



Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal

En España, desde la traducción del Tratado de Edmundo Mezger en 1935 por José Arturo Rodríguez Muñoz, la Dogmática jurídico-penal, es decir, la interpretación y sistematización del Derecho penal vigente conforme a unos criterios en parte basados en el Derecho positivo, en parte con miras trascendentes y fundamentos filosóficos más allá del propio Derecho penal positivo, ha ido creciendo en importancia hasta el punto de que hoy prácticamente no hay un penalista o profesor de Derecho penal que no explique esta materia conforme a dicho método, más o menos actualizado de acuerdo con las modificaciones que esa Dogmática de origen fundamentalmente alemán ha tenido en estos últimos cincuenta años. Sin embargo, esta visión puramente dogmática de la problemática del Derecho penal está hoy en franca crisis en la propia Alemania, donde son ya muchos los penalistas que cuestionan la importancia y valor excesivo que se le ha dado a la Dogmática del Derecho penal en estos últimos años, en detrimento de otras cuestiones quizás más importantes y con consecuencias prácticas inmediatas, como son los problemas de la eficacia y de las clases de penas, de las alternativas a la misma, de las cuestiones de descriminalización y criminalización como centro de gravedad de la Política criminal, etc.

Entre los Proyectos de Investigación que actualmente estoy llevando a cabo, me ocupo especialmente ahora, en colaboración con el colega Winfried Hassemer, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Frankfurt am Main y Magistrado del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, del problema del valor y consecuencias que tiene la Dogmática jurídico-penal. Precisamente en la primera semana de octubre de 1999 intervendré como ponente en un coloquio sobre la «Ciencia alemana del Derecho penal a finales del milenio», que se celebrará en Berlín, en el que, juntamente con el Profesor Wolfgang Frisch, de la Universidad de Freiburg, desarrollaré este tema en mi comentario a la ponencia presentada por el Profesor Bjoern Burkhardt de la Uni-

versidad de Mannheim «Dogmática jurídico-penal afortunada y sin consecuencias». Seguidamente paso a exponer la versión española de mi ponencia en el congreso de Berlín, advirtiendo que se trata sólo de un esquema de un Proyecto de Investigación que sobre el «Presente y Futuro de la Dogmática jurídico-penal» pienso realizar en los próximos años. Con ello sigo la línea que he mantenido en otras ocasiones similares, cuando opté a la cátedra en 1974 (véase al respecto mi *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, que presenté como Memoria a la oposición en la que obtuve la plaza), después, en el concurso de méritos a la cátedra de la Universidad de Sevilla en 1986 (véase al respecto *D. Luis Jiménez de Asúa y la moderna tendencia del Derecho penal*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1986; y *Bases teóricas para un proyecto docente e investigador en Derecho penal: Panorama actual de la Ciencia del Derecho penal*, en *Problemas actuales de la Justicia*, homenaje al Profesor Gutiérrez-Alviz y Armario, Valencia, 1988, pp. 659 y ss.), de describir el panorama de la Ciencia de Derecho penal en el momento en el que se realiza este tipo de obras para optar a un concurso, como hago ahora para optar al Concurso de Méritos convocado para cubrir la cátedra de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

La cuestión se plantea en los siguientes términos:

¿Puede una Dogmática jurídico-penal «sin consecuencias» ser calificada de «afortunada», o debe ser considerada siempre como una Dogmática «fracasada»? A esta pregunta sólo se puede responder a partir de las expectativas que se dirijan a la Dogmática jurídico-penal. Veamos cuáles son éstas:

1. La Dogmática jurídico-penal como «gramática internacional»

Si se considera que la misión de la Dogmática jurídico-penal es la creación de una «gramática

internacional»¹ de la imputación penal no cabe duda de que la Dogmática jurídico-penal alemana es hasta cierto punto «afortunada». La estructura categorial secuencial del concepto de delito en los elementos básicos de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que desde Beling se puede considerar como la piedra angular de la Dogmática jurídico-penal alemana, está fuera de discusión desde comienzos del siglo XX no sólo en Alemania, sino también en otros muchos países, cuya Dogmática ha sido fuertemente influenciada por la alemana. También la clasificación de las eximentes de la responsabilidad penal en causas de justificación y causas de exculpación, que desde Ihering y von Liszt constituye una idea básica de la Dogmática jurídico-penal alemana, ha sido aceptada no sólo en los países influenciados por ella, sino también, aunque sólo en parte y con muchas reservas, en la teoría angloamericana del Derecho penal².

Pero de ello no se puede deducir que no haya una Dogmática jurídico-penal nacional «italiana, portuguesa, española o alemana, sino sólo una total o parcialmente correcta o una falsa»³, pues, como enseña la experiencia, hay otras muchas Dogmáticas jurídico-penales, es decir, técnicas de interpretación y sistematización del Derecho penal vigente en cada país que no han evolucionado conforme al modelo de la Dogmática jurídico-penal alemana y que a pesar de ello pueden ser, conforme a sus propias premisas, tan correctas como puede serlo la Dogmática jurídico-penal alemana. De ello ha extraído Winfried Hassemer la consecuencia de que la distinción jurídico-penal entre justificación y exculpación no es tampoco obligatoria en otros Ordenamientos jurídicos contemporáneos porque no es «un fenómeno intemporal de fundamentación iusnaturalista, sino más bien algo históricamente cambiante que puede depender de presupuestos culturales diferentes»⁴. Aceptar lo contra-

rio significaría a mi juicio que sólo la Dogmática jurídico-penal alemana (y entonces, ¿cuál?: ¿la de un sistema ontológico, causal o final, o la de un sistema funcionalista?) sería la única Dogmática jurídico-penal correcta; es decir, un sistema de dominación, al que los otros sistemas no tan evolucionados tendrían que adaptarse incondicionalmente y lo antes posible. Pero cualquiera que tenga experiencia en el Derecho penal de otros países de la Comunidad Europea sabe lo difícil que es para muchos juristas de estos países no influenciados por la Dogmática jurídico-penal alemana entender, por ejemplo, las diferencias entre error de tipo y error de prohibición, una de las distinciones básicas de la Dogmática jurídico-penal alemana⁵.

La Dogmática jurídico-penal alemana puede ser seguramente «una Dogmática jurídico-penal igualmente válida para los Ordenamientos jurídicos de otros países y aplicable en ellos, pero no la única y, desde luego, no la que mejores consecuencias tiene en la legislación y en la jurisprudencia; y ello no, en última instancia, porque la mayoría de las veces esté alejada de la praxis y orientada al interior del sistema. Existen además muchos penalistas europeos que no conocen muy bien la Dogmática jurídico-penal alemana y que, a pesar de ello, no son unos malos penalistas, y para los que todavía conservan su vigencia las duras palabras de Enrico Ferri cuando decía que la Dogmática jurídico-penal vive «sólo todavía de nuevas ediciones de los antiguos Tratados, discusiones bizantinas e infructuosas regurgitaciones»⁶.

En todo caso, si lo que se pretende es concebir la Dogmática jurídico-penal (la alemana o cualquier otra más universal formada tras un proceso de asimilación cultural) como una *lingua franca* del Derecho penal, tenemos que ponernos de acuerdo sobre las funciones y consecuencias que esa Dogmática jurídico-penal tiene o debe tener

1. Expresión de ROXIN recogida en «Muñoz Conde, Rechtsvergleichende Gesamtbetrachtung», en: Eser/Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, *Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtsskolloquium*, Freiburg im Breisgau, 1991, p. 381.

2. Cfr. ESER/FLETCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung - Justification and Excuse*, Bd.I 1987, Bd.II 1988, también FLETCHER, *Rethinking criminal law*, 1978; EL MISMO, *Basic Concepts of criminal law*, 1998 (versión española: *Conceptos básicos de Derecho penal*, traducción y notas de Muñoz Conde, Valencia, 1997); contra esta distinción expresamente SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 8.ª ed., elaborada por JOHN SMITH, London, 1996, p. 193; también J.C. SMITH, *Justification and Excuse in the criminal law*, 1989; sobre ello, JEFFERSON, *Criminal Law*, 3.ª ed., 1997, pp. 209 y ss.; sobre la propuesta de Fletcher de introducir la distinción en el sistema de Derecho penal del Common Law dicen LACEY/WELLS, *Reconstructing criminal law*, Text and Materials, 2.ª ed., 1998, p. 53: «Thus, the neat conceptual frame may be useful as a model, but on close inspection we find that its elements shade into one another in a way that ultimately defies the analytical clarity to which doctrine aspires».

3. Así HIRSCH, en Eser/Perron, ob. cit., p. 54; de la misma opinión, SCHÜNEMANN, Coimbra-Symposium, ob. cit., p. 161 (hay traducción española de esta obra a cargo de Silva Sánchez, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995, p. 219).

4. HASSEMER, en Eser/Fletcher, I, p. 175.

5. Cfr. TIEDMANN, «Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht», en: Festschrift für Friedrich Geerds, que en la página 110 propone: «Coincidiendo con la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea especialmente las diferentes clases de error pueden ser unificadas, es decir, ser tratadas como punto de partida de igual forma, separadas por la evitabilidad y completadas con una mayor concreción de este criterio» (también en estratto da: *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, 1995, p. 88).

6. ENRICO FERRI, *Verbrechen als soziale Erscheinung*, citado por Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, p. 11.

en la formación de un Derecho penal mejor, más justo y racional. Pues si la Dogmática jurídico-penal desde el principio o por principio no ejerce ninguna influencia en su objeto, el Derecho penal, y sólo se lleva a cabo *l'art pour l'art*, se puede cuestionar con razón y con cierta legitimación preguntar si una Dogmática jurídico-penal que no aspira más que a ser una lengua técnica común para interpretar sistemáticamente el Derecho penal vigente se puede calificar como una Dogmática jurídico-penal «afortunada».

2. La Dogmática jurídico-penal como «Ciencia sistemática»

También si se entiende la Dogmática jurídico-penal al modo en que Welzel la concebía programáticamente en el subtítulo de su Tratado⁷, como una «exposición sistemática» del Derecho penal vigente, produce un cierto malestar que una materia tan conflictiva como el Derecho penal sólo se estudie y se investigue desde un punto de vista sistemático y que «sólo el conocimiento de las relaciones internas del Derecho eleve su aplicación por encima del caso y la arbitrariedad»⁸. Esta autocomprensión puramente sistemática de la Dogmática jurídico-penal conduce paradójicamente a una relativización de la misma, pues como decía Helmuth Mayer: «Como enseña la historia dogmática, la materia se puede comprender en diversos sistemas de referencia. Todos son útiles con tal de que se apliquen consecuentemente»⁹.

Si se recuerda la polémica entre los partidarios de la teoría causal y la teoría final de la acción en los años cincuenta y sesenta del siglo XX en Alemania, se tiene inmediatamente la impresión de que fue sólo una guerra civil entre, por y para juristas, cuyo resultado práctico quedó en el ámbito dogmático, es decir, intrasistemático. No diría que esta polémica no tuvo consecuencias para la Dogmática jurídico-penal, pero se debe admitir al mismo tiempo que sólo han sido consecuencias internas que ciertamente condujeron a un refinamiento y diferenciación de los conceptos jurídico-penales,

especialmente en el ámbito de la teoría del delito, pero que apenas ha tenido importancia práctica en la legislación y la jurisprudencia.

3. La Dogmática jurídico-penal y la orientación a las consecuencias

Si se calificara la Dogmática jurídico-penal como «ciencia»¹⁰, sería en todo caso una «ciencia práctica» que se debe orientar a las consecuencias externas al sistema. En relación con esto, dice Winfried Hassemer: «La orientación de las decisiones jurídicas a las consecuencias es una cualidad de los modernos sistemas jurídicos [...]. Y también caracteriza entretanto el Derecho penal [...]. Con ello se expresa que la legislación y la jurisprudencia están interesadas en las consecuencias de su acción que al mismo tiempo se justifica produciendo consecuencias deseadas y evitando las indeseadas. Orientación a las consecuencias supone que las consecuencias de legislación, jurisprudencia y ejecución de las penas son conocidas realmente y que por lo menos se pueden valorar (como deseadas o indeseadas). Orientar el sistema del Derecho penal a las consecuencias puede significar que el legislador, la justicia penal y el sistema de ejecución penal no (sólo) se ven ante la tarea de perseguir el ilícito penal y retribuir la culpabilidad de su autor, sino de alcanzar la meta de mejorar al delincuente y reducir en general la criminalidad»¹¹.

¿Hay en la actual Dogmática jurídico-penal alemana un modelo que se corresponde o puede corresponderse con esta descripción de la orientación a las consecuencias? En relación con ello, me gustaría mencionar sólo dos modelos, que actualmente están muy extendidos tanto en Alemania como en España y que más o menos están orientados a las consecuencias.

a) El sistema del Derecho penal de Claus Roxin

Las consecuencias puramente intrasistemáticas de la discusión dogmática jurídico-penal entre la

7. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., 1969 (hay traducción al español de Sergio Yáñez y Juan Bustos, publicada en Santiago de Chile, 1970).

8. Así WELZEL, ob. cit., p. 1.

9. H. MAYER, *Strafrecht, Allg. Teil*, Studienbuch, 1967, p. 58.

10. En contra, expresamente, VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Derecho penal*, Valencia, 1996, p. 488, con el argumento de que en la Dogmática jurídico-penal no se trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él. En mi *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 116 y ss., he sostenido el carácter de Ciencia de la Ciencia del Derecho penal y de la Dogmática, porque, entre otras cosas, también sirve como medio para descubrir la verdad.

11. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., 1990, p. 22 (hay traducción española de la 1.ª edición de esta obra realizada por Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, con el título: *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1985, la cita corresponde a la pp. 34 y ss.).

teoría causal y final de la acción fueron duramente criticadas a comienzos de los años setenta por Claus Roxin, cuando confrontó el sistema del Derecho penal con la Política criminal: «¿De qué sirve la solución de un problema jurídico que, con hermosa claridad e igualdad, es errónea desde el punto de vista político-criminal? ¿Debe ser preferible a una decisión singular satisfactoria aunque no sea integrable sistemáticamente?»¹². Bajo el lema «vinculación jurídica y finalidad político-criminal no deben oponerse entre sí, sino que deben ser traídas a una síntesis»¹³, quería Roxin incluir las consecuencias externas del sistema (para él, las político-criminales) en el sistema del Derecho penal y proponer como misión de la Dogmática jurídico-penal que las categorías singulares del delito «se miren, se desarrollen y se sistematicen desde el prisma de su función político-criminal»¹⁴.

Desde entonces no se puede decir ya que la Dogmática jurídico-penal alemana es una Dogmática sin consecuencias, al contrario, pues, como dice Schönemann¹⁵, la propuesta de Roxin «articula, en todo caso en mi [su] opinión, un progreso del pensamiento sistemático general de la Ciencia del Derecho que no puede ser soslayado, y que no se puede agotar ya en la simple descripción de datos y relaciones naturales o adoptarlos como punto de partida, sino que, por su relación con un orden prescriptivo, es decir, el orden jurídico, debe partir en la determinación conceptual de la referencia al fin (función)».

b) El sistema del Derecho penal de Günther Jakobs

En los años ochenta Günther Jakobs ha visto, desde la base de un planteamiento funcionalista, la misión de la Dogmática jurídico-penal en «desarrollar los principios que se utilizan para oponer

al delito como hecho significativo (de contenido expresivo) un acto también significativo... Con ello no se afirma que con la misión del Derecho penal se haya encontrado ahora un punto con cuyo auxilio se puedan fijar de una vez para siempre los principios dogmáticos. Al contrario, todo principio dogmático jurídico-penal adolece de las mismas inseguridades de las que adolece la comprensión de la misión del Derecho penal. La dependencia no es, sin embargo, unilateral: de la comprensión de los principios dogmáticos pueden sacarse conclusiones sobre la misión del Derecho penal»¹⁶.

Con estos modelos se introduce en la Dogmática del Derecho penal más la idea de fin que la de consecuencia, pero lo que se entiende por «fin» no es más que una consecuencia que el Derecho penal debe producir. Para Roxin, se trata de consecuencias político-criminales, es decir, de fines de prevención general y especial¹⁷. Para Jakobs, la prevención general positiva, es decir, la declaración de frustración de expectativas establecidas en la norma penal, estabilización normativa, ejercitación en la confianza normativa¹⁸. Aunque ambos modelos han sido calificados como muestras de una «época de un sistema racional final (funcional)»¹⁹, hay diferencias entre ellos y tampoco se les puede calificar exactamente como Dogmáticas del Derecho penal orientado a las consecuencias. Tomemos como ejemplo de ello el concepto más importante de la Dogmática jurídico-penal tradicional, el concepto de «culpabilidad». Para Roxin, la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la «teoría de los fines de la pena»²⁰. Para Jakobs, la culpabilidad «corresponde en toda su extensión a la prevención»²¹. Ambos aceptan la prevención como una consecuencia de la sanción penal, que acuña el concep-

12. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1.ª ed. 1970, 2.ª ed., 1973, p. 4 (hay traducción española de Muñoz Conde, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1972, p. 19).

13. Ob. cit., p. 10 (p. 33 de la traducción española).

14. Ob. cit., p. 15 (p. 40 de la traducción española).

15. Coimbra-Symposium, pp. 149 y ss. (p. 205 y ss. de la traducción española).

16. JAKOBS, Prólogo a la 1.ª edición *Tratado, Strafrecht, Allg. Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983 (hay traducción española de la 2.ª edición de esta obra realizada por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1997).

17. Cfr., por ej., *Política criminal*, p. 67.

18. Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, núm. marg. 4 y ss. Sobre la prevención general positiva, HASSEMER, «Einige Bemerkungen über positive Generalprävention», en: *Problemy Odpowiedzialności Karnej, Festschrift für Buchala*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków, 1994. En la bibliografía española, cfr. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1986; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 226 y ss.; VIVES ANTON, ob. cit., pp. 444 y ss.

19. Así SCHÜNEMANN, «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en: *Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984 (hay traducción española de esta obra a cargo de SILVA SÁNCHEZ, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991).

20. ROXIN, *Kriminalpolitik*, p. 33 (*Política criminal*, p. 67).

21. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 6 (hay traducción española de esta obra recogida en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, traducción de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, la cita corresponde a la p. 75).

to de culpabilidad, pero mientras Roxin atribuye a la culpabilidad una función limitadora del poder punitivo y de las consecuencias político-criminales²², Jakobs no acepta que la culpabilidad tenga una función limitadora, pues «si el Derecho penal actúa en función de la prevención, la culpabilidad (limitadora) debe corresponder en toda su extensión a la prevención, pues de lo contrario devaluaría la prevención hasta hacerla ineficaz, y una pena preventiva que no es eficaz ya no sirve para nada»²³.

En el sistema de Roxin, la Dogmática jurídico-penal (en este caso, el concepto jurídico-penal de culpabilidad) sigue siendo la infranqueable barrera de la Política criminal, como ya propuso von Liszt; para Jakobs es simplemente un sistema cerrado en sí mismo (circular), que sólo es acuñado por la tarea preventivo-general del Derecho penal. Para Roxin, el sistema del Derecho penal y la Política criminal deben ser traídas a una unidad, de tal manera que las consecuencias político-criminales deben también ser consideradas en la elaboración del sistema del Derecho penal; para Jakobs, las consecuencias político-criminales se entienden por sí mismas, son simplemente las consecuencias del respectivo Derecho penal vigente.

Pero desde el punto de vista de la orientación a las consecuencias, ambos modelos están expuestos a los «déficits masivos de fundamentación de la teoría de los fines de la pena»²⁴, que en parte se deben a la «incapacidad para verificar» empíricamente las consecuencias del Derecho penal. Con una orientación a las consecuencias de este tipo, la Dogmática jurídico-penal puede ser más que una Dogmática «sin consecuencias», una Dogmática «ciega», que ciertamente está interesada en las consecuencias empíricas, pero que dispone de conocimientos insuficientes de la realidad de esas consecuencias, basándose, por tanto, en un pseudoempirismo. Por lo demás, la orientación a las consecuencias ha sido objeto de severas críticas²⁵, así que tampoco es una garantía de una Dogmática jurídico-penal «afortunada».

4. Dogmática jurídico-penal y «moderno» Derecho penal

En los últimos años, las reformas del Derecho penal se han caracterizado sobre todo por la utilización que hace el legislador del instrumento jurídico-penal para luchar contra los grandes riesgos modernos: economía, medio ambiente, utilización de datos informáticos, salud pública, responsabilidad por el producto, corrupción, impuestos, criminalidad organizada. El desarrollo técnico y social también ha enfrentado a la jurisprudencia con nuevos problemas, como el caso del spray de cuero o el del abrillantador de maderas en Alemania, el del aceite de colza en España o el de la sangre contagiada de SIDA en Francia.

Evidentemente, el Derecho penal clásico no puede reaccionar correctamente ante estos retos. Carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños. Por eso, se ha desencadenado, tanto en España²⁶ como en Alemania²⁷, una amplia discusión, tanto entre los científicos, como entre los prácticos, sobre si el Derecho penal debe adaptarse en sus instrumentos y garantías al moderno desarrollo técnico o se deben buscar otros instrumentos jurídicos que puedan responder mejor a ese desarrollo que el Derecho penal.

Esta discusión afecta a las bases de la Dogmática jurídico-penal y es afectada por las necesidades político-criminales que la han desencadenado. En el centro de la misma están los conceptos de bien jurídico, principio de culpabilidad, imputación individual, causalidad, error, imputación a varias personas. En realidad, no hay una categoría jurídico-penal básica que no sea afectada por esta discusión. La opción que se adopte en este ámbito puede tener importantes consecuencias también para la Dogmática jurídico-penal. Por un lado, se trata de un Derecho penal prudente, respetuoso con las garantías tradicionales y, por otro lado, de un Derecho penal que responde eficazmente a las

22. Así desde su artículo «Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip», *MschKrim* 56 (1973), pp. 316 y ss. (hay traducción española recogida en ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción y notas de MUÑOZ CONDE, Madrid, 1981, pp. 41 y ss.); cfr. también su *Strafrecht, Allg Teil*, Band 1, 3.ª ed. parágrafo 3 núm. marg. 4 (hay traducción española de la 2.ª edición realizada por Luzón Peña, Díaz y García y De Vicente Remesal, Madrid, 1996).

23. JAKOBS, *lug. cit.* en nota 22.

24. Expresión de STRATENWERTH, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?* Schriften der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 135, 1995.

25. Cfr. HASSEMER, *ob. cit.* en nota 12.

26. Cfr., por ej., MUÑOZ CONDE, en: Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995; también PAREDES CASTAÑÓN/MARTÍNEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.

27. Cfr., por ej., HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994.

exigencias modernas. ¿Qué se puede considerar en esta disyuntiva como Dogmática jurídico-penal «afortunada»? ¿Una Dogmática que ve con alegría esta expansión del Derecho penal y está dispuesta a modificar los conceptos tradicionales o a introducir nuevos conceptos como el de bienes jurídicos universales, delitos de peligro abstracto, etc., para adaptarse al moderno Derecho penal; o una Dogmática que critique estas tendencias y quiera seguir utilizando los conceptos tradicionales de causalidad, delitos de lesión, culpabilidad, etc., como barreras infranqueables de estas tendencias? La discusión está en marcha y en todo caso cabe esperar que también conduzca a una reformulación de los límites y consecuencias de la Dogmática jurídico-penal, aunque no se sepa exactamente qué es lo que aquí se puede considerar como una Dogmática afortunada o como una Dogmática sin consecuencias. Lo que en ningún caso puede significar la adaptación a los «retos del tiempo» es que produzca la pérdida de identidad de la Dogmática jurídico-penal como instrumento garantista de los principios fundamentales del Derecho penal del Estado de Derecho, pues con esas malas consecuencias la Dogmática jurídico-penal debería ser calificada como una Dogmática «fracasada».

5. El resultado práctico de la Dogmática jurídico-penal

En el plano abstracto, es difícil saber cuándo la Dogmática jurídico-penal es afortunada y cuándo

carece de consecuencias. Pero a la Dogmática jurídico-penal, entendida como «ciencia práctica», se le atribuyen también unas expectativas que debe cumplir tanto en el ámbito de la enseñanza jurídica como en el de la jurisprudencia y la legislación. Por razones de tiempo sólo puedo dar algunas referencias de hasta qué punto es la Dogmática jurídico-penal afortunada o carece, por el contrario, de consecuencias en estos sectores.

a) La formación del jurista

El aprendizaje de la materia jurídica se transmite al estudiante de Derecho a través de la Dogmática, que constituye una especie de aparato gimnástico con el que el estudiante aprende a descubrir la relevancia estructural del problema de la punibilidad y a presentar la coincidencia entre los elementos del supuesto de hecho y los del tipo de un delito por lo general como una «solución»²⁸. En tanto sé, todos los profesores alemanes utilizan en la enseñanza del Derecho penal material el método de la Dogmática jurídico-penal; también sus tesis doctorales, sus investigaciones, sus escritos de habilitación, sus monografías y artículos son de naturaleza dogmática. Lo mismo sucede en España, donde la Dogmática jurídico-penal alemana está prácticamente en su casa entre muchos jóvenes docentes españoles que pretenden abrirse camino como profesores de Derecho penal²⁹.

Ello ha provocado tanto en Alemania como en España un gran número de profesores que a su vez producen innumerables publicaciones de dife-

28. Cfr. HASSEMER, *Einführung*, pp. 201, 280 (= *Fundamentos*, p. 343).

29. Las relaciones entre la Dogmática jurídico-penal alemana y la española son ya antiguas. Ya a comienzos del siglo XX se tradujeron los tratados de MERKEL y VON LISZT; pero dicha relación se hizo más patente a partir de la traducción realizada en 1935 por José Arturo Rodríguez Muñoz de la 2.ª edición alemana (1933) del *Tratado de Derecho penal* de EDMUND MEZGER, con lo que se introdujo y se hizo dominante entre nosotros el sistema mezgeriano y la teoría causal de la acción que fundamentaba su teoría del delito. Ya en los años sesenta se introdujo la teoría final de la acción a través de las traducciones de las obras de WEIZEL (por Cerezo, Bustos) y MAURACH, cuyo *Tratado* tradujo Córdoba Roda en 1962. Conjuntamente con Mir Puig, traduje en 1982 el *Tratado* de Jeschek, y junto con Luis Arroyo Zapatero, los *Fundamentos del Derecho penal* de HASSEMER (1985), del que además he traducido otras obras que han sido publicadas bien con reelaboraciones por mi parte (cfr., por ej., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1992; *La responsabilidad por el producto*, Valencia, 1995), y juntamente con Díaz Pita una serie de artículos publicados bajo el título: *Persona, mundo y responsabilidad*. De Roxin, cuyo *Tratado* en su primer volumen fue traducido por Luzón, Díaz y García y De Vicente en 1997, he traducido *Política criminal y sistema del Derecho penal* (1972), y una serie de artículos publicados con una *Introducción* bajo el título *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (1981). Quizás uno de los autores más traducidos actualmente sea JAKOBS, no sólo su *Tratado* (1997), sino también la práctica totalidad de sus trabajos monográficos bajo el título *Estudios de Derecho penal* (1997); personalmente he traducido de él, juntamente con García Álvarez, una monografía sobre *Eutanasia, Suicidio y Derecho penal*, Valencia, 1999. Prácticamente existe en estos momentos un paralelismo casi total entre la Dogmática alemana y la española, si bien hay que reconocer que la influencia alemana entre nosotros es grande, pero que la mayoría de los penalistas españoles y su producción científica es desconocida cuando no ignorada en Alemania. Hecha esta observación, la recepción de las grandes teorías dogmáticas alemanas de los últimos cincuenta años ha sido bastante grande. En los años cincuenta y sesenta se siguió la polémica entre causalismo y finalismo, con sus implicaciones en materia de error, autoría y participación, etc.; en los años setenta y ochenta se introdujeron los planteamientos de Roxin sobre imputación objetiva y culpabilidad, autorías y participación, y las relaciones entre Dogmática jurídico-penal y Política criminal. Entre algunos penalistas jóvenes es notoria la influencia del pensamiento funcionalista de JAKOBS; y en el ámbito del Derecho penal económico, la obra de Klaus Tiedemann. De todos estos autores, así como de otros penalistas alemanes (Stratenwerth, Armin Kaufmann, Hirsch, Naucke, Gössel, Lampe, Eser, Burkhardt, Frisch, Hruschka,

Revista Penal

Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal

rente nivel científico³⁰. Aquí sí que se puede decir que la Dogmática jurídico-penal resplandece y en este sentido puede considerarse afortunada. Pero si la consideramos como algo más que una empresa académica, su importancia práctica fuera de este ámbito es escasa.

b) Jurisprudencia

A la marea de publicaciones ha seguido también en España un aumento de la actividad jurisprudencial. El número de sentencias del Tribunal Supremo ha crecido y frecuentemente se puede ver en ellas la influencia de la discusión dogmática. Pero no hay una imagen unitaria de la jurisprudencia y muchas veces se pueden considerar sus decisiones, al menos desde el punto de vista de los más estrictos criterios de la Dogmática, incluso contradictorias y arbitrarias. Se tiene también la impresión de que «la fundamentación que se da *expressis verbis* muchas veces no es más que la muleta que se utiliza para dar a la sentencia que se considera justa el requerido apoyo dogmático»³¹. Una causa de ello puede ser, al menos como explicación de este fenómeno en la jurisprudencia española, que la Dogmática jurídico-penal se ha ocupado sólo de problemas de Derecho penal material, abandonando siempre las cuestiones jurídico-procesales, debido sobre todo, por lo menos en España, a que el Derecho procesal penal es enseñado por los procesalistas y no por los penalistas. De un modo general, tiene razón Artz cuando dice que «una Ciencia del Derecho penal evolucionada transforma las cuestiones de hecho en cuestiones de Derecho»³²; pero también tiene que ver con ese estado insatisfactorio de las relaciones entre jurisprudencia y Dogmática jurídico-penal el abando-

no científico de la valoración de la prueba y de la praxis de la medición de la pena³³.

c) Legislación

Cuando se habla de una reforma de la legislación penal, en primer plano aparecen los problemas político-criminales, no los dogmáticos. Cuando se redacta, por ejemplo, un nuevo Código penal, como sucedió en España en 1995, se discutió cómo castigar nuevos delitos en el ámbito de la economía, salud pública, política de subvenciones, Seguridad Social, Hacienda Pública, Ordenación del territorio, abuso de información privilegiada o, en su caso, la descriminalización de otros, como el aborto, de la eficacia y cantidad de la pena de prisión y de sus alternativas y sustitutos, etc.; de problemas, pues, que apenas pueden ser resueltos por la Dogmática. La importancia de la Dogmática jurídico-penal en la creación, por ejemplo, de un nuevo Código penal es muy limitada, por lo menos en la medida en que se la conciba como una Dogmática esotérica, puramente sistemática. Aunque también en esto se ha producido recientemente un cambio debido a que, como ya señalé supra 4, la Dogmática jurídico-penal está cada vez más interesada en la Política, asesora a los políticos y coopera productivamente en una expansión del Derecho penal, desarrollando nuevos conceptos para adaptarse al «moderno» Derecho penal. Es dudoso hasta qué punto se puede considerar esta tendencia como afortunada, pero con esto no quiero decir que el mantenimiento de los modelos tradicionales de una Dogmática jurídico-penal sin consecuencias, encerrada en sí misma, sea una solución mejor. La misión de la Dogmática jurídico-penal podría consistir en

Schünemann, Kindhäuser, Frommel, etc.) se han traducido importantes obras y monografías, no sólo en España, sino también en países latinoamericanos como Perú, Chile, Colombia, Argentina. La clasificación de las categorías del delito en tipicidad, antijuricidad y culpabilidad es acogida en todos estos países y en España de forma casi unánime. No obstante, hay que reconocer algunas desviaciones de este sin duda excesivo mimetismo del patrón de la Dogmática alemana, sobre todo cuando la propia legislación penal tiene algunas particularidades que la distinguen de la alemana, o cuando coherentemente con otras premisas o concepciones del Derecho penal se desarrollan otros conceptos o formas distintas de entender la Dogmática. En todo caso, se hace difícil hablar de una Dogmática jurídico-penal española sin mencionar el correspondiente referente alemán.

30. cfr. ARTZ, «Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenbergr und Publikationsflut», en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 839 y ss. En España, la situación es bastante parecida; baste citar, como ejemplo, que en la 12.ª edición de mi *Parte Especial*, aparecida en septiembre de 1999, he tenido que tener en cuenta más bibliografía aparecida en los tres últimos años sobre el Código penal de 1995 que la habida durante toda la vigencia de más de un siglo del Código penal anterior (Cgt. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 12.ª ed., Valencia, 1999). De todos modos, hay que advertir que esta profusión bibliográfica afecta sobre todo a la *Parte Especial*, y no tanto a la *Parte General*, que, sobre todo en la Teoría del delito, es absolutamente tributaria de la alemana, careciendo, sin embargo, del empuje y de la importancia de ésta. En este sentido la Dogmática de la *Parte General* del Derecho penal sigue siendo en España una parte necesitada de mayor investigación teórica.

31. MAURACH/ZIPP/GÖSSEL, *Strafrecht, Allg. Teil*, Teilband 2, 6.ª ed. 1984, párrafo 44 III, Rdn. 28 (hay traducción de la 2.ª edición alemana realizada por Córdoba Roda en 1962, y otra argentina de la última edición alemana).

32. ARTZ, *loc. cit.*, p. 856.

33. Cfr. HASSEMER, *Einführung*, S.100 (= *Fundamentos*), quien le da a estos sectores especial importancia.

el futuro en abrir la puerta a la reforma de la legislación penal, en tanto que también critique el Derecho penal vigente y el sistema social. De este modo puede convertirse en una Dogmática crítica del Derecho penal apoyada en puntos de vista político-criminales³⁴. Si con ello, es decir, con una actitud crítica frente al Derecho penal vigente y a las injusticias del sistema social, se consigue una Dogmática jurídico-penal más afortunada o una es-

téril, sin consecuencias, es algo que queda abierto. Ciertamente, la Dogmática jurídico-penal no puede cumplir como tal esta función crítica, ya que los términos Dogmática y crítica son términos opuestos, difícilmente reconducibles a una unidad, pero ello sí es posible si se la concibe como parte de una Ciencia totalizadora del Derecho penal que se remite a su entorno y tematiza las expectativas que desde su entorno se le dirigen³⁵. ●

34. cfr. MUÑOZ CONDE, «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en: *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln, 1975, p. 310 (hay versión española de esta obra publicada en Argentina en *Revista Penal*, 1973); EL MISMO, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 187; EL MISMO, *Hacia una ciencia crítica del Derecho penal*, Doctrina penal, 1978 (Buenos Aires); EL MISMO, *Para una Ciencia crítica do Direito Penal*, Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, vol. 24, 1977; EL MISMO, *Pour une Science critique du Droit Pénal*, en Quaderni del Instituto Superiore Internazionale di Scienze criminali, mayo 1976. Sobre la dogmática crítica, cfr PAUL, WOLF, «Kritische Rechtsdogmatik und Dogmatikkritik», en *Rechtstheorie* (ed. Arthur Kaufmann), Karlsruhe, 1971, pp. 62 y ss.; NAHAMOWITZ, *Wirtschaftsrecht*, en *Organisierten Kapitalismus*, Kritische Justiz, 14, 1, 1968, pp. 55 y ss.

35. Cfr. HASSEMER, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, Hauptreferat zum Thema vorgelegt am Kolloquium vom 3.-6- Oktober 1999 in Berlin.