

RETOS CIENTÍFICOS Y RETOS POLÍTICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL*

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

1. Introducción

La ciencia del Derecho penal contemporánea tiene ante sí, como es sabido, 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.

* Texto de la ponencia defendida en el seminario «Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt», celebrado en la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo), los días 13 al 15 de abril de 2000.

2. Dogmática y Política criminal en la era de la internacionalización

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 Derecho positivo dado y, por tanto, no es una disciplina «nacional»¹. 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 otro².

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»³ en el espacio y en el tiempo: las estructuras lógico-objetivas, muy especialmente, o también las estructuras de imputación⁴. 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 cuasi-lógico o, en todo caso, valorativamente neutro; frente a tales aspectos no cabe oponer «excepciones culturales». Pero también 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 con-

¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal», en SCHÜNEMANN y FIGUEIREDO DIAS (coords.) y SILVA SÁNCHEZ (ed. esp.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro-Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1995, pp. 11 y ss., con referencias; EL MISMO, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid 1999, pp. 75 y ss. Por su parte, BACIGALUPO, *La ciencia europea del Derecho penal*, *Revista de Ciencias penales*, vol. 2, n. 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.

² Cfr. la referencia de Hruschka a Pascal en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 108, nota 318.

³ WELZEL, «Vom Bleibendem und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft» (1964), en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York 1975, pp. 345 y ss.

⁴ Sobre estas últimas, HRUSCHKA, *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?* JZ 1985, pp. 1 y ss., entre otras obras del mismo autor.

tenido⁵, de las que es imposible excluir la valoración o, en todo caso, su vinculación a una determinada forma de ver el mundo⁶.

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 fortuna⁷, 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 *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

⁵ Sobre la absoluta necesidad de proceder a ello para asistir a los órganos de decisión jurídica, cfr. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires 1980, p. 14.

⁶ Cfr. SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en SCHÜNEMANN (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), 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.

⁷ Cfr. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal* (trad. Muñoz Conde), 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; EL MISMO, «Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal», *Revista penal* 5, enero 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.

representación, se asocian a la *vigencia objetiva de derechos humanos fundamentales*; aunque no puede negarse que en ciertos ámbitos se contempla tal pretensión como manifestación de imperialismo cultural o eurocentrismo⁸. La discusión sobre la uniformización de la dogmática, por tanto, sólo se plantea seriamente entre países —los occidentales, más aún, 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»⁹; 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 persona¹⁰.

⁸ Sobre el carácter universal y no «cultural europeo» de los derechos humanos fundamentales, HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles 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.

⁹ La pregunta puede reformularse del modo gráfico en que la expresa HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, p. 7: «Gibt es ein Strafrecht, gleichermabem gültig für Schwarze und Weiße, für Juden, Christen, Moslems und Buddhisten, für Börsenmakler und Reisbauern, für DDR-Grenzsoldaten samt ihren Vorgesetzten, für serbische Militärs und afghanische Mudjahedin?» (¿Existe un Derecho penal válido por igual para blancos y negros, judíos, cristianos, musulmanes y budistas, para agentes de bolsa y cultivadores de arroz, para guardias fronterizos de la República Democrática alemana y sus superiores, militares serbios y mujaidines afganos?).

¹⁰ Cfr. en idéntico sentido HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, p. 107: «Nicht schlechthin, aber soweit sich die strafrechtlichen Delikte mit allgemeinem menschlichen, des näheren mit menschenrechtlichen Argumenten begründen lassen —und dies trifft auf viele Delikte generell zu, auf die in liberalen Strafrechtsordnungen noch

Ello, por mucho que, en lo restante —que es la casi totalidad 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 persona¹¹. 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.

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: así, por ejemplo, entre países

besonders—, ist eine kulturübergreifende Strafbefugnis, ein interkulturelles Strafrecht, zweifelsohne gegeben». También, RÖSSNER, «Kriminalrecht als unverzichtbare Kontrollinstitution, Comentar», en HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht*, pp. 121 y ss., 125, 137. En cambio, sustancialmente más relativista y pesimista, HASSEMER, «Interkulturelles Strafrecht», en *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag*, Berlin/Heidelberg 1998, pp. 101 y ss., 102, 103, 105, 116; EL MISMO, «Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts», en HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, 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 *Rechtstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt 1988, pp. 183 y ss. Hassemer pone claramente de relieve que la idea de «indisponibilidad» es propia 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 nur die Erwartung von dessen überzeitlicher und überkultureller Geltung» (no ha desaparecido la idea de un Derecho suprapositivo, sino sólo la esperanza de su vigencia supratemporal y supracultural).

¹¹ 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.

como España, Francia, Italia o Alemania¹². 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 law*».

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 parecidas¹³. Pero no me parece que esto sea lo esencial. Una discusión orientada a la uniformización que sólo tuviera en cuenta las similitudes entre la *recklessness* y el dolo eventual, entre las causas de exculpación y las *excuses* o entre la tentativa y la figura del *attempt* habría fracasado antes de empezar.

Así, al menos deben efectuarse tres consideraciones: 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,

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—¹⁴. Ello quiere significar que, desde luego, en el ámbito an-

¹² Es en éstos, y en otros como Austria, en los que se centra BACIGALUPO, *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».

¹³ 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), *ADPCP* 1994, fascículo II, pp. 81 y ss.

¹⁴ Cfr. una contraposición de los dos modos de razonamiento: el que denomina «flat», basado en la razonabilidad, y el denominado «structured», en el trabajo clásico

glosajón, la elaboración doctrinal del Derecho penal no es, desde luego, tópica; pero tampoco es sistemático-estructural. Como señala Nino 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»¹⁵.

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 nuevo¹⁶ 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 una teoría sistemático-estructural arroja resultados superiores a los que se puedan obtener con enfoques menos sistemáticos o, directamente, asistemáticos¹⁷. 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 teoría¹⁸.

de FLETCHER, «The Right and the Reasonable», reproducido en ESER, y FLETCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, I, Freiburg 1987, pp. 67 y ss., 70 y ss. (existe traducción al español: FLETCHER, *El derecho y lo razonable. Ensayos de Derecho penal* —trad. Donna y Barbero—, 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.

¹⁵ NINO, *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».

¹⁶ El primer replanteamiento del sentido del pensamiento sistemático en Derecho penal es debido, como se sabe, a ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. Muñoz Conde), Barcelona 1972, y obras sucesivas, propugnándose el mantenimiento del sistema clásico, si bien abriéndolo a las finalidades de la Política criminal.

¹⁷ Cfr. SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en SCHÜNEMANN (ed.), *El sistema moderno*, pp. 31 y ss.

¹⁸ Cfr. FLETCHER, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, p. 75: «Desde luego, la adición sin fin de modificadores (*scil.* 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».

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 estructurado¹⁹. 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 casos²⁰. 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 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 cognitivas²¹, sino también pretensiones prácticas, parece claro, de entrada, que no puede optar por sistemas cerrados axiomáticos, ni tampoco por enfoques conceptualistas²². La interrelación estructural de unas reglas con otras²³ sobre la base de criterios de

¹⁹ Cfr. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (trad. Cancio Meliá), 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».

²⁰ SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, 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 de cadí sin verdadero fundamento científico-jurídico».

²¹ 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.

²² El conceptualismo de los sistemas más clásicos de la teoría del delito continental es la base para la crítica que, de los mismos, efectúa NINO, *Los límites*, pp. 64 y ss.

²³ 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 Entschuldigung*.

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 aproximándose a la práctica, podrá evitarse la tacha de la «*folgenreiche Dogmatik*», que últimamente preocupa, y con razón, a la doctrina²⁴ y que podría conducir a la efectiva irrelevancia del razonamiento sistemático.

A fin de que tal aproximación a la realidad pueda tener lugar de modo progresivo, considero particularmente necesario corregir en algunos puntos el método sistemático al uso, prescindiendo, por ejemplo, de basarlo en conceptos rígidamente clasificatorios. Como señalara en su día *Radbruch* de modo incontestable: «Allí donde la vida sólo muestra un “más o menos”, el concepto exige una decisión: “o esto o lo otro”»²⁵. Es eso lo que determina que, en la solución del caso, de modo no infrecuente se tienda a abandonar el concepto. Esta propuesta, que tiene precisamente su origen en Derecho penal en la crítica de los neokantianos al modelo básicamente clasificatorio preexistente²⁶, entronca con algunas de las corrientes de pensamiento más dinámicas en nuestros días.

Reorientado en estos términos, en los ya apuntados por *Roxin* y sus discípulos, y en los que más adelante se comenta, el sistema estructurado del delito puede estar en condiciones de afrontar alguna de las críticas tradicionalmente vertidas contra él. Por ejemplo, la existencia de *casos límite*²⁷ que se resisten a una estructuración binaria (0-1) no constituye una objeción contra el sistema estructurado, sino sencillamente la constatación de que la realidad no puede ser sometida a una clasifi-

Rechtsvergleichende Perspektiven, II, 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.

²⁴ SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, pp. 48 y ss.; cfr. también MUÑOZ CONDE, *Revista penal* n. 5, pp. 46 y ss.

²⁵ RADBRUCH, «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», en *Revue Internationale de la Théorie du Droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, XII, 1938, pp. 46 y ss., 46.

²⁶ Además de la cita de Radbruch, cfr. GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926.

²⁷ A la que alude FLETCHER, *Criminal Theory*, p. 1615.

cación rígida. De desarrollarse así las cosas, junto con las que se indican más adelante, la teoría del delito de origen alemán podría seguir constituyendo, a mi entender, el fundamento de la gramática occidental del Derecho penal.

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 práctica²⁸ 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. Este es el reto que, desde hace ya algunos años, han asumido algunos autores, de entre los cuales quiero destacar aquí a *Wolter*²⁹.

²⁸ Cfr. NAUCKE, en *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, pp. 58 y ss., 86 y ss., abogando por la ampliación del objeto tradicional de la dogmática.

²⁹ Cfr. ya WOLTER, «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho penal» (trad. Baldó Lavilla), en SCHÜNEMANN y FIGUEIREDO DIAS (coords.), y SILVA SÁNCHEZ (edic. esp.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1995, pp. 37 y ss., 69 y ss. Asimismo, WOLTER, «Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad» (trad. Paredes Castañón) —1995—, en LUZÓN PEÑA, y MIR PUIG (edit.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid 1999, pp. 1 y ss; en fin, WOLTER, «Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlussgründen, Verfahreneinstellungen, Absehen und Mildern von Strafe —Strukturen eines ganzheitlichen Straftat, Strafprozess— und Strafzumessungssystems», en WOLTER, y FREUND (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg 1996, pp. 1 y ss. Cfr., por lo demás, siguiendo estas consideraciones en España, ASÚA 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 Torío López, Granada 2000, pp. 221 y ss.

Este «sistema global del Derecho penal», caracterizado en buena medida —aunque desde luego no sólo— por la elaboración e integración de las instituciones que se hallan tras la culpabilidad, pretende conseguir una mayor vinculación con la práctica, así como con las nuevas figuras del Derecho positivo³⁰. En este sentido se encuentra, en mi opinión, en mejores condiciones de afrontar algunas de las críticas que, desde el lado anglosajón, se le podían dirigir al enfoque abstracto-conceptualista de la dogmática del «delito» en sentido clásico.

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 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 anglosajón³¹, 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 condu-

³⁰ Cfr. la valoración altamente positiva que efectúa NAUCKE, *Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht*, GA 1998, pp. 263 y ss., en su recensión del libro editado por Wolter y Freund.

³¹ Que ha tenido mucho que ver con su elaboración: NINO, *Los límites*, p. 102.

ce 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 *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 ámbito³².

3. 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.

³² Creo que es ésta una conclusión próxima a la que alcanza NAUCKE, en *Gesetzlichkeit*, pp. 94-95: «Die Strafrechtswissenschaft sollte sich in großem Umfange auf das Vergängliche, auf die Wertung im zeitbedingten Konflikt, auf das aus ihnen Sicht Zufällige und Willkürliche einlassen», aunque parece que él entiende que ello no será posible hacerlo de modo dogmático (pp. 86 y ss.).

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» (*Verbrechensbekämpfung*), que preside la evolución de la legislación y de la aplicación judicial del Derecho penal en los diversos países, suscita, en efecto, reacciones contrapuestas. Para un sector, detrás de la evolución del Derecho penal no se hallaría ninguna teoría de la política criminal ni ninguna dogmática; ninguna racionalidad defendible. Tan sólo una política populista, orientada a la obtención y el mantenimiento del poder, así como a otras intenciones pragmáticas a corto plazo. Es en este sentido en el que se ha afirmado que una de las características de la referida evolución es la «tendencia a quitarle significación a la ciencia en la política y práctica del Derecho penal»³³.

Con ello, en efecto, parece querer indicarse que la política práctica del Derecho penal³⁴ responde exclusivamente a consideraciones 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— (*aufgeklärte 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 baremos racionales las condiciones reales de aplicación del Derecho penal y sus consecuencias. Sería «científica» en toda la extensión de la palabra³⁵. La segunda,

³³ HASSEMER, «La ciencia jurídico-penal en la República Federal alemana» (trad. Hormazábal), *ADPCP* 1993, pp. 35 y ss., 68.

³⁴ Para Hassemer existen no sólo la política criminal teórica y la praxis de la política criminal, sino también una teoría de nivel medio, cuya misión sería analizar y valorar los cambios del Derecho penal desde un punto de vista histórico y político. Ésta podría calificarse como teoría de la reforma del Derecho penal, correspondiéndole la denominación de teoría de la Política criminal históricamente relativizada o bien, teoría de la política del Derecho penal (*Theorie der Strafrechtspolitik*). Cfr. HASSEMER, en EL MISMO (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, Frankfurt 1987, p. 10.

³⁵ Debe subrayarse, con todo, que, como señala MIR PUIG «...la Política criminal puede adoptar diversas orientaciones. La opción por una u otra política criminal no

en cambio, se habría liberado de tales cadenas para iniciar una cruzada contra el mal (*Kampf gegen das Böse*)³⁶. 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 poder³⁷, para lo que se trataría incluso de provocar el incremento de los miedos sociales ante la criminalidad y los delincuentes³⁸.

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, supuestas derivaciones valorativas jurídico-penales de ciertos resultados obtenidos por las ciencias empíricas del comportamiento individual, no es, sin embargo, el único científicamente posible. Es sabido que, desde otras perspectivas, se parte, por el contrario, de una presunción de legitimidad de la praxis político-criminal legislativa y aplicativa en términos de funcionalidad; ello, aunque se esté dispuesto a admitir la existencia de regulaciones disfuncionales.

Así, en la concepción de *Jakobs* a la dogmática le corresponde básicamente la tarea de sistematización de las reglas de imputación existentes en un determinado ordenamiento practicado, sin pretensiones político-criminales trascendentes³⁹. De manera que, desde su perspec-

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 PUIG, «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.

³⁶ Cfr. NESTLER, «Einleitung», en LÜDERSSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band V: Lernprozesse im Vergleich der Kulturen, Baden-Baden 1998, p. 11.

³⁷ NESTLER, *Ibidem*: «... diese Kriminalpolitik verfolgt mit dem Strafrecht keine materialen Ziele, sondern sie produziert und beutet die Furcht und den Abscheu vor den Aubenseitern der Gesellschaft aus, um politische Unterstützung zu produzieren. Kriminalpolitik wird zum Mittel der Demonstration der moralischen Gesundheit der Gesellschaft, dient nur noch einer Legitimation der politischen Herrschaft mit Blick auf die nächsten Wahlen, die auf dem Rücken der Aubenseiter mit drakonischen Strafen hergestellt wird». 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 (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band V: Lernprozesse im Vergleich der Kulturen, Baden-Baden 1998, pp. 31 y ss., 34, 37.

³⁸ VON HIRSCH, en LÜDERSSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, V, p. 34.

³⁹ Cfr. sobre este extremo SUÁREZ GONZÁLEZ, y CANCIO MELIÁ, «Estudio preliminar», pp. 79-80, en JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Madrid 1996.

tiva, la nueva legislación intervencionista y la jurisprudencia que la acompaña constituirían, ante todo, un reto científico. Pues se trataría de descubrir las reglas de atribución de responsabilidad subyacentes al modelo que se genera y sistematizarlas⁴⁰.

Para algunos, ello es una «capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia»⁴¹. Y, en efecto, un planteamiento así corresponde a una valoración divergente acerca de las posibilidades políticas de la dogmática y, en consecuencia, acerca del papel de la dogmática en los procesos de cambio jurídico y político.

A este respecto, *Jakobs* entiende que «si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos 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 impo-

⁴⁰ Cfr. JAKOBS, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart* (mecanografiado inédito), 1999, p. 1: «vielmehr muß die Wissenschaft das Selbstverständnis der Gesellschaft mit dem Bemühen zur Kenntnis nehmen, es zu verstehen»; además, pp. 9 y ss. en relación con los comportamientos masivos (*Massenverhalten*), así como con los supuestos de adición de daños (*Schadenssummierung*). Dado que éstos, según la dogmática clásica, son casos de autoría accesoria y esa solución no parece adecuada al fenómeno, se trataría de elaborar una dogmática de la sociedad de masas (*Massenhaftes Verhalten und Zurechnung*): «... es geht nicht an, weiterhin von den spezifischen Problemen einer Massengesellschaft die Augen zu verschieben und so zu tun, als seien die einzelnen nur einzelne und nicht Teile einer Masse» [Existe versión española —La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, (trad. Manso Porto)—, publicada en Consejo General del Poder Judicial/Xunta de Galicia, Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999, Estudios de Derecho judicial 20, pp. 121 y ss.; aquí se ha optado por citar el mecanografiado original alemán].

Especialmente interesante es el inicio de la teorización de un «Derecho penal del enemigo» (pp. 15 y ss.), en el que los elementos de seguridad cognitiva tendrían —a diferencia de lo que sucede en el llamado Derecho penal de ciudadanos— un papel central. La noción de «Derecho penal del enemigo» ya aparece en JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, pp. 293 y ss., 298, 322 y ss.

⁴¹ SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, p. 14.

tente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores»⁴².

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.

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 plasmarse en un único modelo⁴³. 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 Derecho penal, incluso la dogmática funcional del Derecho penal, tendría posibilidades distintas de elaborar una determinada institución. De modo que cabría que la dogmática incorporara perfectamente diversas racionalidades «no disfuncionales» que se tradujeran en propuestas distintas de solución de un determinado problema.

Por lo demás, existe también aquí una diversa actitud ante la Política criminal. Para *Jakobs*, una determinada praxis político-criminal sólo puede criticarse si es abiertamente disfuncional, es decir si pretende ocuparse de la estabilización de normas que no pertenecen al núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad o si no resulta ap-

⁴² JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Cancio/Feijóo), Madrid 1996, pp. 40-41.

⁴³ Por ejemplo, es evidente que, incluso en el marco de la legislación vigente sobre drogas o terrorismo, cabe construir reglas de imputación sustancialmente distintas, en función de que se parta de su excepcionalidad o se trate de reconducirla al modelo común de atribución de responsabilidad.

ta para la estabilización de las normas que realmente sí pertenecen al referido núcleo.

Ahora bien, la determinación de lo que pertenece al núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad no es evidente⁴⁴: aquí cabe, pues, incluso dentro del funcionalismo, un debate jurídico-político, no en último lugar porque la identidad 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 no⁴⁵. 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 de-

⁴⁴ Por cierto que la falta de un estudio profundo sobre los elementos de la identidad normativa de la sociedad y, en concreto, de lo que es nuclear en la misma y lo que no lo es, me parece un importante déficit que, hasta la fecha, sigue lastrando la teoría del Derecho penal de Jakobs.

⁴⁵ Así, por ejemplo, la supuesta configuración de un Derecho penal de enemigos, sobre cuya adecuación funcional Jakobs apenas indica nada, salvo en lo relativo al enemigo interno o corruptor (que ataca a la seguridad de las valoraciones): JAKOBS, *Die Strafrechtswissenschaft*, p. 17.

sarrollando al margen del Derecho penal nuclear es muchas veces poco satisfactoria, faltándole al legislador asesoramiento de política legislativa y de dogmática jurídico-penal⁴⁶. 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 ámbito⁴⁷. Ello, olvidando, a mi juicio, que la teoría de la interpretación y las reglas de imputación son, como antes se ha indicado, el vehículo a través del cual el programa del legislador incide realmente en la esfera de libertad de los ciudadanos. En el caso de los otros, el escepticismo incide sobre la posibilidad —la necesidad— 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 de la relación entre las esferas jurídicas de los ciudadanos y eso, aunque pueda venir determinado en parte por la cristalización de una cierta tradición histórica, implica necesariamente introducir criterios —opciones— de valor.

Algunas razones de ese escepticismo pueden provenir de la vinculación de la ciencia del Derecho penal con la filosofía. En efecto, los dos planteamientos reseñados responden, en la base, a concepciones filosóficas (o de teoría de la sociedad) globales y, como 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*.

⁴⁶ Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute* (mecanografiado inédito), 1999, p. 25.

⁴⁷ ROXIN, *Kriminalpolitik* (mecanografiado inédito), p. 27, habla concretamente de que aquí se da una «*unterschiedliche Einschätzung der Leistungsfähigkeit unserer Strafrechtsdogmatik*».

Idealismo⁴⁸ y funcionalismo⁴⁹, 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 misma⁵⁰. Científico, porque la teorización de las referidas tendencias y su reconducción, 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.

⁴⁸ Con significativas vinculaciones con la filosofía kantiana.

⁴⁹ Que en su concreción jurídico-penal ha ido entroncando de modo cada vez más patente con la filosofía de Hegel.

⁵⁰ Cfr., por ejemplo, la aproximación de ARROYO ZAPATERO, «Derecho penal económico y Constitución», en *Revista Penal* n. 1, julio 1997, pp. 1 y ss.