positivo *(des positiwen Rechts),* la dogmática jurídico-penal no puede ser exclusivamente una ciencia del Derecho positivo *{vom positiwen Rccht)".*

iisciplina que tiene que ver con la construcción, reconstrucción y iistematización de reglas para llevar a cabo una imputación de 'esponsabilidad penal conforme a Derecho, segura e igualitaria[106]". \sí pues, un determinado ordenamiento jurídico-penal nacional, positivo, no constituye el objeto de la dogmática de la teoría del ielito, sino sólo el límite de su construcción *de lege lata.*

Desde este punto de vista, la dogmática de la teoría del delito ie cuño alemán no puede contemplarse como una peculiaridad lacional, sino como un producto científico que, como cualquier >tro, muestra una fundamental dimensión supranacional. Lo señalado es de aplicación, en primer lugar, a la por algunos denoninada "*protodogma'tica*", esto es, a aquella parte de la dogmática urídico-penal que se ocupa del análisis axiológicamente neutro ie las estructuras de imputación. En efecto, ha sido reconocido ie modo general que existen no pocos enunciados dogmáticos]ue muestran un carácter cuasilógico o, al menos, axiológicamente leutro. Para ponerlo de relieve no es preciso remitirse ni a la vieja ioctrina del naturalismo ni a la del finalismo (con su axioma funiamental de la existencia de estructuras lógico-objetivas)[107].

También algunas líneas del pensamiento jurídico-penal molerno tienen la pretensión de construir una dogmática "*inore \eometrico*"[108], cuyos enunciados describan y analicen las estrucuras de la imputación"[109]. Y debería estar claro que a tales enuniados no cabe oponer en ningún caso "excepciones culturales".

---

[106] NEUMANN. "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", en PRirrwirz y MANOLEDAKIS ids.). *Strafrechtsproblemc an der lahrhiutendwende,* Baden-Baden, 2000, p. 119.

[107] WELZE!.. "Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft" (1964), n *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie,* Berlin y New York, 1975, pp. 345 ss. También KÜHL, *ZStW,* 109 (1997), pp. 777 y ss„ p. 787: "En la parte general también uede haber un ámbito nuclear en el que, tras la opción fundamental del legislador por n Derecho penal del hecho, realidades ónticas y estructuras lógico-objetivas hagan posiles enunciados científicos universales; incluso, no se puede descartar a priori la existen¡a de realidades jurídico-naturales indisponibles".

[108] Esto es, al modo de los enunciados de la geometría.

Sin embargo, resulta asimismo cierto que la dogmática de la teoría del delito no se puede reducir a sus aspectos lógico-estructurales[109], sino que aquélla también se ocupa de cuestiones de contenido que no pueden considerarse indisponibles: dicha teoría es, sin duda, una teoría jurídica normativa. Por tanto, el contenido de los conceptos de la dogmática de la teoría del delito, como teoría de la imputación, no es el producto de una determinación neutra, sino que depende de una serie de decisiones ético-normativas y de política del Derecho penal[110]. Así pues, la cuestión fundamental de la teoría del delito es también la que se pregunta por el sentido de una conducta a los efectos de una correcta imputación y atribución de responsabilidad penal"[2]. Y para esa pregunta no existe una respuesta dogmática independiente de los juicios éticos o jurídico-políticos, neutral en términos valorativos o teleológicos.

Sin embargo, que las cosas sean así no debe conducir a la errónea identificación de la teoría del delito con algún género de nacionalismo o provincianismo. Los contenidos de las reglas de imputación de la sistemática de la teoría del delito, aunque no tengan carácter universal, sí superan desde luego los estrechos márgenes de las fronteras. Prueba evidente de ello es la acogida de las estructuras así como de los contenidos de la sistemática del

---

[109] El ejemplo más prominente en HRUSCHKA. "¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?", en *Imputación,* pp. 251 y ss.

[110] KÜHL. "Europäisierung der Strafrechtswissenschaft", *ZStW* 109 (1997), pp. 777 y ss„ 787, reconoce que "la extensión de este ámbito indisponible, que solamente se trata de conocer, seguro que no (es) de una amplitud tal que abarque todas las reglas necesarias de imputación de la parte general".

[111] Cfr. NAUCKE. *Grundlinien einer rechtsstaatlich praktischen allgemeinen Straftatlehre,* 1979, pp. 13, 14 y passim. Como PAWLIK. *Notstand,* pp. 30 y s., pone de relieve, "la axiología sin la dogmática está vacía, pero la dogmática sin la axiología está ciega". Cfr. también BOVINO y COURTIS, *AFO,* xvii, 2000, pp. 202 y 203.

[112] Cfr. HASSEMER. "Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre vond er Zurechnung im Strafrecht", *Festschrift für G. Bemman,* Baden-Baden, 1997, pp. 175 y ss., 175.

delito de origen alemán en tantos países. De ahí que, personalmente, me resista abiertamente a hablar de una sistemática "alemana" del delito. El sistema de la teoría del delito de origen alemán no es ya en nuestros días una cuestión nacional alemana, como tampoco constituye el ejemplo de un supuesto imperialismo científico alemán. En el ámbito de la doctrina del Derecho penal debe ser contemplado, más bien, como el ejemplo paradigmático de la supranacionalidad de toda ciencia digna de tal nombre[113]. Más cuestionable es si acaso los profesores alemanes de Derecho penal son realmente conscientes de ello y obran en consecuencia[114].

B. ¿Sistemática de la teoría del delito o equivalencia de métodos de abordaje del Derecho penal?

Quienes pretenden desacreditar la dogmática del delito de cuño alemán como mero "producto nacional" parten de que debe apreciarse la existencia de una equivalencia de los distintos métodos nacionales de manejo del Derecho penal. Sin embargo, tal equivalencia no existe. Desde luego, no existe especialmente si se compara la dogmática del delito con otros métodos de abordaje normativo del hecho punible[115]. Frente a la dogmática del delito :omo disciplina de la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas de imputación no existe más que una alternativa:

---

[113] Cfr. en contra FLETCHER. "Comparati ve Law as a Subversive Discipline", 46 *Am. j. Comp.* .. 1988, p. 690: "El rasgo llamativo del debate jurisprudencial americano es el provincianismo"; y p. 697: "El Derecho alemán ha tenido una carrera más imperialista", 'ero, como subraya PAWLIK. *Notstand,* p. 6, "La dogmática jurídico-penal solamente reali-:a su pretensión de cientificidad mediante la construcción de un sistema".

[114] De un "provincianismoconsciente de la literatura alemana" habla FLETCHI-.R. "Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht", en ESER, HASSEMER y BURKI I \RDT (eds.). *Die leutsclie Strafrechtswissenschaft zvr der]ahrtausendwendc. Rückbesinnung und Ausblick,* vlünchen, 2000, p. 239 (= ESER, HASSEMER y BURKHARDT [eds.]. *La ciencia del Derecho penal tute las tareas del futuro,* Valencia, 2004).

[115] WEL.ZEL, *FS Maurach,* p. 5.

la "justicia del cadí", que, sin embargo, no es aceptada como tal por nadie; y con razón[116].

Ciertamente, lo anterior no significa que sólo exista una clase de dogmática. En especial debería reconocerse que no toda dogmática es una dogmática sistemática. Así, por ejemplo, en el espacio jurídico anglosajón existe, desde luego, una dogmática del delito en el sentido de que también en aquel ámbito cabe hallar reglas de imputación que discurren de modo paralelo a las que han ido elaborándose con el paso del tiempo en la tradición jurídica continental europea. Es verdad que aquí y allá los problemas planteados son los mismos y las propuestas de solución, como mínimo, análogas, aunque por descontado no idénticas. Pero cualquier planteamiento que diera cuenta sólo de las analogías entre, por ejemplo, *recklessness* y dolo eventual, entre causas de exculpación y *excuses* o entre tentativa y *attempt* estaría condenado de antemano al fracaso[117].

Ello porque, como se ha indicado, en la cultura jurídica anglosajona no es posible advertir ningún sistema estructurado de la dogmática del delito[118]; los conceptos y reglas de imputación son, más bien, componentes de un contexto de referencia

---

[116] NEUMANN, en PRITTWITZ y MANOLEDAKIS (eds.). *Strafrechtsprobleme,* p. 119.

[117] Cfr. una contraposición de ambos planteamientos: aquél que él caracteriza como *"fíat"*, sobre el fundamento de la *"reasonableness"*, y el nuestro, calificado de *"slructured"*, en el trabajo clásico de FLETCHER. "The Right and the Reasonable", en ESER y FLETCHER. *Rechtfertigung und Entschiddigung. Rechtsvergleichende Perspektiven,* i, Freiburg, 1987, pp. 67 ss., 70 y ss., 75.

[118] El fallecido penalista y filósofo del Derecho argentino CARLOS S. NIÑO comparó ambas tradiciones jurídico-penales en su tesis de Oxford, "Towards a General Strategy for Criminal Law Adjudication" (versión española: *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito,* Buenos Aires, 1980). En su opinión (ibíd., p. 193), en el ámbito anglosajón sería dominante un planteamiento "intuicionista", en oposición al conceptualismo continental-europeo (pp. 64 y ss.). FLETCHER. "Criminal Theory as an International Discipline", en ESER y FLETCHER. *Rechtfertigung und Entscliuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven,* ii, Freiburg, 1988, pp. 1595 y ss., 1615 y ss., tiende a un planteamiento que, por lo menos, por una parte, permite el control recíproco del nexo entre reglas y principios y, por otra, también admite las intuiciones respecto al caso concreto.

íinámico y abierto. Esto significa que en el ámbito anglosajón la elaboración del Derecho penal no es, evidentemente, tópica, pero :ampoco sistemático-estructural.

Sin embargo, como se ha expuesto también más arriba, el pensamiento sistemático estricto de la dogmática del delito de origen ilemán es el factor que fundamenta su superioridad teórica frenje a otros modelos de análisis normativo del delito[119]. De este nodo, en mi opinión, la sistemática del delito de cuño alemán es .a expresión científicamente más desarrollada de un lenguaje de .a imputación y, por ello, la propuesta que merece preferencia de rara a una "gramática internacional" de la imputación. Consti:uiría un craso error abandonarla precisamente en el proceso de construcción de tal gramática[120].

Ahora bien, no se trata solamente de superioridad teórica, pues, idemás, la sistemática eleva la homogeneidad y racionalidad de .a aplicación del Derecho penal[121]. En efecto, la finalidad del sistema del delito es ordenar el Derecho positivo disperso, así como ^reparar y controlar una aplicación racional del Derecho mediante jna clasificación aclaratoria de los conceptos e instituciones juríiico-penales[122]. Y ello, aunque con frecuencia los tribunales, abobados y fiscales apenas recurran a este sistema[123].

Sin embargo, precisamente hoy en día se oyen cada vez más /oces que ven justo en este rigor sistematizador uno de los obstá-

---

[19] SCHÜNF.MANN. "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", *Festschrift für Claus Roxin zum '0. Geburtstag,* Berlin, 2001, pp. 5 y ss., 8 y ss.; ÍD. "Die deutsche Strafrechtswissenschaft lach der Jahrtausend wende", *GA,* 2001, pp. 205 y ss., 216 y ss.

[20] Crítico, DONINI. "Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra Diritto »enale e politica", *RiDi'r* 2001/1, pp. 27 y ss., 49 y ss., con una critica expresa a mi planteaniento, p. 51, nota 52: "Va de suyo que si se acepta la premisa que acoge, resulta además lifícil postular que el sistema de origen alemán pueda constituir con segundad 'el fundanento de la gramática occidental del Derecho penal' (SILVA SÁNCHEZ)".

[21] NAUCKE. *Strafrecht. Eine Einführung,* 10.^ ed., 2002, 7/13.

[22] ídem.

[23] ídem.

culos principales para que el modelo en el que se basa nuestra metodología de análisis del delito se pueda convertir en el fundamento de una teoría supranacional del delito[124]. Esto conduce a que autores de otros países -aunque también autores alemanes- propongan modelos de análisis más sencillos y, al tiempo, menos rigurosos[125]. Ahora bien, en mi opinión, tras esa actitud se pueden descubrir motivos estratégicos o extracientíficos. Por una parte, en el Derecho penal económico hay una tendencia a someter la coherencia sistemática a la presión del punitivismo moderno: así, por ejemplo, TIEDEMANN ha escrito, a propósito de un futuro Derecho penal europeo, que las "*reglas*" nacionales "*de la parte general que son más favorables para el autor, (deberían) ser medidas y, en su caso, corregidas /...] según el criterio del Derecho de la Comunidad Europea*"[126]. Además, evidentemente, en tales propuestas también desempeña un papel importante la disposición al pacto, con vistas a Bruselas o Luxemburgo, con el modelo francés y británico de análisis normativo del delito[127]. Pero esto tiene más que ver con la mera política que con la discusión científica[128].

Resumiendo: la sistemática del delito de origen alemán todavía es hoy en día la gramática más desarrollada de la imputación

---

[124] DONINI, *RIDI'I'I'* 2001/1, p. 51 nota 52: "A mi modo de ver, tratándose de un lenguaje y de una gramática particularmente articulados y complejos, es necesario examinar si una estrategia inteligente del diálogo intercultural no aconseja partir de estructuras conceptuales y categorías más simples (por ejemplo, elemento objetivo/elemento subjetivo), o bien de los principios jurídicos-constitucionales o de política criminal más compartidos. Sea como fuere, me parece que la cuestión política todavía prevalece sobre la sistemática".

[125] Cfr. la crítica de SCHÜNEMANN, FS *Roxin,* 2001, pp. 7 y ss., 9.

[126] "EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts", *FS Roxhi,* 2001, pp. 1401 y ss., 1411, donde habría que preguntarse si el "carácter favorable para el autor" o la "hostilidad con el autor" deberían ser criterio de la gramática de la imputación.

[127] Cfr. PERRON. "Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?", *Festschrift fiir TU. lenckner zum 70. Geburtstag,* München, 1998, pp. 227 y ss., 239.

[128] SCHÜNEMANN, *GA,* 2001, p. 218. Sobre otros ejemplos de subordinación de la ciencia a la política, SCHÜNEMANN. "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", *GA,* 1995, pp. 201 y ss., 227 ss. (= *Consideraciones criticas sobre la situación espiritual de la ciencia juridico-penal alemana,* CANCIO MELIA [trad.], Bogotá, 1996).

jurídico-penal[129]. No hay razón científica ni para renunciar a ella, ni para modificar sus elementos esenciales. No obstante, evidentemente es posible mejorarla, **esto es,** adaptarla al desarrollo histórico; en ello se debería centrar la discusión.

C. Ciencia y democracia

En lo que se refiere a la relación entre democracia y ciencia, así como a la presunta "hostilidad hacia la democracia" del pensamiento sistemático, solamente quiero exponer brevemente mi opinión. Dudo que el "pensamiento democrático" pueda desempeñar papel alguno en la ciencia, en la cual lo genuinamente decisivo no es la mayoría de votos, sino la fuerza del mejor argumento[13]". Sin embargo, es todavía más difícil aceptar que la ciencia del Derecho penal solamente tenga adscrito el papel de mediadora y traductora en el ámbito de un discurso ajeno cuyos intervinientes sean, por una parte, las "instituciones europeas" y, por otra, la "concepción política de la opinión pública europea"[131]. Está claro que un sistema del Derecho penal como el de cuño alemán no puede desempeñar el papel de intérprete en un "diálogo político-criminal" entre Bruselas y las diferentes encuestas de apinión política. Sin embargo, la cuestión es si tal reducción de la ciencia penal es una alternativa que debe tomarse en serio, pues ello significaría negar la posibilidad de un discurso científico jurídico-penal específico en el que quienes participaran, como en

---

[29] Categórico en este sentido, PERRON, *FS Lenckner,* 1998, p. 242: "Incluso si [...] no se pudieran evitar ciertas concesiones a otras tradiciones jurídicas, la sustancia de la sistenática científica alemana tiene una fuerza interna de convicción tan elevada que también ;e impondrá a nivel europeo".

[30] Cfr. SI.OTERDIJK. Eí *desprecio de las masas,* CANO (trad.), Valencia, 2002, p. 83, crítico frente i la afirmación de la "prioridad de la democracia frente a la filosofía" (o de la "prioridad le la democracia frente al arte" -p. 85-). La referencia es a RORTY. "La prioridad de la lemocracia sobre la filosofía" (1984), en *Objetividad, relativismo t/ verdad,* Barcelona, 1996.

[31] Así, VOCEL, *CA,* 2002, p. 534.

cualquier ciencia, fueran los penalistas. En efecto, de este modo no solamente se perdería el sistema del delito, sino también la verdadera cientificidad de las teorías del Derecho penal. Me permito cuestionar qué clase de avance sería ese.

III. SOBRE ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA SISTEMÁTICA DEL DELITO

A. Conceptualismo, afán clasificatorio y binariedad

Es correcta la idea de que el gran significado del sistema del delito no debe ser adulterado mediante una sobrevaloración de su dimensión constructiva. Como SCHÜNEMANN ha aclarado en el contexto de su defensa de las innovaciones significativas de la sistemática teleológica del delito respecto a teorías anteriores, el sistema no puede ser malinterpretado en el sentido de un mero esquema de construcción o análisis[132]. El sistema es, más bien, la síntesis de las relaciones lógicas existentes entre todas las reglas del Derecho penal y, por ello, evidentemente puede, incluso sin cambiar en la superficie, desarrollarse en su estructura profunda[133]. Por esta razón, hoy se puede hablar efectivamente de cierta esterilidad de aquellos planteamientos que solamente tienen como meta llevar a cabo reordenaciones en el ámbito de las categorías y subcategorías del sistema; resulta muy difícil afirmar que tales planteamientos vayan a tener repercusiones esenciales en las soluciones de los casos[134]. Partiendo de esto, hay que afirmar que la insisten-

---

[132] SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems,* Berlin y New York, 1984, pp. 1 y ss. (= *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales,* SILVA SÁNCHEZ [trad.], Madrid, 1991).

[133] SCHÜNEMAN. "Strafrechtssystem und Kriminalpolitik", *Festschrift für Rudolf Schmitt,* Tübingen, 1992, pp. 117 y ss., 131.

[134] Como afirma HOYE. "Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung", *GA,* 1996, pp. 160 y ss., 178, el hermetismo sistémico y la pulcritud conceptual no son en sí valores para el Derecho; más bien, están al servicio de respuestas adecuadas a los tiempos.

cia en un "afán clasificatorio" nominalista es uno de los problemas esenciales a los que hoy en día tiene que enfrentarse una concepción sistemática del delito. En la medida en que la teoría del delito no tiene sólo pretensiones cognitivas, sino también fines prácticos[135], parece claro que los sistemas cerrados y el conceptualismo no son alternativas que haya que tomar en serio. La relación estructural recíproca entre unas reglas y otras sobre la base de criterios de coherencia internos no implica necesariamente modelos deductivo-axiomáticos de la sistemática del delito.

En el momento actual parece oportuno hacer referencia a que solamente en la medida en que tal pensamiento prospere, es decir, en que el sistema estructurado continúe aproximándose a la praxis, puede evitarse la denominada "dogmática estéril"[136] que en los últimos tiempos preocupa con razón a la teoría y que podría conducir, en su caso, a la irrelevancia práctica del pensamiento sistemático.

Para que tal aproximación a la realidad pueda tener lugar de manera paulatina, considero especialmente importante corregir el método sistemático que se emplea normalmente, renunciando a conceptos estrictamente clasificatorios (conceptos de clase) o, por lo menos, a clasificaciones binarias[137]. Como RADBRUCH ya formulara en su época de manera irrefutable, allí donde la vida solamente ofrece un "más o menos", el concepto (clasificatorio) requiere una decisión: "o bien esto o bien lo otro"[138]. Esto es lo que, en la

---

[135] Una crítica profunda del distanciamiento de la sistemática del hecho punible respecto i la legislación y la jurisprudencia ha sido formulada por NAUCKE. "Über das Verhältnis 'on Strafrechtsvvissenschaft und Strafrechtspraxis" (1972), en *Gesetzliclikcit und (.riminalpolitik,* Frankfurt, 1999, pp. 58 y ss.

[136] Cfr. al respecto SCHÜNF.MANN, *GA* 1995, pp. 203, 221 y ss.; cfr. tambii n BURKHARD. Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik", en ESER, HASSEMER y Bi KKHARDT (eds.). ~>*ie deutsche Strafrechtswissenschaft,* pp. 111 y ss., 127, así como el comentario de MUÑOZ !'ONDE, pp. 199 y ss.

[137] Esto es, con base en los valores alternativos 0-1.

[138] RADBRUCH. "Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken", *Revue*

solución del caso, conduce a que se tienda frecuentemente a renunciar al planteamiento conceptual. Por esta razón, hay que abandonar el criterio estrictamente clasificatorio mediante "conceptos de orden"[139], aceptando que, en un objeto, una determinada propiedad puede constatarse en mayor o menor medida[140]". Este planteamiento, que en Derecho penal tiene su origen precisamente en la crítica de los neokantianos al anterior modelo binario de clasificación[141], también se puede descubrir en la idea fundamental de la llamada *fitzzy logic,* que en Derecho penal ha sido utilizada especialmente por LOTHAR PHILIPPS[142].

Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, xn, 1938, p. 46.

[139] Cfr. la interesantísima exposición de MYLONOPOULOS. *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht,* Frankfurt, 1998, passim, pp. 34, 52 y ss. Cfr. también PALIERO. "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit (Kommentar)", en ESER, HASSEMER y BURKHARDT (eds.). Die *deutsche Strafrechtswissenschaft,* pp. 75 y ss., 89 y ss., con ejemplos.

[140] En el marco de los "conceptos de orden", los más importantes son los tipológicos. Cfr. RADBRUCH, *Ruoji7.TR,* xii, 1938, p. 47: "los conceptos de clase separan, los conceptos tipológicos, unen". Sobre la construcción de un concepto tipológico de dolo, SCHÜNEMANN. "Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff", *Festschrift für H.J. Hirsch zum 70. Geburtstag,* Berlin, 1999, pp. 363 y ss., 372: un concepto tipológico "se forma a partir de varios elementos distintos, cada uno con una intensidad graduable de definición del elemento en cuestión, a cuyo efecto la menor definición de un elemento puede prácticamente compensarse con la definición más intensa de otro" (= "De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo", SACHER y SUAREZ [trads.], en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio,* Madrid, 2002, pp. 97 y ss.). Recientemente, DUTTGE. "Zum typologischen Denken im Strafrecht", *Jahrbuch flir Recht und Ethik,* 11 (2003), pp. 107,114 y ss.; sobre la relación de tal pensamiento con el concepto concreto-general de HECEL, pp. 118 y ss.

[141] Cfr. también GRÜNHUT. *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht,* 1926.

[142] Y esto no solamente en la teoría del delito. Así, se pueden constatar las primeras aplicaciones de la *"fuzzy logic"* en el ámbito del Derecho penal (por lo menos, en lo que alcanzo) en la cuestión de la distinción entre interpretación y analogía. Es interesante que en esta materia se habla de una subsunción "imprecisa", de modo que no es que las circunstancias tácticas deban ser o no ser subsumidas en los elementos del tipo, sino que solamente pueden ser más o menos subsumidas. Así, a este respecto, se podrían abarcar las diferentes posibilidades en una única tabla con los valores límite 0 y 1. Cfr. Pmurre. "Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic. Ein Versuch zur Bestimmung der Wartezeit nach Verkehrsunfällen, en Strafgerechtigkeit", *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag,*

Así, tras pares de conceptos como dolo/imprudencia[143], omisión propia/impropia[144], autoría/participación[145], etc., se esconde una realidad susceptible de valoraciones graduales que puede ser, según el caso, más o menos grave, sin que en ello quepa constatar cesuras radicales. Esto debería conducir a cuestionarse el principio binario, para, por lo menos, tener en cuenta métodos de clasificación más complejos cuyos límites fueran menos precisos y que desembocaran en una "apertura de los conceptos del sistema". Estos métodos de clasificación algo más complejos deberían destacar que en el sistema del delito no hay solamente una lógica binaria mediante la cual todo podría reconducirse a A o no-A, sino que, aunque no todo (un postulado fundamental de la teoría del "*fuzzy thinking*")[146], por lo menos no poco en la teoría del delito es una "cuestión de grado"[147]. Y resulta perfectamente posible pensar que todo esto conduzca a alguna forma de superación de la sistemática clasificatoria tradicional. En todo caso, me parece que solamente de esta manera cabe construir los puentes necesarios entre sistema (abstracto) y caso (concreto); sólo de este modo se pueden romper las fronteras tradicionales entre los conceptos (rígidos) del sistema del delito y los criterios (graduables) de una teoría de determinación de la pena concebida como pura aritmé-

---

Heidelberg, 1993, pp. 265 y ss. También PmLirre. "Eine Theorie der unscharfen Subsumtion. Die Subsumtionsschwelle im Lichte der Fuzzy Logic", *ARSP* 81 (1995), pp. 405 y ss.

[143] A este respecto, concretamente, cfr. PHILIPPS. "An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit - Ein Modell multikriteriellcr computergestützter Entscheidungen", FS *Roxin*, 2001, pp. 365 y ss.

[144] Cfr. SILVA SÁNCHEZ. "Dreiteilung der Unterlassungsdelikte", FS *Roxin*, 2001, pp. 641 y ;s. (= "Desarrollo de la propuesta de tripartición (gradualista) de los delitos de omisión", ;n *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2:' ed., Buenos Aires y Montevideo, 2003, pp. 467 / ss.).

[45] Un buen ejemplo de ello lo proporciona el desarrollo moderno de criterios cuantitativos de distinción entre autoría y participación.

[46] Cfr. KOSKO. *Fuzzy Tliinking. The New Science of Fuzzy Logic*, 1993.

[47] Así, la existencia de casos límite que se resisten a una estructuración binaría (0-1) no 'onstituye una objeción al sistema estructurado, sino que es simplemente la constatación le que la realidad no puede ser sometida a una clasificación binaria rígida.

tica o como política criminal judicial[148]; solamente por esta vía se puede dar cabida en el sistema del delito a la llamada "determinación de la pena" como la verdadera parte cuantitativa de tal sistema[14]".

Resumiendo: no sin razón, se puede hablar de un cierto "afán clasificatorio" en la sistemática tradicional del delito. Este afán se manifiesta, por una parte, en la importancia, todavía demasiado grande, de consideraciones nominalistas-ordenadoras y, por otra, en la dependencia demasiado intensa del pensamiento binario. Esto implica una positiva reducción de la complejidad, pero limita en gran medida la capacidad de rendimiento del sistema como instrumento para solucionar casos reales y, por ello, debe ser superado[151]'. Porque un sistema debe ser lo más sencillo posible, pero también todo lo complejo que sea necesario.

B. "Déficits de sistematización"

1. *Introducción*

En unos tiempos en los que, como se ha indicado, el pensamiento sistemático ya no parece disfrutar de tanto prestigio como hace algunos años, la objeción de que la teoría del delito es insuficientemente "sistemática" quizá pueda resultar algo sorprendente. Sin embargo, con la expresión "déficits de sistematización" debe hacerse referencia a que el actual sistema del delito es incompleto, pues no abarca la totalidad de las reglas que influyen en la

---

[148] RADBRUCH, *RITD/IZTR*, XII, 1938, p. 50.

[149] **La denominada determinación de la pena es, en realidad, la concreción del contenido de valor de las categorías del sistema del delito en el caso y es, por ello, parte del mismo sistema.**

[150] **Como pone de relieve DUTTCE. *jahrbuch fiir Rccht itnd Ethik,* 11 (2003), pp. 117, 122,125, se trata de no darse por satisfechos con un reino propio de sistemas abstractos y métodos (aparentemente) exactos, sino de abarcar y valorar de manera adecuada las manifestaciones singulares de la vida (el caso).**

responsabilidad del autor[131]. Esto se podría formular de otro modo: ciertamente, el sistema del delito está, hasta hoy, insuficientemente "abierto": no solamente (en primer lugar) debido a la apertura insuficiente en relación a grupos de casos problemáticos; no solamente (en segundo lugar) a causa de la apertura insuficiente respecto a delimitaciones conceptuales "desdibujadas"; sino también (en tercer lugar) debido a la apertura insuficiente en lo que se refiere a aquello que ocurre más allá del Rubicón de la culpabilidad. Y esto último no es otra cosa que la expresión clara de la incapacidad del sistema del 'delito para orientar de modo completo la actividad judicial dirigida a la imposición de una pena a un sujeto concreto[152].

Ahora bien, la orientación a la práctica y la creciente internacionalización, como piedras de toque del sistema del delito presente y futuro que son, también presuponen una progresiva superación de los límites entre Derecho penal material, Derecho penal procesal y principios constitucionales del Derecho penal, así como entre teoría de la imputación y teoría de la determinación de la pena[153]. Esto es una exigencia que, hace ya algunos años, diversos autores han percibido[154] y aceptado. A este respecto, hay que destacar la

---

[151] Para NEUMANN, en PRHTWITZ y MANOLEDAKIS (eds.). *Strafrechtsprobleme,* pp. 126 y s., la razón de ello radica en la concentración de la sistemática del delito de origen alemán en la explicación del hecho punible como lesión de una norma de conducta. Y, de hecho, ocurre que no pocas de las reglas de asignación de responsabilidad jurídico-penal que, no obstante, no guardan relación con la contrariedad a la norma de conducta, han quedado fuera del sistema.

[152] Cfr. NAUCKE, en *Cesetzlichkeit,* pp. 58 y ss., 86 y ss., quien se pronuncia a favor de una ampliación del contenido tradicional de la dogmática.

[153] Cfr. NEUMANN, en PRITTWITZ y MANOLEDAKIS (eds.), pp. 129 y s., según el cual es necesa-¡o un renacimiento del concepto de la ciencia integral del Derecho penal, que ya en FRANZ /ON Liszr se vinculó con la visión de una ciencia penal supranacional y universal.

[154] Cfr., por ejemplo, PERRON, FS *Lcnckner,* p. 243: "claro está que, frente a los méritos indisrutibles de la sistemática alemana del delito, hay algunas carencias que empañan de malera relevante el panorama general. Así, durante muchos años, la determinación de la)ena ha sido tratada con demasiado descuido"; y p. 244: la ciencia alemana del Derecho jenal "también" ha "ignorado hasta ahora de manera considerable la dimensión procesal

actividad científica de WOLTER en los últimos diez años[155]. En todo caso, el volumen sobre el particular, editado en 1996 por WOLTER y FREUND y publicado en lengua española en 2004, es un hito importante en el camino hacia tal "sistema integral del Derecho penal"[156].

2. *Fundamentos*

La sistemática del delito pretende conformar "teoría de la acción". Las distintas teorías de la acción contienen un sistema de reglas para la adscripción de sentido al hecho de un autor. Ahora bien, cada concreta adscripción de sentido al hecho proviene de una perspectiva muy determinada, porque a los hechos sociales no les corresponde *per se* un único sentido válido. En el sistema del delito, la adscripción de sentido acaba en la imputación de responsabilidad, esto es, en definitiva, en la imposición de una con-

---

del Derecho penal". Cfr. también NF.UMANN, en PRITTWITZ y MANOLEDAKIS (eds.), p. 130, quien propone "romper la frontera entre proceso penal dialógico y esquema monológico del delito, a favor de un modelo dialógico de delito".

[155] Cfr. ya WOLTER. "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem", en WOLTER (ed.), 740 *Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* Heidelberg, 1993, pp. 269 y ss.; ÍD. "Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem", en SCHÜNEMANN y FIGUEIREDO DIAS (eds.). *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin,* Köln, 1995, pp. 3 y ss.; (D. "Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahrenseinstellungen, Absehen und Mildern von Strafe - Strukturen eines ganzheitlichen Straftat-, Strafprozeß- und Strafzumessungssystems", en WOLTER y FREUND (eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechssystem,* Heidelberg, 1996, pp. 1 y ss.; ÍD. "Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional del Derecho penal", en SILVA SÁNCHEZ (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin,* Barcelona, 1997, pp. 101 y ss.; ÍD. "Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad", en LUZÓN PEÑA y MIR PUIG (eds.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito,* Madrid, 1999, pp. 1 y ss Cfr., por lo demás, siguiendo estas consideraciones en España, ASÜA BATARRITA. "Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López,* Granada, 2000, pp. 221 y ss.

[156] Cfr. supra nota 4. Una valoración sumamente positiva de la obra ya en NAUCKE, "Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht", *GA,* 1998, pp. 263 y ss.

secuencia jurídico-penal[157]. Precisamente por ello es difícil no aceptar que el sistema del delito también presenta una fuerte dimensión teleológica.

La constatación de que el contenido de la sistemática del delito es una adscripción teleológica de sentido a un hecho es ciertamente de gran importancia, pues el hecho histórico como tal ocurre en un momento determinado y no sufre ningún cambio adicional. Sin embargo, el hecho *punible* no existe en una realidad meramente físico-natural, sino sólo en virtud del juicio de quienes, a la vista de un hecho físico-natural determinado, llegan a la conclusión de que hay que adscribir a tal hecho un sentido jurídico-penal (concreto) y de que hay *que* imputar ese hecho a un sujeto individual. Así, puesto que el hecho punible como tal solamente tiene lugar en la comunicación interpersonal, no se sustrae a la mutabilidad que es inherente a ésta.

Mientras *que* el *hecho* es un fenómeno histórico, esto es, pertenece al pasado, su dimensión de sentido puede cambiar con el paso del tiempo. Mientras que el hecho como tal no experimenta *per definitionem* cambio alguno, su dimensión comunicativa -su carácter de hecho punible- puede estar perfectamente sujeta a modificaciones. Por ejemplo, debido a que la norma anteriormente lesionada ha sido derogada con posterioridad (retroactividad); o también porque posteriormente la fuerza comunicativa de la defraudación de la norma ha disminuido o ha desaparecido del todo (por ej.: *poena naturalis,* comportamiento del autor posterior al hecho, otros mecanismos de aseguramiento cognitivo de la validez de la norma); o, en fin, también, simplemente, debido al paso del tiempo (prescripción, entre otros supuestos). Esto significa que el sentido jurídico-penal de un hecho es dinámico: hay hechos *iespués* del hecho que influyen en su enjuiciamiento penal, de modo que la teoría del delito, como unidad de sentido que se

---

[157] HASSEMF.R, *FS Bemmnn,* 1997, pp. 175 y ss.

basa en un hecho enjuiciado como antijurídico y culpable, debería contener todos los demás elementos que tienen capacidad de influir en esta dimensión de sentido.

En especial, si se toma en serio la dimensión del delito como comunicación que defrauda la norma, debe admitirse inevitablemente que esa parte comunicativa sigue viva en el transcurso del proceso penal, en el cual el contenido de la norma de sanción se hace realidad y se da comienzo a la estabilización de la norma. Y -de la misma forma- si es cierto que solamente la pena o uno de sus equivalentes funcionales corrigen la comunicación equivocada expresada mediante el delito, también parece adecuada la consideración de que el proceso penal (e incluso el proceso de ejecución de la pena) estarían guiados por una comunicación jurídico-penal todavía existente, con lo cual serían parte del sistema integral del delito.

3. *El sistema integral del delito*

Es cierto, desde luego, que el sistema tradicional del delito no ha integrado tales elementos, sino que ha tendido a atrincherarse en el fuerte del *injusto y la culpabilidad.* Sin embargo, esto ha conducido claramente a que la sistemática tradicional no haya estado en condiciones de ofrecer al juez un instrumental sistemático que le pudiera guiar hasta la misma imposición de la pena. Hasta hoy, no se ha reaccionado siempre del mismo modo frente a esta realidad innegable. Para algunos autores, esto es una prueba más de la imposibilidad de una sistemática del delito referida a la práctica[158]. En cambio, otros entienden que la constatación de la insuficiencia de la sistematización lograda mediante la dogmática tradicional del delito debería conducir a nuevos esfuerzos para ampliar el sistema e integrar en él la totalidad de los presupues-

[158] Cfr. NAUCKE, *GA,* 1998, p. 264.

tos relevantes para la imposición y cuantificación de la pena[159]. La aspiración de conseguir tal sistema integral, completo, del delito[160] encierra, evidentemente, riesgos para la subsistencia del sistema como unidad. Sin embargo, se plantea la cuestión de si una sistemática del delito con pretensiones prácticas puede permitirse ignorar, en la determinación de la responsabilidad penal, la creciente influencia de instituciones que están más allá del *injusto y la culpabilidad.* De este modo, es posible que el punto clave del sistema del delito se desplace de la idea rectora del "merecimiento de pena" hacia el pensamiento, menos claro, de la "necesidad de pena"[161].

Partiendo de la premisa de que solamente la norma de sanción, y no la norma de conducta, tiene realmente carácter jurídico-penal, se sostiene incluso la irrelevancia práctica de la idea del merecimiento de pena[162]. Según este planteamiento, todos los criterios decisivos para la aplicación o no aplicación de una norma de sanción serían equivalentes funcionales: por ejemplo, no habría diferencia alguna entre las instituciones jurídico-penales materiales y las procesales penales que conducen a tal consecuen-

---

[159] A este respecto, es interesante la comparación que NAUCKE, *GA,* 1998, p. 271, nota 19, propone entre las propuestas del libro de SCHÜNEMANN (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystcms,* 1984, y las del libro de WOI.TER y FREUND (eds.). *Slraflnt, Strafzumessttng itnd Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem,* 1996. El uno, en la medida en que el sistema no sobrepasa la frontera de la culpabilidad; el otro, que ya investiga ámbitos que están más allá de esta frontera.

[160] Como destaca NAUCKE, *GA,* 1998, p. 265, la expresión *"sistema integral del Derecho penal"* no tiene nada que ver con la *"ciencia integral del Derecho penal"* de VON LISZT, pese a su proximidad gramatical con esta última, sino que se refiere más bien a la pretensión de *Feuerlmch* de conducir todo el Derecho positivo a una idea rectora.

[161] Este es uno de los puntos que NAUCKE critica, en el marco de una valoración del libro editado por WOI.TER y FREUND que, por lo demás, es extraordinariamente positiva: cfr. NAUCKE, *GA,* 1998, pp. 265, 271, cuando se refiere a que, aun cuando el texto» s de un valor incalculable para la perspectiva de una *"dogmática exegética" [Nachzeichnii igsdogmatik],* se puede efectuar una valoración diferente de las diversas contribuciones desde el concreto punto de vista de una *"dogmática de delimitación" \Begrenzungsdogmatik].*

[162] Así FREUND. "Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem", en WOLIER y FREUND (cd.). *Straftat,* pp. 43 y ss.

cia. Aún más: tampoco habría una diferencia sustancial entre todas las anteriores y, por ejemplo, la decisión relativa a la prisión preventiva, que no sería una medida de aseguramiento del proceso, sino la aplicación necesaria de una norma de sanción por un delito "posiblemente" cometido, porque el "posible" delito, aun cuando no haya sido probado todavía, de todos modos tiene carácter desestabilizante[163].

Planteamientos como la equivalencia funcional de instituciones jurídico-materiales y jurídico-procesales o la interpretación de la prisión provisional como sanción provisional (mecanismo de estabilización) de (una defraudación de la norma debida a) un "presunto" delito, son, seguro, en sí atractivos. Sin embargo, hay que indicar que bajo el predominio del pensamiento de la necesidad de pena se cae en el peligro de disolver las categorías de la sistemática del delito. Dicho con otras palabras: es cierto, con seguridad, que entonces el sistema "integral" del delito debería colocar en el primer plano la idea de "necesidad de pena", como denominador común de todas sus instituciones. Sin embargo, también parece evidente que no es lo mismo que una sanción no se imponga debido a la falta de necesidad de pena y que el hecho no sea siquiera merecedor de tal sanción, esto es, que no se haya hecho acreedor a ella.

En este sentido, parece adecuado el distanciamiento de WOLTER[164] respecto al "*pensamiento instrumental omnicomprensivo*" de FREUND. Ello, en el planteamiento de WOLTER, no significa que la sistematización tenga que limitarse al injusto y la culpabilidad. Muy al contrario, WOLTER piensa en un sistema del delito en el que la incorporación de nuevos ámbitos problemáticos al sistema no con-

---

163 FREUND, en WOLTER y FREUND (eds.). *Straftat,* pp. 48 y ss., 55 y ss.

164 WOLTER. "Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlussgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe. Strukturen eines ganzheitlichen Straftat-, Strafprozess- und Strafzumessungssystems", en WOLTER y FREUND (eds.). *Straftat,* pp. 1 y ss., 39 y ss.

duzca a la disolución del concepto material de delito. Este último es el núcleo indisoluble del sistema del delito. Y lo que sea delito en sentido material debe determinarse con base en criterios de justicia: delito significa "hecho merecedor de pena". Lo que no puede ser considerado delito en sentido material, no debe ser perseguido ni sancionado por razones de necesidad u oportunidad[165].

IV. CONCLUSIONES

El sistema del delito de origen alemán sigue siendo, incluso más que nunca, el mejor código lingüístico para la imputación jurídico-penal. Sin embargo, es importante que se abra, atendiendo a la parte cuantitativa del delito, esto es, que supere la rígida binariedad de las categorías y, además, integre el subsistema de las reglas de determinación de la pena.

El sistema del hecho punible debería abarcar la totalidad de los presupuestos de la aplicación de la norma de sanción (que, en todo caso, tiene lugar en el proceso penal y que está sometida al Derecho constitucional[166]). Sin embargo, con ello no se debe negar que hay un núcleo del delito que solamente incluye la lesión personal de una norma jurídico-penal de conducta (esto es, el hecho antijurídico y culpable). Por ello, continúa siendo correcto interesarse por el (núcleo del) concepto ético-material de delito y sus presupuestos.

---

[165] FRISCH. "Straftat und Straftatsystem", en WOLTER y FREUND (eds.). *Straftat,* pp. 135 y ss.; ID. "An den Grenzen des Strafrechts, en Beiträge zur Strafrechtswissenschaft", *Festschrift für W. Stree Unit). Wessels zum 70. Geburtstag,* Heidelberg, 1993, pp. 69 y ss. Una crítica político-criminal de este planteamiento en KUHLEN. "Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?", en WOLTER y FREUND (eds.). *Straftat,* pp. 77 y ss. Cfr. también Kui II EN, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit (Kommentar)", en ESER, HASSEMER y BURKHARDT (eds.). *Die deutsche Strafrd utswissenschaft,* pp. 57 y ss.

[166] La posición relativa del Derecho penal en el ámbito del conjunto del ordenamiento jurídico (y las colisiones que con ello se producen) ejerce una influencia indudable en la aplicación de la norma penal de sanción.

DE NUESTRA SERIE

23. *Acción y omisión cu derecho pemil*
Günther Jakobs, trad. Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera, 2000, 44 p.
24. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*
Günther Jakobs, trad. Teresa Manso Porto, 2000, 44 p.
25. *El reconocimiento de beligerancia frente al conflicto armado colombiano*
Alejandro Ramelli Arteaga, 2000, 35 p.
26. *El delito de comisión por omisión en el intern Código Penal colombiano*
Jorge Fernando Perdomo Torres, 2001, 52 p.
27. *Injusto i/ culpabilidad en derecho penal*
Heiko Hartmut Lesch, trad. Ramón Ragúes, 2001, 40 p.
28. *La estafa como autoría mediata tipificada*
Urs Kindhäuser, trad. Jorge Fernando Perdomo Torres, 2002, 40 p.
29. *Cuestiones fundamentales de la coauton'a*
Urs Kindhäuser, trad. Manuel Cancio Meliá, 2002, 48 p.
30. *Una aproximación a los límites de la legítima defensa*
Ángela de la Torre Benítez, 2004, 52 p.
31. *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del derecho penal*
Miguel Polaino Navarrete, 2004, 48 p.
32. *El injusto de la tentatwa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado*
Miguel Polaino Navarrete, 2004, 40 p.
33. *La aceptación por el abogado defensor de honorarios "maculados": ¿lavado de dinero?*
Kai Ambos, trad. Diño Carlos Caro Coria, 2004, 56 p.
34. *La posesión como hecho punible*
Friedrich-Christian Schroeder, trad. Miguel Polaino-Orts, 2004, 32 p.
35. *La imputación ordinaria i/ extraordinaria en Pufcndorf*
Joachim Hrushka, trad. Nuria Pastor Muñoz, 2006, 60 p.
36. *Concepto social de acción e imputación objetiva*
Isabel Voßgätter Gennant Niermann, trad. Nuria Pastor Muñoz y Ramón Ragúes i Valles, 2006, 48 p.
37. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*
Eduardo Montealegre Lynett y Jorge F. Perdomo Torres, 2006, 84 p.
38. *¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de los bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho—*
Bernd Schünemann, trad. Ángela de la Torre Benítez, 2007, 76 p.
39. *La lucha antitenvristra tras el 3] de septiembre de 2001*
Kai Ambos, trad. Ana María Garrocho Salcedo, 2007, 76 p.