

AUSGABE 2/2010

S. 62 - 166

5. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch, Köln 62

IT-gestützte interne Ermittlungen in Unternehmen – Strafbarkeitsrisiken nach den §§ 202a, 206 StGB

Von Akad. Rat Dr. Frank Peter Schuster, Mainz 68

Europäisches Strafrecht

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn 76

Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ (KOM [2009] 624 endg.)

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, Wiss. Mitarbeiter Benjamin Roger, München 92

Völkerstrafrecht

Didaktische Dimensionen internationaler Strafverfahren – dargestellt am Beispiel der UN ad hoc-Tribunale

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Sabine Swoboda, Passau 100

Der Pol Pot-leng Sary-Prozess revisited – Anmerkung zum Prozess gegen führende Rote Khmer im Jahr 1979

Von Rechtsanwalt Dr. Frank Selbmann, Dr. Dorette Wesemann, Leipzig 116

Strafprozessrecht

Wider die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten

Eine zu Recht unterbliebene Reform
Von Assessor Simon Pabst, Berlin 126

Strafrecht

La identidad de la dogmática jurídico-penal

De Prof. Dr. Ricardo Robles Planas, Barcelona 134

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 31.7.2009 – 2 StR 95/09 (Zur Untreue im Konzernverbund)

(Rechtsanwalt Ulrich Leimenstoll, Köln) 143

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

AUSGABE 2/2010

S. 62 - 166

5. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Lutz Nepomuck, Anstiftung und Tatinteresse, 2008
(Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg) 149

**Klaus Hermann Ringwald, Der „Arnim-Paragraf“
(§ 353a StGB) und der Schutz auswärtiger Interessen
der Bundesrepublik Deutschland, 2010**
(Prof. Dr. Martin Heger, Berlin) 152

**Klaus Himmelreich/Michael Bücken/Carsten Krumm,
Verkehrsunfallflucht, Verteidigerstrategien im Rahmen
des § 142 StGB, 5. Aufl. 2009**
(Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf) 154

**Michael Pawlik, Der Terrorist und sein Recht, 2008;
Sebastian Weber, Europäische Terrorismusbekämpfung,
2008; Kerstin Wolny, Die völkerrechtliche Kriminalisierung
von modernen Akten des internationalen Terrorismus, 2008**
(RiBGH Dr. Norbert Mutzbauer, Karlsruhe) 156

Strafprozessrecht

Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008
(Prof. Dr. Klaus Laubenthal, Würzburg) 158

**Susanne Kobar, Bargaining in the Criminal Justice Systems
of the United States and Germany, 2008**
(Rechtsanwalt Dr. Gerson Trüg, Tübingen) 159

**Friedrich Arntzen, Vernehmungspsychologie –
Psychologie der Zeugenvernehmung, 3. Aufl. 2008**
(Kriminaldirektor Jörg Beyser, München) 163

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd
Schünemann

Schrittleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai
Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

La identidad de la dogmática jurídico-penal

De Prof. Dr. Ricardo Robles Planas, Barcelona

«La dogmática jurídico-penal es un sistema de proposiciones doctrinales (jurídico-penales) resultado de los esfuerzos científicos».¹

I. Dogmática jurídico-penal, hermenéutica y realidad social

1. Una de las más relevantes ocupaciones tradicionalmente atribuidas al dogmático en Derecho penal es el trabajo hermenéutico. En él se trata, como en otras disciplinas jurídicas, de *hacer comprensibles* los textos jurídicos, incluyendo aquí también la totalidad de los símbolos y conceptos que utiliza el lenguaje jurídico-penal. Hermenéutica es comprensión.²

2. La mirada hermenéutica que efectúa la dogmática jurídico-penal posee dos características. La primera de tales características es propia de toda disciplina hermenéutica, la segunda es exclusiva de la dogmática jurídico-penal en la medida en que se torna consciente que en la solución del caso concreto se discute, en última instancia, la imposición de una *pena*. En concreto: por un lado, para hacer comprensibles los conceptos la dogmática acude a un conjunto previo de unidades conceptuales y de razonamientos (conjunto al que nosotros denominamos de una manera genérica “sistema”).³ Por el otro, que en esa producción de sentido no se pueda limitar a ofrecer una mera explicación del concepto, sino que, a la vez, tenga que predicar la corrección de esa explicación y dar respuesta a la pregunta sobre si en el caso concreto debe afirmarse o negarse la imposición de pena.⁴

¹ Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Studienbuch, 2ª ed. 1975, 1/10.

² Cfr. por todos, Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, t. 1, 9ª ed. 2004, p. 35; Hassemmer, *ARSP*, 72 (1986), pp. 195 y ss.; García Amado, «Filosofía hermenéutica y Derecho», *Azafa*. Revista de Filosofía, (5.) 2003, pp. 191 y ss., con una ineludible exposición sobre las bases históricas y clases de las corrientes hermenéuticas actuales, así como sobre sus límites.

³ V. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, p. XXXVI: «Observo la esencia del método sistemático en el reconocimiento y exposición de la relación o vinculación interna a través de la cual los conceptos y reglas jurídicas particulares se vinculan en una unidad superior». En general, sobre la relación entre disposición legal y sistema véase, Rödig, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, 1986, pp. 89 y ss., p. 90: «construcción de unidades de información cada vez superiores»; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed. 1993, 4/38: «si no se quiere que las normas jurídico-penales sean arbitrarias, tienen que estar interconectadas y en este sentido formar un sistema».

⁴ Así, Zaczyk, en: Hettinger u.a. (Ed.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 731. Igualmente, Frisch, en: Engel/Schön (Ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, p. 159, para quien determinadas interpretaciones deben ser excluidas del contexto de comprensión de textos

3. Así, cuando a la dogmática penal se le pregunta por el significado de términos que utiliza el legislador en los tipos particulares de la Parte Especial, ésta responde recurriendo a un conjunto de proposiciones previas y, a la vez, examinando las consecuencias desde el punto de vista de criterios materiales de legitimación, esto es, de criterios de corrección. Lo mismo sucede, aunque de forma mucho más evidente, en la Parte General y en la comprensión de los conceptos más abstractos y fundamentales de esta disciplina como los de “delito” y “pena”.⁵

En realidad, pues, como en toda labor hermenéutica, en la que lleva a cabo la dogmática jurídico-penal no se trata tanto del descubrimiento de un sentido, sino de *asignación de sentido o sentidos*⁶ desde el aparato conceptual propio y preexistente, así como desde la propia teleología a partir de la que se define y a la que no puede sustraerse (en nuestro caso, la que exige la institución “pena”). De esta manera se ha afirmado con razón que «precomprensión de la corrección de la solución de un determinado conflicto social e interpretación metodológica de un texto no son cuestiones distintas, sino que más bien toda interpretación se lleva a cabo sobre la base de una precomprensión con la cual el intérprete acomete el proyecto de la interpretación».⁷ Entre los pocos intentos que se han producido en la dogmática penal encaminados a concretar este proceso resulta destacable el de Langer⁸ cuando precisa que la dogmática jurídico-penal, en su labor de explicación de conceptos, opera en primer lugar, *identificando los fenómenos* de la realidad (análisis) con contenido de sentido propio, para posteriormente someterlos a un proceso de abstracción conceptual – marcado por lo valorativo y lo teleológico – en el que se depuran los elementos relevantes y se obtiene así una *definición*. Finalmente, se genera una *denominación*, esto es, una fórmula lingüística que se utilizará en el futuro para referirse a la definición anterior. El propio Langer concluye que en la explicación de *conceptos legales* tienen lugar igualmente las tres fases, sólo que se comienza por la *denominación* que

jurídicos, especialmente del contexto de las normas jurídico-penales, por razón de los límites de lo que es posible legitimar en el mismo. Naturalmente, cabe añadir, que esta apreciación presupone que la elección de una interpretación de entre varias posibles tiene lugar con arreglo a un conjunto de criterios que está más allá de toda teoría de la interpretación en sentido estricto. Más en general se puede leer en Vives Antón, *Fundamentos del sistema penal*, 1996, p. 468 que «una dogmática jurídica expresa nuestro modo de comprender y valorar la sociedad».

⁵ Pone de manifiesto insistentemente que en el análisis de corrección y legitimación material reside lo “propio” de la dogmática jurídico-penal, Frisch (n. 4), pp. 156 y ss.

⁶ Véase, Silva Sánchez, en: Pawlik u.a. (Ed.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 646.

⁷ Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed. 2004, § 2 Rn. 67.

⁸ Langer, *GA* 1990, p. 438.

impone el legislador, constituyendo entonces la identificación de los fenómenos de la realidad y su definición los pasos siguientes que corren de cuenta de la dogmática (o, más en general, del intérprete, pues a ello es a lo que se denomina interpretación) y que «conducen a la precisión y en su caso a la corrección de la determinación del objeto que menciona el elemento legal y que al principio aparece sólo superficialmente».⁹

Además de representar una descripción audaz pero altamente transparente del *modus operandi* dogmático, esta reconstrucción permite traer a colación al menos dos aspectos: por un lado, la tesis básica de la hermenéutica, en virtud de la cual, la aplicación de una ley al caso no puede ser entendida como mera interpretación de un texto,¹⁰ sino que se trata más bien de un proceso de *concreción* de la decisión en el que confluyen de manera indisoluble elementos descriptivos, cognitivos y normativo-valorativos¹¹ de diversa índole; por el otro, que la vinculación de aquel que tiene que poner en relación lo general (una norma) y lo singular (un caso) con la realidad posee una característica especial en el ámbito del Derecho (penal): los conceptos jurídicos(-penales) no pueden surgir desde la fría distancia hacia las personas y a su praxis vital,¹² esto es, la fundamentación no puede basarse en el mero dato del poder fáctico del Ordenamiento,¹³ sino que debe explicarse la legitimidad acudiendo a elementos (principios) que estén más allá de la mera positividad. De ahí el subrayado de lo valorativo y lo teleológico. Sobre esta última cuestión se volverá posteriormente.

4. Vistas así las cosas, la tensión entre dogmática y ley, especialmente intensa en la Parte Especial, debe relativizarse en tanto se reconozca que la dogmática jurídico-penal, al interpretar, está, en realidad, definiendo el campo semántico de los conceptos jurídicos, esto es, *fijando* el significado que debe darse a los términos legales que fundamentan la imposición de deberes jurídico-penales.¹⁴ Se trata entonces,

más que de interpretación en sentido estricto, de *argumentación dogmática*. En esa medida la ley casi nunca aparece *primariamente* como “la solución” del caso.¹⁵ A ella se llega sólo a partir de la ubicación del problema en el sistema y de la inevitable reflexión sobre la legitimidad material de la decisión. Que tras ello sea imprescindible la vinculación con la letra de la ley,¹⁶ si es que la solución dogmática quiere producir efectos en una praxis regida por el principio de legalidad,¹⁷ es algo que queda fuera de toda duda.

5. Por consiguiente, si al comprender un concepto o al interpretar un texto, la dogmática procede exactamente a la inversa de cómo habitualmente se describe, esto es, otorgándole sentido desde un conjunto de axiomas o principios que se hallan en unidades de sentido superiores y legitimando materialmente tal sentido a la luz de una comprensión previa sobre lo que es el Derecho correcto, entonces cabe concluir que la dogmática realiza una *aproximación propia e independiente al objeto de la regulación legal*. Naturalmente, lo que no puede suplantar la

[*Auslegungstatbestand*]». En relación a la Parte General, Hruschka, en: Imputación y Derecho penal, 2005, p. 270: «la doctrina general del delito se ocupa ciertamente de algo muy distinto del código penal, y por eso las disposiciones de la ley, consciente o inconscientemente, suficiente o insuficientemente, acaban *adaptándose* a lo que constituye realmente el objeto de la doctrina jurídico-penal» [sin cursivas en el original].

¹⁵ Conclusión forzosa si se toman en serio los planteamientos de la hermenéutica. Cfr. *Mir Puig*, en: El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, p. 22: «el tenor literal no expresa por sí solo ni de forma acabada el contenido de la norma a aplicar» (aludiendo al planteamiento de *Friedrich Müller* que expusiera en el año 1971 en la primera edición de la obra citada *supra* en la nota nº 2). Considera que «el sistema desarrollado por la dogmática es más expresivo [*aussagekräftiger*] y más “válido” [*gültiger*]” que la determinación legal aislada, siempre requerida de interpretación» porque aquél descubre «el sistema interno de la totalidad del ordenamiento jurídico», *Rüthers*, Rechts-politisches Forum, 2003, p. 12 (entrecomillado en el original). En una línea similar, recientemente, *Riggi*, El problema del “fraude de ley” en Derecho penal, en prensa, sostiene que el límite a la interpretación no es el sentido literal posible, sino la semántica paradigmática o ejemplar del texto legal, según la cual éste sólo resultaría decisivo para los casos claros, mientras los difíciles – en mi opinión la mayoría – se resolverían mediante consideraciones analógicas y axiológicas.

¹⁶ De “*rückbinden*” (literalmente: religar, volver a atar) habla *Zaczyk* (n. 4), p. 732.

¹⁷ O la vinculación con una tradición jurisprudencial metodológicamente asegurada, como sucede en el Common Law (lo precisa, *Zaczyk* [n. 4], p. 732, n. 41).

⁹ *Langer*, GA 1990, p. 439, poniendo como ejemplo, la interpretación del término “agresión” (“*Angriff*”) de la disposición legal que regula la legítima defensa.

¹⁰ Cfr., por ejemplo, *Müller/Christensen* (n. 1), p. 236 y ss.; *Hassemer*, ARSP, 72, 1986, pp. 202 y ss.; *Schroth*, en: Kuafmann/Hassemer (Ed.), El pensamiento jurídico contemporáneo, 1992, p. 301.

¹¹ Algo puesto de manifiesto a propósito de y desde la irrupción del neokantismo; lo recuerda *Sanz Morán*, en: Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, t. 1, 2008, p. 646 con una magistral cita a *Grünhut*.

¹² Así, *Zaczyk* (n. 4), p. 728.

¹³ Así, *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, p. 14, añadiendo que de lo contrario el dogmático o el aplicador del Derecho se convertiría en un funcionario esquizofrénico en tanto sujeto moral.

¹⁴ Cfr. *Jakobs* (n. 3), 4/37: «el límite de la interpretación no es el sentido que *tienen* los conceptos del Derecho, sino aquel que se les quiere *atribuir*»; *Schmidhäuser* (n. 1), 5/42; «para la aplicación del Derecho no es decisivo el tipo del tenor literal [*Wortlautstatbestand*], sino el tipo de la interpretación

dogmática es la legitimación formal,¹⁸ pero tampoco lo pretende. Por ello, el dogmático debe vincular su argumentación a la letra de la ley, en una relación o nexo de suficiencia normativa. *Silva Sánchez* ha expuesto y desarrollado convincentemente esta idea en relación con la llamada interpretación teleológica.¹⁹

A modo de excursus cabe añadir que lo anterior posee repercusiones en lo concerniente a las *relaciones entre dogmática y política criminal*. Baste ahora recordar que *Mir Puig* puso de manifiesto hace ya varios años que la preferencia por la aportación político-criminal del penalista, tan común en las últimas décadas, puede explicarse por la cuestionable identificación de la dogmática con la pura exposición de la legalidad vigente, de manera que se siente la necesidad de ensanchar los horizontes del penalista hacia terrenos que ofrezcan mayores posibilidades de creación material (la política criminal) como única vía para el perfeccionamiento del Derecho vigente.²⁰ En cambio, si se concibe a la dogmática en su secular función «como medio de *participación en la creación del Derecho*»²¹ y se reconoce que «a la ciencia jurídica no compete sólo la *reproducción* de la ley, sino su *elaboración racional*»,²² entonces se comprenderá también la utilidad de la dogmática para aquel objetivo del perfeccionamiento del Derecho: «para reformar las leyes es preciso haber penetrado en el significado profundo y en las exigencias inherentes a la institución jurídica objeto de la regulación, misión que caracteriza a la mejor Dogmática».²³

7. Si la función de fijación del sentido de los conceptos se realiza porque y en la medida en que existe un sistema y si ese sentido y el propio sistema vienen determinados por aquello que se considera materialmente legítimo, entonces conviene ahora detenerse en la dogmática penal como sistemática y después en la dogmática penal en relación con la cuestión de la legitimidad del Derecho.

II. La dogmática penal como sistemática

1. Es común afirmar que una de las misiones de la dogmática jurídica es la de sistematización y ordenación del Derecho a

¹⁸ *Jakobs* (n. 3), 191, 4/33: «el principio de legalidad no impide tanto la punición sin razón fundada como la punición sin ley».

¹⁹ *Silva Sánchez* (n. 6), p. 660: «objektiver Zurechnungszusammenhang zwischen richterlicher Entscheidung (bzw. dogmatischem Vorschlag) und Gesetzestext». Sobre la interpretación teleológica en Derecho penal, véase, *Gimbernat Ordeig*, Concepto y método de la ciencia del Derecho penal, 1999, pp. 77 y ss.

²⁰ *Mir Puig* (n. 15), p. 14.

²¹ *Mir Puig* (n. 15), p. 13.

²² *Mir Puig* (n. 15), p. 19.

²³ *Mir Puig* (n. 15), p. 20, precisando que por «institución jurídica no se entiende, pues, una figura puramente resultante de la concreta regulación jurídico-positiva, sino como relaciones de la vida típicas conocidas en su significación jurídica» (n. 19).

través del hallazgo de principios y enunciados teóricos abstractos que permitan crear un aparato conceptual más reducido al cual puedan remitirse las decisiones jurídicas concretas.²⁴ Entre otras ventajas de este proceder, cuenta como una de las más destacadas la de que la sistemática permite dar respuesta a cuestiones no planteadas hasta el momento, ofreciendo así una mayor seguridad jurídica en relación con otros métodos que no procedan sistemáticamente. Sin desconocer la enorme relevancia de esta aportación, cabe añadir que la particularidad de la mirada sistemática que lleva a cabo la dogmática jurídico-penal va, sin embargo, más allá del mero ideal de reducción de la complejidad – presente y futura – de lo positivo.

2. De entrada, la sistemática en la dogmática penal nace con anterioridad a la ley positiva y, especialmente en la *Parte General*, casi nunca ha resultado influenciada por ésta. Más bien, se le retira a la letra de la ley toda capacidad de configuración e influencia sistemática (p. ej. en cuestiones como la distinción entre injusto y culpabilidad, la ubicación del dolo o el tratamiento del error). De forma más evidente que en las cuestiones hermenéuticas, el dogmático penal no trabaja aquí principalmente con el material del legislador, sino con problemas, conceptos, grupos de casos, etc. La actividad sistemática, ciertamente, puede contemplar al conjunto de proposiciones dogmáticas como institución que debe facilitar también la labor del aplicador real del Derecho y no sólo el análisis correcto de los casos y en esa medida tendrá que integrar en el sistema las leyes positivas, pues de otro modo no podría influenciar a la praxis. Ahora bien, al sistema mismo tales leyes le resultan contingentes.²⁵

En la *Parte Especial* también se trata de su axiomatización. De lo contrario surge el riesgo de la tópicidad.²⁶ El sistema de la Parte Especial no difiere sustancialmente del

²⁴ *Rödig*, Einführung in eine analytische Rechtslehre, 1986, p. 89: «axiomatización». Sobre ello, en general, ya *Gimbernat Ordeig* (n. 19), pp. 51 y ss. y 102 y ss.; *Schünemann*, en: El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, 1991, pp. 31 y ss.; *Silva Sánchez*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992, pp. 72 y ss.

²⁵ *Hruschka* (n. 14), p. 272: «indudablemente las leyes son necesarias; sin ellas a veces no podríamos operar. Como cuando han de adoptarse ciertas decisiones. Pero la doctrina general del delito podría seguir su curso también sin ellas». Contundente, *Silva Sánchez*, GA 2004, p. 680, afirmando que un concreto Ordenamiento penal nacional positivo no constituye el objeto de la dogmática jurídico-penal, sino sólo los límites de su construcción de *lege lata*.

²⁶ Advertiendo de los efectos catastróficos del trabajo no sistemático, *Rödig* (n. 24), p. 91-92. Cfr., además, *Gimbernat Ordeig* (n. 19), p. 90-91: «la falta de abstracción, por el contrario, implica la imposibilidad de distinguir dónde se hallan las características comunes que permiten subsumir bajo un concepto general toda una serie de casos concretos; su consecuencia es una práctica contradictoria que trata desigualmente supuestos de hecho jurídicamente iguales».

de la Parte General, sino que constituye su prolongación y concreción a ámbitos determinados.²⁷ Ciertamente, el sistema de delitos patrimoniales, por ejemplo, puede incluir elementos o principios distintos de los del sistema de delitos contra la vida, como por ejemplo, la disponibilidad del bien jurídico patrimonio o la ausencia de deberes de solidaridad en relación con el patrimonio ajeno. Tampoco aquí la ley positiva apenas afirma nada sobre el sistema mismo, aunque ciertamente, si es que quiere ser útil en la práctica el sistema tenderá a componérselas con la mayoría de las leyes positivas en un tiempo dado.

3. En realidad, la formación del sistema dogmático no comienza con la reducción de la complejidad de la letra de la ley positiva, sino precisamente de modo inverso, esto es, mediante la *multiplicación de la complejidad* en relación con el caso o casos regulados. Se trata, como ha puesto de manifiesto *Hruschka*, de «reunir los grupos de casos imaginables, tanto los problemáticos como los aparentemente no problemáticos, tanto los discutidos como los indiscutidos, ordenarlos y establecer variantes de manera sistemática, para conseguir sistemas completos, de casos y de sistemas de casos».²⁸ Sólo así se podrán expresar las diferencias relevantes que existen entre las diversas constelaciones, se armonizarán entre sí las soluciones, evitando contradicciones lógicas o axiológicas entre ellas y se delimitará ulteriormente el ámbito dentro del cual las propuestas de solución de casos serán racionales.²⁹

Naturalmente, en la formación de los sistemas de casos y en su posterior depuración intervienen consideraciones de diversa índole, sin que pueda hallarse algo así como un método para la formación y depuración de sistemas de casos. Lo cierto es que el dogmático trabaja habitualmente con reglas de la lógica y de teoría de la argumentación, pero no está excluido que pueda utilizar otros métodos para formar el material relevante sobre el cual proyectar las valoraciones.

4. Con todo – y esto es algo que a mi entender se desatiende en buena medida en el planteamiento de *Hruschka*³⁰ – el método sistemático en la dogmática penal tiene una segunda manifestación de carácter material, a mi juicio tanto o más importante que la primera y que la distingue de aproximaciones analíticas de otras posibles disciplinas. En efecto, basta observar la propia evolución de la construcción de la teoría del delito para constatar que, junto a la sistematización lógico-estructural del material relevante, se trata también en la dogmática jurídico-penal de la elaboración de conceptos operativos – categorías – que sean portadores de

valoraciones fundamentales.³¹ De este modo, junto a la dimensión analítica cabría destacar la dimensión ético-normativa de la dogmática dado que, en última instancia, la gran pregunta que ésta acomete es la relativa al sentido de una conducta desde el punto de vista de la *correcta* atribución de responsabilidad. Una dimensión, por cierto, que al igual que la lógica-analítica se caracteriza también por su supranacionalidad.³²

Así, por ejemplo, el nacimiento del concepto de tipo y la clasificación entre elementos objetivos y subjetivos del delito fueron importantes avances en la sistematización, si bien excesivamente orientados a lo formal.³³ La tendencia ha sido, por el contrario, desde hace mucho tiempo en la reflexión jurídico-penal de inspiración germánica la de la *sistematización de carácter material*.³⁴ La elaboración de las categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad o la separación entre imputación y desvaloración como presupuestos del delito son procesos sistemáticos que poco tienen que ver con la ordenación de unos elementos positivos, sino más bien, con teorías sobre la esencia del delito y sobre la legítima calificación de un acontecimiento como delito.³⁵ En realidad, la mirada sistemática de la dogmática penal es particular porque se proyecta sobre enunciados de deber que afectan a las relaciones entre ciudadanos o a las relaciones entre los ciudadanos y la comunidad teniendo como horizonte la consecuencia jurídica *pena*. La sistemática a la que deben someterse estos enunciados queda condicionada entonces de nuevo por la *pretensión de legitimidad* y el carácter cualificadamente coactivo de los mismos en el Derecho penal.

5. Cabe añadir que, según creo, reside aquí la principal diferencia entre el sistema del delito de cuño germánico y el angloamericano. La superioridad del primero con respecto al segundo surge de que la teoría del delito del *common law* conforma una estructura destinada a ordenar los presupuestos y efectos de la concurrencia de circunstancias del hecho y del autor, en un código de carácter binario y formal, requiriendo simplemente unos presupuestos objetivos y subjetivos, por un lado, y contemplando un conjunto de circunstancias excluyentes del castigo, por el otro. En cambio, el sistema del delito de nuestra tradición cultural, al construirse sobre la base de conceptos materiales como injusto y culpabilidad o como comportamiento prohibible y sancionable o como conducta que merece y necesita pena, permite una vinculación directa del sistema con las cuestiones de legitimación. Naturalmente, esto último sólo ha sido posible

²⁷ Así, *Köhler*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1997, p. 65; *Jakobs*, en: Schünemann u.a. (Ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, p. 810.

²⁸ *Hruschka* (n. 14), p. 267.

²⁹ *Hruschka* (n. 14), p. 267.

³⁰ Quien incluso llega a ridiculizar lo valorativo, *Hruschka*, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. XXI: «para las valoraciones rige a menudo el principio ¡“tantas cabezas, tantos sentidos”!».

³¹ Así ya *Radbruch*, en: Hegler (Ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, 1930, p. 158.

³² Así, *Silva Sánchez*, GA 2004, p. 681: una «gramática internacional» que sería un error abandonar.

³³ Véase, por ejemplo, el sistema clasificatorio de los presupuestos del delito en las categorías de “sujeto”, “objeto” y “medio” de *Berner*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 6ª ed., 1872, p. 118.

³⁴ Lo destaca, *Frisch* (n. 4), p. 165.

³⁵ Así, *Frisch* (n. 4), p. 165.

gracias a la elaboración dogmática de unos conceptos jurídicos abstractos, complejos y anclados en profundas valoraciones que contienen un potencial teórico-crítico del que están muy lejos los conceptos descriptivo-instrumentales que maneja el Derecho penal del *common law*³⁶.

6. Debe destacarse que la sistematización axiológica o teleológica no es incompatible con la sistematización lógico-estructural, sino que son dos formas complementarias y necesarias para el dogmático. La primera parte de principios legitimadores del Derecho penal y trata de desarrollarlos en un sistema articulado donde puedan verificarse en el caso concreto. La segunda parte de la agrupación de los casos en estructuras relevantes. Ahora bien, un sistema de categorías axiológicas operativas no puede proceder a establecerlas sin antes haber imaginado una gran cantidad de casos con estructuras semejantes entre sí y distintas a las de otros grupos de casos. Y un sistema de casos sólo podrá hallar estructuras relevantes (esto es, no inútiles a los efectos de imposición de pena) si antes ha identificado cuáles son las diferencias valorativas esenciales. Dicho con dos ejemplos: ¿por qué se desarrolla una valoración diferenciada para los supuestos de error de tipo y los de error de prohibición?; ¿por qué se erigen precisamente como principios analítico-estructurales en materia de dolo y error los principios de referencia y simultaneidad?.

7. La sistematización, no sólo comprendida como mera reducción de la complejidad de las leyes, es el núcleo del pensamiento dogmático y es precisamente lo que le ofrece su extraordinaria potencia por encima de otras formas de análisis de la realidad, es, en definitiva, algo constante en la ciencia del Derecho penal. Por ello no debe de extrañar que la frase con la que comienza el *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* de v. *Liszt*, a saber que: «la ciencia del Derecho penal es el conocimiento desarrollado en un todo ordenado (en un sistema) sobre el delito y la pena en sus conexiones internas»,³⁷ no solo haya mantenido su vigencia en cualquier reflexión sobre la dogmática penal desde hace casi 140 años, sino que su contenido se haya elevado a elemento

³⁶ Similar, *Schünemann* (n. 27), p. 4. *Ambos*, Principios e imputación en el Derecho penal internacional, 2008, p. 22, para el ámbito del Derecho penal internacional, considera que el sistema continental, al ser más sofisticado, redundaría en beneficio de la equidad y la justicia. *Silva Sánchez*, GA 2004, p. 682, también pone el acento en la ausencia de un sistema dogmático estructurado en el ámbito anglosajón. Por mi parte añadiría, tal y como se afirma en el texto, que la tradición dogmática continental conforma un sistema estructurado más estable y compacto por la autoconciencia sobre la necesidad de legitimación de las decisiones que se producen en su seno, lo que provoca que también las estructuras valorativas fundamentales sobre la responsabilidad penal se sustraigan a la pura contingencia o a intuicionismos y adquieran un nivel de abstracción y, por ende, de racionalidad mucho más elevado y firme.

³⁷ *Von Liszt*, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 3ª ed. 1889, p. 1.

irrenunciable de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho.³⁸ Por lo demás, constatado que la ciencia jurídico-penal encuentra su mayor desarrollo en la dogmática continental de cuño germano, resultaría grotesco identificar este modo de proceder con una determinada realidad nacional.³⁹ hace tiempo que la dogmática penal carece de fronteras.

En las contundentes palabras de *Schünemann*: «aferrarse al sistema continental europeo en su versión científica más elaborada, que es la que ha encontrado diálogo en alemán-español, constituye la defensa necesaria de un Estado de Derecho liberal contra su socavación, sea por parte de las dictaduras, sea por medio de la decadencia de las democracias. Su continuo perfeccionamiento no constituye, entonces, un juego de abalorios sin importancia práctica que sólo tiene lugar dentro de círculos científicos».⁴⁰

8. En suma: la potencia del sistema de la teoría del delito no surge por casualidad. Si la teoría del delito es una teoría de los presupuestos generales bajo los cuales puede ser hecho responsable una persona por la comisión de un hecho que entonces se define como delito y permite la imposición de una pena, es necesario que las categorías o instituciones de un sistema que tiene ese objeto pretendan expresar partes o elementos de lo que se considera la esencia de un delito y de lo que puede calificarse legítimamente como un hecho punible.⁴¹ la gran fuerza de la actividad dogmática reside precisamente en vincular los presupuestos generales del delito, esto es, la teoría de la responsabilidad penal a la teoría sobre el fin y sentido de la pena, a su fundamento de

³⁸ En lo que hay absoluto acuerdo, desde muy diversas perspectivas, p. ej.: *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, p. 1; *Hruschka*, GA 1981, pp. 241 y ss.; *Schmidhäuser* (n. 1), 1/10; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4ª ed. 2006, § 7 núm. marg. 3; *Frisch*, en: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 161 y ss.; *Zaczyk*, en: *Widmaier u.a. (Ed.)*, *Festschrift für Hans Dahs*, 2005, p. 41; *Pawlik* (n. 6), p. 472. *Hassemer*, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt (Ed.)*, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 27, por cierto, observa en la nota de la sistematización, junto a la de generalización y orientación al descubrimiento de la verdad, los datos suficientes para poder hablar de una auténtica “Ciencia del Derecho penal”.

³⁹ Así, *Silva Sánchez*, GA 2004, p. 680, advirtiendo de lo desafortunado de las perspectivas que pretender ver la dogmática jurídico-penal de cuño germánico como un producto nacional. Igualmente, *Roxin*, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 38), p. 402: «la Ciencia del Derecho penal, sin perjuicio de regulaciones en parte diferentes también de las modernas codificaciones, es sólo una, en cuya elaboración colaboran investigadores de todos los países».

⁴⁰ *Schünemann*, *InDret* 1/2008, p. 9. Muy escéptico, sin embargo, se muestra últimamente *Quintero Olivares*, en: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. 1, 2008, pp. 623 y ss. («actitud prudente hacia la dogmática»).

⁴¹ Así, *Frisch* (n. 4.), p. 166.

legitimación.⁴² De ahí que pueda afirmarse que la sistematización que lleva a cabo la dogmática penal presupone una determinada concepción acerca de la legitimidad del Derecho penal.⁴³ Asimismo ello es lo que explica que no exista una única teoría posible – ¡correcta! – sobre la sistemática del Derecho penal.⁴⁴ Ni tan siquiera puede afirmarse que exista un único modo de derivar de un fundamento de legitimación común las categorías o presupuestos del delito. En este punto la “función creadora” de la dogmática está especialmente presente.⁴⁵ La estabilización de los elementos del sistema mediante la existencia de una comunidad dogmática es presupuesto y garantía de funcionamiento del sistema. En la medida en que ésta exista y comparta unos determinados presupuestos aparecerá la tantas veces evocada función crítica de la dogmática frente al legislador y a la jurisprudencia.⁴⁶ Así, mediante la formulación de teorías y la demostración de su plausibilidad, se ha llegado a combatir convincentemente y, en ocasiones, a modificar una praxis jurisprudencial asentada

⁴² Cfr. *Frisch* (n. 4), p. 171: «en este sentido, las teorías generales del Derecho penal constituyen con toda seguridad la parte más científica del Derecho penal». Igualmente, *Jakobs*, *El Derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 15: «lo que distingue el trabajo científico de la elaboración erudita de la materia jurídica es que aquél comienza por la cuestión de la legitimidad del ordenamiento jurídico respectivo». Véase, además, la recensión de *Sánchez Lázaro*, *InDret*, 3/2009.

⁴³ Así también *Pawlik* (n. 6), 2007, p. 477: «porque delito y pena están referidos el uno al otro como presupuesto y consecuencia, la configuración del concepto de delito depende decisivamente de la forma y manera de la legitimación de la pena».

⁴⁴ Cfr. las consideraciones de *Vives Antón* (n. 4), p. 483.

⁴⁵ Me siguen pareciendo cargadas de actualidad las palabras de *Mir Puig* (n. 15), p. 21 cuando afirmaba que la génesis del Derecho romano, obra de los Juristas, podría tomarse como ejemplo hoy «para oponer un freno al creciente apriorismo de una legislación pensada “desde arriba”, desde un Estado monopolizador que tiende a suprimir la fuerza creadora de la Sociedad. En efecto, si las reformas legislativas fueran siempre el resultado y la manifestación de posiciones que han conseguido la aprobación de la doctrina dominante, tras el reposado proceso de discusión que supone la evolución histórica de la ciencia jurídica, reflejo a la larga de la evolución social general, se aseguraría mejor la adecuación del Derecho al ritmo de la sociedad y a los problemas efectivos que cada institución plantea a lo largo del tiempo y que han de servir de base a la labor dogmática, que mediante el solo recurso a un legislador generalmente demasiado apremiado y distante de las necesidades de la materia a regular. Así se evitarían, por ejemplo, los constantes desaciertos que en España han constituido las reformas del vigente Código».

⁴⁶ Cfr., por ejemplo, la decidida postura de *Muñoz Conde* en este sentido (*Muñoz Conde*, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt* [n. 38], p. 243, con referencias a sus numerosas aportaciones en la n. 34).

o un desarrollo dogmático anterior ampliamente compartido. El mejor ejemplo de ello lo constituye, con toda seguridad, la superación del dogma causal mediante la denominada teoría de la imputación objetiva.⁴⁷

De la existencia de un método sistemático aceptado en la comunidad jurídica surge lo que se ha denominado por algún teórico del Derecho la “prohibición de negación”: las proposiciones dogmáticas no pueden ser sencillamente negadas por la praxis si es que ésta está desempeñando sus funciones de manera racional, de forma que cuando se quiere discrepar de una determinada solución dogmática, se tiene la obligación de aportar “mejores argumentos”. En este sentido, el argumento de la seguridad jurídica no se mostraría suficiente para justificar un distanciamiento respecto de proposiciones dogmáticas asentadas⁴⁸. Por ello, se ha llegado a afirmar que la «dogmática limita la libertad de los juristas en la aplicación del derecho [...] define las condiciones y los límites del espacio de libertad de enjuiciamiento y la admisibilidad de nuevas construcciones y modelos argumentales para la solución de problemas jurídicos»⁴⁹.

Por lo demás, lo anterior debería conducir a desactivar una – a mi juicio corta de miras – contraposición entre democracia y método científico. En realidad, como ha recordado *Silva Sánchez*, es cuestionable que el pensamiento de la democracia pueda desempeñar papel alguno en una ciencia, dado que de lo que se trata no es de las mayorías, sino de la fuerza del mejor argumento.⁵⁰ Ciertamente, en el ámbito del Derecho y a diferencia de otras ciencias, los ciudadanos se hallan en disposición de participar en las decisiones, puesto que, al fin y al cabo el Derecho acabará determinando sus propias vidas, pero el Derecho puede apelar a que esa participación tenga lugar una vez se adquiera una serie de conocimientos ya elaborados sobre lo que se va a decidir: la dogmática impide así que se adopten decisiones *ad hoc*.⁵¹

III. Dogmática y legitimidad del Derecho

1. La necesidad de ocuparse de la legitimidad surge en la dogmática jurídico-penal de la autoconciencia con la esencia de Derecho penal: la coacción bajo pena. Dado que en definitiva se trata de ejercer coacción sobre personas particulares, de un *deber ser concreto* que se impone mediante la pena, todo sistema que no integre la pregunta por la legitimidad de ese deber dejará sin explicar una parte fundamental. Ya se aludió a la legitimidad estrictamente formal que otorga la ley. Sin embargo, el trabajo dogmático se caracteriza por la búsqueda de otra clase de razones que,

⁴⁷ Cfr. sólo la pionera obra en este sentido de *Gimbernat Ordeig*, *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 1962, *passim*.

⁴⁸ Así, *Rüthers*, *Rechtspolitisches Forum*, n° 15, 2003, p. 28.

⁴⁹ *Rüthers*, *Rechtspolitisches Forum*, n° 15, 2003, p. 29, citando en el mismo sentido a *Luhmann*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, p. 24.

⁵⁰ *Silva Sánchez*, *GA* 2004, p. 684.

⁵¹ Así, *Zaczyk* (n. 4), p. 728, n. 27.

junto a la razón derivada de la autoridad de la ley, legitimen la imposición de coacción. Es precisamente el que se trate de coacción por parte de una voluntad ajena – el Estado – lo que convierte en especialmente difícil el trabajo de justificar la operación básica del Derecho penal.⁵²

Naturalmente, esta labor de legitimación no puede separarse con nitidez de la sistemática, ya sea porque en la sistematización aparece la necesidad de la crítica, ya sea porque la crítica tiene siempre repercusiones sistemáticas.⁵³

En este punto surge ya la necesidad de referirse a las *teorías de la pena* como unidad de sentido última en virtud de la cual se forma el sistema del delito y se pueden emitir las correspondientes valoraciones sobre la legitimidad de toda una serie de aspectos concretos (entre ellos el de la argumentación sobre la ley). Naturalmente, también en la construcción de la fundamentación de la pena existen particularidades propias del método dogmático.

La perspectiva dogmática no contempla a la pena simplemente como un “factum”, como sucede en las ciencias empíricas.⁵⁴ Más bien, lo propio de la reflexión dogmática sobre la fundamentación de la pena es, de nuevo, la perspectiva de la justificación y legitimidad (y en esa medida hablan algunos incluso de un discurso “verdadero”)⁵⁵. Este aspecto es también lo que distingue a la dogmática jurídica de disciplinas como la sociología jurídica, que tratan el Derecho como un hecho dado,⁵⁶ esto es, desde una perspectiva completamente externa.⁵⁷

2. ¿Cómo es posible hablar de corrección y legitimidad de los postulados dogmáticos? Ello es posible en la medida en que no se permanezca sólo en el interior del Derecho positivo, sino que se adopte una perspectiva más amplia a partir de la cual puede juzgarse ese (y otros posibles) Derechos positivos. Naturalmente que para ello es necesario reconocer que «en el trato con la ley se entrevé algo que está detrás de ella y que

[precisamente a eso es a lo que –R.R.–] nosotros llamamos de una manera general e indeterminada “derecho”⁵⁸ o que «la ciencia del Derecho penal no sólo se refiere a la ordenación e interpretación del correspondiente Derecho vigente, sino también a su determinación crítica pre-positiva»⁵⁹ o que «en la teoría de la Parte General del Derecho penal la cuestión no son las regulaciones positivas, sino la *materia* de la regulación. No se trata de las respuestas que la ley ofrece en sus proposiciones legales positivas a determinadas preguntas, sino de esas preguntas en sí mismas. No de soluciones a problemas, sino de los problemas».⁶⁰ En definitiva: «de la cuestión del *Derecho en el Derecho*»⁶¹.

Sin embargo, como se dijo, tal perspectiva no alcanza a ser tan externa como para contemplar lo que acontece en el mundo de las leyes simplemente como un “factum” respecto del cual carezca de sentido predicar su legitimidad o ilegitimidad *jurídica*. Tampoco se trata, como creyeron los juristas medievales de la perspectiva de la autoridad, de la “*verdad revelada*”. Los finalistas, por su parte, entendieron que la afirmación sobre el derecho verdadero sólo surge a partir de la *determinación del objeto de la regulación*: la misión de la dogmática reside entonces en el descubrimiento y la aprehensión conceptual de la realidad a la que se refiere el Derecho.⁶² Estas perspectivas – y otras a las que no es posible aludir aquí – tienen en común, en efecto, el adoptar un punto de vista superior al Derecho positivo para afirmar la corrección o verdad de éste, pero yerran en situar *el discurso fuera del Derecho – en sentido metapositivo – mismo*.⁶³ Como Neumann ha formulado gráficamente: «la ciencia del Derecho tiene su propia física»⁶⁴. A estas cuestiones se suele referir la doctrina reciente cuando reclama la adopción de puntos de vista estrictamente *normativos*.⁶⁵

⁵² Lo pone especialmente de manifiesto, apelando a *Kant*, Pawlik (n. 6), p. 476.

⁵³ *Maiwald*, en: Behrends/Henckel (Ed.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 1989, p. 122: «la sistematización se transformará de improviso en crítica».

⁵⁴ Lo pone de manifiesto, *Frisch* (n. 4), p. 174.

⁵⁵ *Jakobs* (n. 42), p. 22.

⁵⁶ *Luhmann*, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, 1993, p. 5: «los juristas (y lo mismo vale mutatis mutandis para los éticos) presuponen en el concepto de norma una forma especial de existencia, que desde el siglo XIX denominan también como “validez” y se distingue del ser fáctico. Trabajan con este presupuesto porque lo esencial para el sistema jurídico es atribuir hechos a normas y de decidir si una conducta se corresponde con la norma o la infringe. Por ello el sistema jurídico halla en la distinción entre normas y hechos el fundamento de la propia manera y forma de observar el mundo. Por el contrario, la sociología es libre de tratar también las normas como hechos».

⁵⁷ *Luhmann* (n. 56), 1993, p. 2: «no es competencia de los sociólogos hallar una solución, ni tan siquiera recomendar una determinada solución».

⁵⁸ *Engisch*, *Introducción al pensamiento jurídico*, 2001, p. 218.

⁵⁹ *Köhler*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, p. 65.

⁶⁰ *Hruschka* (n. 30), p. XVI. Igualmente, *Sanz Morán* (n. 40), p. 642-643, quien recuerda que en esta misma dirección se han movido los planteamientos de autores como *Torío López*, *Bacigalupo Zapater*, *Mir Puig* o *Silva Sánchez*.

⁶¹ *Henkel*, *Introducción a la filosofía del Derecho*, 1968, (trad. *Gimbernat Ordeig*), p. 17 (cursivas en el original).

⁶² *Armin Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. IX.

⁶³ Así, por ejemplo, contra las “estructuras lógico objetivas” de *Welzel*, *Stratenwerth* (*Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”*, 1957, pp. 13 y ss.) tempranamente advirtió que al pertenecer al mundo del ser no pueden predeterminar el mundo de lo jurídico, sino que aquellas adquieren sólo significado en el marco de los principios valorativos superiores de los que parte el Derecho. Brevemente: es el Derecho el que se vincula a las estructuras del ser y no a la inversa.

⁶⁴ *Neumann*, en: Prittitz/Manoledakis (Ed.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 1999, p. 121.

⁶⁵ El credo del normativismo rezaría así: «las reglas y conceptos del Derecho penal y de la dogmática penal no se

3. Mención aparte merecen los puntos de contacto entre la dogmática jurídica y la *filosofía*. Ciertamente, determinados puntos de vista filosóficos tratan al derecho como un acontecimiento, como realidad que intentan explicar. En esa medida, estas tradiciones filosóficas no pretenden afirmar nada acerca de lo correcto o lo justo. Sin embargo, existe también una larga tradición filosófica que se ocupa de la reflexión en torno al Derecho correcto o justo.⁶⁶ Las diferencias entonces entre filosofía y dogmática jurídica son escasas, si bien puede afirmarse que mientras la primera se detiene ante concepciones fundamentales en un elevado nivel de abstracción,⁶⁷ la segunda comienza precisamente en ese punto a trabajar y trata de extraer consecuencias a partir de ellas. La dogmática construye la teoría del Derecho correcto para ámbitos concretos de la vida y para la solución de determinados problemas⁶⁸.

4. Pero entonces la cuestión es ¿cómo puede situarse el jurista en una perspectiva superior a la del Derecho positivo y mantenerse, a la vez, dentro del discurso jurídico? ¿Dónde está ese “limbo dogmático”? Probablemente tenga gran parte de razón *Jakobs* cuando precisa que ese espacio es el de «la pregunta acerca de las conexiones e interacciones del Derecho con la sociedad»⁶⁹ y también cuando afirma que «la actividad científica se ocupa principalmente de la cuestión de la legitimación del Derecho penal: la ciencia del Derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es. Con otras palabras, debe señalar qué discurso acerca de lo justo y lo injusto, en una época determinada, es un discurso verdadero, la verdadera expresión de la constitución normativa de la sociedad»⁷⁰. Algo que, por lo demás, ya había expresado Engisch en parecidos términos: «el jurista, si es que quiere dar validez a la idea del derecho, tiene que escuchar la voz del “espíritu objetivo”. Ha de saber qué es lo que ordena la exigencia del día, qué ideas supralegales exigen consideración y cuáles están maduras para ser aplicadas jurídicamente. Sin egoísmo, tiene que sentirse servidor de las concepciones sociales, morales y culturales dominantes. No puede ser reaccionario ni revolucionario»⁷¹.

5. El “limbo dogmático” se caracterizaría, por consiguiente, tanto por la autonomía de la dogmática (la ciencia jurídico-

determinan desde fuera, sino que se conforman autónomamente por estos mismos» (*Neumann* [n. 64], p. 121).

⁶⁶ Véase, por ejemplo, *Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., 2007, pp. 56 y ss.; *Seelmann*, *Rechtsphilosophie*, 4ª ed., 2007, pp. 99 y ss. Desde otra perspectiva, véase, igualmente, *Vives Antón* (n. 4), pp. 468 y ss, quien, en todo caso, pone el acento en los criterios de justicia.

⁶⁷ Véanse las consideraciones al respecto de *Loos*, en: *Loos/Jehle*, *Bedeutung der Rechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart*, 2007, p. 155 y ss.

⁶⁸ Con claridad, *Frisch* (n. 4), p. 175.

⁶⁹ *Jakobs* (n. 42), p. 17.

⁷⁰ *Jakobs* (n. 42), p. 22.

⁷¹ *Engisch* (n. 58), p. 232.

penal) para poner «en relación el Derecho con el espíritu de su tiempo», de manera que «le reconoce o le desconoce legitimidad al Derecho a partir de ese espíritu»,⁷² como por su vínculo, como se ha expresado por algún autor de confesada tradición analítica, con una «determinada praxis social» que determina «si es justo o injusto hacer responsable al autor».⁷³ De ahí que, ciertamente, «los límites de la responsabilidad se determinen mediante reglas sociales, no mediante factores ontológicos».⁷⁴ La cuestión, sin embargo, va mucho más lejos siendo, entonces, la de si con el reconocimiento de la existencia de «criterios de corrección aceptados socialmente»,⁷⁵ no se está manifestando a la vez que más allá del consenso (necesariamente concreto y contingente) existe en (y es presupuesto de) toda sociedad una presencia estable de las *ideas abstractas* de justicia y de Derecho, ideas de las que la dogmática se nutre directamente.⁷⁶ Si la respuesta es afirmativa, entonces puede concluirse que los límites y sujeciones de la dogmática jurídico-penal no son otros que los derivados de la propias ideas de justicia y Derecho⁷⁷ y que sus competencias terminan allí donde comienza la irracionalidad de las premisas.⁷⁸

IV. Consideración final

Las consideraciones precedentes requerirían una multitud de aclaraciones metodológicas que aquí no es posible ni tan siquiera insinuar. Únicamente, en cuanto a la dogmática

⁷² *Jakobs* (n. 42), 2008, p. 23.

⁷³ *Neumann* (n. 64), p. 123: «consenso».

⁷⁴ *Neumann* (n. 64), p. 124.

⁷⁵ Se detiene en este punto *Neumann* (n. 42), p. 124.

⁷⁶ Y cabe añadir con *Zaczyk*: ideas a las que la dogmática realiza una aportación que ni la legislación ni la jurisprudencia en el desempeño de sus funciones pueden realizar (*Zaczyk* [n. 4], 2007, p. 732).

⁷⁷ Por ello, a diferencia de lo que opina *Neumann* (vid. las notas anteriores), no se trata sólo de los criterios de corrección de una “praxis determinada”, esto es, no – como acertadamente advirtió *Gimbernat Ordeig* («¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en: *Estudios de Derecho penal*, 3º ed., 1990, p. 161) – de “verdades parciales”, sino de la “verdad como totalidad”. A algo similar, según creo, apuntaba *Henkel*, *Introducción a la filosofía del Derecho*, 1968, (trad. *Gimbernat Ordeig*), p. 737, cuando afirmaba que «fuerza jurídica obligatoria la tiene toda regulación que presente la tendencia a realizar el valor jurídico [...] la norma jurídica tiene su *base material de vinculabilidad* en que el contenido de lo que ella exige *se corresponda con la sustancia esencial o esencia del Derecho*» (con cursivas en el original). Cuando no se da esta correspondencia entonces se «erosiona la confianza de la generalidad en el Derecho» (*Maiwald* [n. 53], p. 135) y se producen «leyes de deshecho» (*Jakobs* [n. 42], p. 23).

⁷⁸ Similar, *Maiwald* (n. 53), p. 137: «sus competencias terminan – *solamente* [R.R.] – allí donde comienza la indemostrabilidad de las premisas».

como ciencia del Derecho: el objeto fundamental de la dogmática no es el Derecho positivo, sino el Derecho desde el punto de vista abstracto.⁷⁹ A ella le compete la elaboración de lo teórico, operando deductivamente mediante la elección de unas premisas y formulando proposiciones prescriptivas en el interior de un sistema. Mientras el jurista formalista sólo incluirá entre sus premisas el derecho positivo, otros podrán acudir a un conjunto de argumentos que estarán más allá (fundamentalmente los que giran en torno a la idea de justicia). Dado que en el Derecho penal se dan ciertas particularidades (las proposiciones prescriptivas y el propio sistema deben poder legitimarse a la luz de premisas sobre la justificación y sentido de la instituciones pena y delito), siendo ahí donde reside la especificidad e identidad de la dogmática jurídico-penal, el mencionado formalista carecerá de una teoría para la legitimación y el positivista (metodológico),⁸⁰ pese a tenerla, carecerá de argumentos para negar la (por lo menos menor) validez de aquellas normas positivas que se manifiesten contrarias a sus propias premisas. La dogmática-jurídico penal, en cambio, puede actuar coherentemente y, entre otras cosas, calificar a la operación pretendidamente jurídica en cuestión como mero acto de poder.

⁷⁹ Véase recientemente, en esta misma dirección, *Schuhr*, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, 2006, pp. 31 y ss. y 45 y ss.

⁸⁰ Sobre las diversas clases de positivismo y su relación con la dogmática penal, véase *Ortiz de Urbina Gimeno*, *La excusa del positivismo*, 2007, pp. 31-113.
