

Necesidad y viabilidad de una dogmática penal latinoamericana que responda más a las realidades nacionales de la región

~Prof. Dr. Dr. h.c. Moisés Moreno Hernández~

Director del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM) y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. México. Socio FICP

I.- JUSTIFICACIÓN DEL TEMA EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN

1. La globalización e internacionalización y sus impactos en la vida de los pueblos:

a) Al intervenir en este Congreso Internacional, organizado por la Fundación Internacional de Ciencias Penales, que conjunta a teóricos del derecho penal de Europa y América Latina, he querido abordar algunas ideas que se han venido planteando desde hace algunos años en diversos foros, sobre la *“la necesidad y viabilidad de una dogmática para los países de la región latinoamericana más acorde a sus realidades y necesidades nacionales”* y los *“grandes retos que implicaría su desarrollo”*.

Lo anterior, aunque a primera vista pudiera parecer descabellado, tiene sin duda su razón de ser y su justificación; pero, para evitar malos entendidos, ya que podría darse la sensación de que vamos a contracorriente, es decir, contra lo que ha sido la tradición y el normal desarrollo de las cosas, debo antes hacer algunas aclaraciones sobre las condiciones actuales en que esta idea se plantea.

b) Es innegable que hoy el mundo moderno se caracteriza por la *tecnología de punta*, los *mercados comunes*, la *unidad de la moneda*, las *telecomunicaciones*, los *movimientos migratorios*, así como por el fenómeno de la *globalización e internacionalización* que se manifiesta en diversos ámbitos de la vida socio-económica, política, cultural, científica y técnica, etcétera¹, de los pueblos, vislumbrándose nuestro

¹ Así, se habla de: *globalización o mundialización de la economía; coalición mundial contra la pobreza; coalición mundial contra el terrorismo; combate globalizado del hambre y de la ignorancia*, así como de *globalización en la lucha contra la delincuencia organizada*, por considerar que prácticamente toda delincuencia organizada es *transnacional*, entre otras. Véase, DE VEGA GARCÍA, Pedro, *Mundialización y Derecho constitucional*; Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, Col., 1998; AGUILAR MONTEVERDE, Alonso, *Globalización y capitalismo*, Plaza Janés, México, 2002; AMIN,

planeta como una “comunidad”. Todo ello obliga, igualmente, a pensar a un nivel global o internacional, cuando de *delincuencia*, de *política criminal*, de *derecho penal* y de *dogmática penal*, se trata.

Esta visión, entonces, ya no puede negarse en el mundo de hoy; con los desarrollos de la tecnología, las transformaciones de los medios de comunicación y la informática, en los tiempos actuales las sociedades, los pueblos, el mundo todo, se encuentran cada vez más “interconectados”, y de ahí que ahora se hable de una “comunidad internacional”. Es decir, el proceso de globalización ha provocado un acelerado desarrollo internacional y ha generado estrechos vínculos *supranacionales*, que superan la dimensión *intranacional* y ha conducido a una profunda interdependencia no solo entre los Estados, sino incluso entre las organizaciones y los hombres que forman parte de ellos. Siendo el principal ejemplo de ello la *Unión Europea*², así como el hecho de que ahora estemos reunidos aquí personas de muchas partes del mundo, discutiendo sobre problemas de interés común, como son los “*problemas actuales de las ciencias penales*”, buscando soluciones comunes; y qué bueno que ello sucede en América Latina.

c) Sin embargo, habrá que reconocer que dicho fenómeno ha obligado a superar los esquemas de organización política tradicionales y a buscar nuevas estructuras de entendimiento que van más allá de las fronteras convencionales. Asimismo, ha puesto de manifiesto no sólo la *crisis del Estado-Nación* contemporáneo sino también ha puesto en tela de juicio la vigencia de ciertos principios tradicionales que han sido considerados pilares de Estados democráticos de Derecho y del derecho penal propio de ese tipo de Estado. Por ello, la globalización también ha sido cuestionada, porque ha provocado el

Samir, Los desafíos de la mundialización, Siglo XXI, México, 1997; DIETRICH, Heinz, Identidad nacional y globalización, Nuestro Tiempo, México, 2000; SAXE-FERNÁNDEZ, John (coord.), Globalización: Crítica a un paradigma, UNAM/Plaza Janés, México, 1999; FALK, Richard, La globalización depredadora. Una crítica, Siglo Veintiuno, Madrid, 2002.

² Son ya muchos los acontecimientos de los últimos años que muestran la tendencia de lo que será la nueva organización político-estatal, así como los nuevos esquemas en los que se orientarán los sistemas de justicia. A la luz de estos fenómenos, los principios o contenidos clásicos del *Estado-Nación* contemporáneo empiezan a ser replanteados para adecuarlos a esta ineludible tendencia. Muestra importante de ello es lo que ha sucedido en los países que conforman la *Unión Europea*, a raíz de los Tratados de Maastrich, los que, sin perder la autonomía de gobierno y la supremacía sobre su territorio, han convenido reglas que permiten niveles de cooperación más ágiles y eficaces, en órdenes como el económico y el jurídico, entre otros. Lo propio puede decirse con relación a los países que integran la *Cuenca del Pacífico* y con lo que ha implicado el *Tratado Trilateral de Libre Comercio*, firmado por los países de América del Norte, o el de los países del Cono Sur.

debilitamiento de los lazos territoriales entre la gente y el Estado y porque va desplazando la identidad política, y va “erosionando los principios de la ciudadanía tradicional”³. De ahí que, se van generando movimientos opuestos a dicha tendencia, algunos moderados y otros radicales, como el de los *globalifóbicos*, o el de los “*nacionalismos extremos*”, que van vinculados con fenómenos como los que generaron el *Brexit* (en Inglaterra), los resultados del plebiscito frente a los acuerdos de paz en Colombia, o que siguen tendencias “*xenofóbicas*” y “*racistas*”, como el nacionalismo que impulsa D. TRUMP (en EUA), quien opta por construir muros para cerrar fronteras en lugar de tender puentes, con el pretexto de proteger a los connacionales, o lo que se vislumbra en Francia y otros países, que incluso pone en jaque a la propia Unión Europea y que igualmente son una realidad de los tiempos actuales.

2. Las implicaciones de la globalización en el ámbito de la política criminal y de la dogmática penal (y alcances de la propuesta):

a) Así como el proceso de internacionalización y de globalización tiene repercusiones en el campo de la delincuencia, de la política criminal y del derecho penal, también tiene implicaciones en el ámbito de la *dogmática penal*; la que, igualmente se puede decir que se ha internacionalizado y globalizado. En efecto, siendo el *delito* el objeto de atención de la política criminal y del derecho penal, estos se ven impactados por los cambios que dicho objeto va experimentando; por lo que, si el delito trasciende las fronteras nacionales y ramifica sus actividades en amplios ámbitos de influencia, surge también la necesidad de que la política criminal y el derecho penal se internacionalicen. Y, en tanto el objeto de análisis se modifique, la dogmática penal se verá también obligada a transformarse; y ello puede implicar, asimismo, que los criterios dogmáticos tradicionales, elaborados en torno a un determinado objeto de análisis, tengan igualmente que ser revisados para ver qué tanto están en condiciones de seguir siendo la base teórica de la política penal, así como seguir siendo el método para analizar, interpretar y explicar sistemáticamente los diversos contenidos de la ley penal, con la finalidad de hacer realidad los objetivos político-criminales del derecho penal. Esta cuestión se plantearía así, al menos en los ámbitos del mundo en los que la dogmática penal juega, o puede jugar, ese

³ FALK, Richard, *op. cit.*, pp. 223 y s.

importante papel⁴.

b) Ahora bien, el hablar de una “*dogmática penal latinoamericana*” a estas alturas, cuando la dogmática penal en general ha tenido un importante desarrollo, podría entenderse como un contrasentido, es decir, daría la sensación de que seguimos una tendencia opuesta a la corriente antes descrita; en otros términos, la propuesta podría hacer pensar que detrás de ella hay una idea “regionalista” o un “nacionalismo” rancio e infundado, que tal vez podría identificarse con la tendencia globalizadora. Pero, lo cierto es que esta idea obedece a otras razones, como la de que en América Latina se desarrolle tanto una *política criminal* como un *derecho penal* y una *dogmática penal*, que se ajusten más a sus realidades nacionales y sean una respuesta a sus propias necesidades. Esa idea, como se ha dicho, se ha venido planteando desde hace ya algún tiempo y en foros más recientes que han tenido lugar en algunos países de la región, y que ahora la traigo a esta mesa de discusión.

II. RAZONES PARA UNA DOGMÁTICA PENAL LATINOAMERICANA:

1. La conformación de la política criminal y la dogmática penal en América Latina: la influencia predominante de modelos europeos:

a) Razón e impactos de la influencia de los modelos europeos:

1) Desde que los países latinoamericanos fueron impactados por la cultura europea, empezando por la española⁵, hemos vivido hasta ahora en cierta medida a expensas de lo que sucede en el ámbito europeo, con mayor o menor preferencia por los aportes de los países del viejo continente, dependiendo del campo de que se trate. Así, por ejemplo, como en otras épocas, en los últimos tiempos los países de la región hemos estado, igualmente en mayor o menor medida, atentos de lo que sucede en el ámbito del Derecho penal europeo⁶, tanto desde la perspectiva *político-criminal* como de la *dogmática penal*; al grado tal que algunos penalistas modernos de este lado del Atlántico han adoptado como misión principal el ocuparse de difundir el pensamiento de ciertos penalistas europeos, sobre todo

⁴ Es decir, en tanto se entienda que entre política criminal, derecho penal y dogmática penal debe existir una estrecha vinculación, habrá que aceptar que toda transformación que experimenten la política criminal (penal) y el derecho penal ha de traer importantes repercusiones para la dogmática penal, sobre todo cuando el ámbito del objeto de conocimiento no sólo se ensancha sino que también se problematiza.

⁵ Pero también por la italiana, francesa, alemana, entre otras, en sus respectivos momentos.

⁶ Sobre todo en España, Italia y Alemania.

alemanes⁷; pero, muchas veces olvidándose de nuestras propias realidades y necesidades, que obligan a desarrollar algo que se acomode más a dichas necesidades y realidades, en lugar de sólo importar por importar ideas desarrolladas en torno a otras realidades.

Es claro que esta actitud no tiene que ser criticable y criticada sin más, porque también cumple la importante función de mantenernos en contacto con lo que sucede en otras culturas en materia de política criminal y de ciencias penales, es decir, ayuda a que no nos mantengamos aislados y a que nos pongamos a reflexionar sobre problemas comunes y formas de enfrentarlos. Y no hay duda que ello influye en la orientación que se le va dando a los desarrollos político-criminales y dogmáticos en los países de habla hispana, al grado que algunas de esas elaboraciones han encontrado cabida en nuestras discusiones teóricas o incluso han sido introducidas en los propios textos legales, no obstante tratarse de criterios que aún se encuentran en constante elaboración o respecto de los cuales todavía no existe el convencimiento sobre la fuerza de su viabilidad práctica. Es decir, muchas veces se las adopta porque son construcciones que de pronto parecen “*novedosas*” y no tanto porque se ocupen de los problemas reales que tenemos y que ofrezcan soluciones para ellos⁸.

2) Ciertamente, como se ha dicho, los penalistas (y los criminólogos) latinoamericanos hemos sido muy asiduos a las “*modas*” o a las cosas que parecen “*novedosas*”, con independencia de su razón de ser y del ámbito en que se dan. Esa vulnerabilidad o permeabilidad nuestra ha hecho, por ejemplo, que en el sector de la política criminal en las primeras décadas del Siglo XX, ante la fuerte presencia del pensamiento “*positivista*” italiano, hayamos optado por introducir en nuestras legislaciones penales toda una serie de criterios o principios propios del positivismo, desatendiendo incluso la ideología de corte liberal recogida⁹ en las Constituciones Políticas¹⁰. Igualmente, en el ámbito de la dogmática penal, durante varias décadas del Siglo XX se asentó e impuso en la doctrina penal latinoamericana los criterios del llamado *sistema causalista*, iniciado

⁷ Traduciendo al español hasta la más leve manifestación de ellos, como ha sucedido, por ejemplo, con las obras de profesores como ROXIN, JAKOBS, HASSEMER, entre otros; en tanto que otros, quizá también muy destacados, no han corrido la misma suerte.

⁸ Tenemos muchos ejemplos de esto en el ámbito latinoamericano.

⁹ También por influencias provenientes del exterior, sobre todo de países europeos.

¹⁰ Como ha sucedido, por ejemplo, en la legislación penal mexicana. V. MORENO HERNÁNDEZ, M., Orientaciones político-criminales ..., *loc. cit.* ; pero, por supuesto, también en las legislaciones de otros países, como Colombia, de cuyo Código Penal se decía que era más positivista que el propio pensamiento italiano de LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO.

en Alemania por LISZT, BELING y RADBRUCH, y llevado a su mayor desarrollo por MEZGER, siendo este último uno de los que mayor influencia tuvo en los penalistas de habla hispana¹¹. Y sólo a partir de mediados del siglo XX es que empezamos a tener noticias del *sistema finalista* de WELZEL¹², sin que pudiéramos observar –a diferencia de lo que sucedió en Alemania o en otros países- una amplia polémica entre seguidores de ambos sistemas, salvo ciertas excepciones¹³, hasta llegar a las últimas décadas en que también somos espectadores -y en cierta medida partícipes- de la discusión europea entre *finalismo* y *funcionalismo*¹⁴, y sin mayores reservas o discusiones nos convertimos en partidarios de una o de otra concepción o corriente de pensamiento.¹⁵

b) La influencia de los modelos europeos en la política criminal de A.L.:

1) En efecto, por lo que hace al ámbito de la *política criminal*, en las legislaciones penales de los países latinoamericanos, en las que igualmente se parte de la base de que el Derecho penal constituye un instrumento político-criminal en manos del Estado, que puede revestir determinadas características según la “función” que se le atribuya y los “alcances” con que se le conciba y utilice por el propio Estado¹⁶, es perceptible la influencia de las corrientes de pensamiento filosófico-políticas que han estado vigentes en los distintos

¹¹ A raíz de que en 1935 fue traducida la 2ª ed. de su Tratado de Derecho Penal por Rodríguez Muñoz. Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, M., Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana, en: Criminalia, Año LVIII, núm. 3, septiembre-diciembre, 1992.

¹² Sobre todo a partir de la traducción de su Derecho Penal Alemán en 1956 por Fontán Balestra.

¹³ Véase, por ejemplo, ZAFFARONI, E.R., Teoría del delito, B. Aires, 1973; BACIGALUPO, E., Lineamientos de la teoría del delito, B. Aires, 1974; BUSTOS RAMÍREZ, J., Culpa y finalidad (los delitos culposos y la teoría final de la acción), Santiago de Chile, 1967; del mismo, Manual de derecho penal español, Parte General, Ariel, Barcelona, 1984; CURY, E. Orientación para el estudio de la teoría del delito, Santiago de Chile, 1965; TAVARES, Juarez, Teorías del delito, ed. Hammurabi, B. Aires, 1983; NOVOA MONREAL, E., Causalismo y finalismo en Derecho penal, Ed. Juricentro, S.J., C. Rica, 1980; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., Derecho penal fundamental, ed. Temis, Bogotá, 1986; AGUDELO B., Nodier, Curso de derecho penal. Esquemas del delito, Bogotá, 2ª. ed., 1993; ORELLANA WIARCO, O.A., Teoría del delito. Sistemas causalista y finalista, Ed. Porrúa, México, 1994.

¹⁴ Incluso hace algunos años se realizó en México un Seminario Internacional que tuvo como objetivo central confrontar las posiciones de ROXIN y JAKOBS en el contexto del *Funcionalismo*, con la participación directa de estos dos profesores, además de la participación de otros destacados exponentes, como: Bernd SCHÜNEMANN, Enrique GIMBERNAT, Eberhard STRUENSEE, Álvaro BUNSTER, entre otros. Véase, M. MORENO HERNÁNDEZ (coord.), Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI, Ed. Ius Poenale, CEPOLCRIM, México, 2003.

¹⁵ Cfr. críticamente ZAFFARONI, E.R., El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales, *loc. cit.*; véase, también, GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, Teoría de la imputación objetiva, Revista de Política Criminal y Ciencias Penales, ed. Jus Poenale, Nr. 1 especial, México, 1999, pp. 53 y ss.

¹⁶ Éste puede utilizarlo “al servicio” del hombre o “para servirse” del hombre; y, dependiendo de ello y de la forma de su utilización, el Derecho penal observará *límites* o no; lo que servirá para determinar los criterios político-criminales en que se sustenta la legislación penal.

momentos de desarrollo de la legislación penal, sobre todo durante los siglos XIX y XX. En ese período se podrá notar, tanto en la legislación penal como en la doctrina penal, con mayor o menor prevalencia, la influencia de las corrientes de pensamiento político-criminal de las escuelas penales *clásica* y *positivista* surgidas en Europa¹⁷; pero, igualmente, de otras corrientes de pensamiento.

2) El *pensamiento clásico* (de BECCARIA, ROSSI, CARMIGNANI y CARRARA), que se desarrolló desde la segunda mitad del siglo XVIII y se impuso hasta la segunda mitad del siglo XIX, ha tenido una influencia decisiva en la política criminal y en la legislación penal de países latinoamericanos, sobre todo en las surgidas durante el siglo XIX. Esta corriente de pensamiento parte de una determinada concepción filosófico-política en torno al hombre y al Estado; al hombre se le concibe como *persona*, como *fin en sí mismo*, como *ser capaz* y *libre*, además de que se le reconocen ciertos derechos que son inherentes a su naturaleza humana y, por ello, deben ser observados por el Estado¹⁸. Asimismo, durante su vigencia se acuñaron principios fundamentales que tienen la función de limitar el *ius puniendi* estatal y garantizar la observancia de derechos humanos, entre los que destacan: el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), el principio de acto (*nullum crimen sine actione*), el de culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*), entre otros, que constituyeron los pilares del llamado “Derecho penal liberal”¹⁹.

¹⁷ Véase sobre esto, por lo que hace a México, Francisco GONZÁLEZ DE LA VEGA, La reforma de las leyes penales en México, 1935; Miguel S. MACEDO, Apuntes para la historia del derecho penal mexicano, México, 1931; Celestino PORTE PETIT, Evolución penal en México, México, 1965; José Ángel CENICEROS, Evolución del derecho mexicano (1912-1942), México, 1943.

¹⁸ De ahí la *declaración de los derechos del hombre* después de la revolución francesa (1789); y de ahí también que, dadas las exigencias de la época contemporánea, el reconocimiento universal de los derechos fundamentales del hombre nuevamente se consigne en la Carta de las Naciones Unidas (1945), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), entre otros instrumentos que establecen vallas teóricas adecuadas a los excesos legislativos de cualquier gobierno de pretensión totalitaria. *Cfr.* al respecto, BECCARIA, César, Tratado de los Delitos y de las Penas, Madrid, Imprenta de Albán, 1822; primera edición facsimilar, De. Porrúa, S.A., México, 1982; CARRARA, F., Programa de Derecho Criminal I, Temis, Bogotá, 1977; ROVIRA VIÑAS, Antonio, El abuso de los derechos fundamentales, Barcelona, 1983, p. 55 sigs.; véase, también, HORMAZABAL MALAREE, H., Política Penal en el Estado democrático, en: El Poder Penal del Estado, Ed. Depalma, B. Aires, 1985, pp. 155 y ss.; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Presente y futuro de la legislación penal, en: Hacia el derecho penal del nuevo milenio, PGR, México, 1991 (1993), pp. 221 y ss.; del mismo, Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México, Ed. Ius Poenale, CEPOLCRIM, México, 1999.

¹⁹ *Cfr.* BECCARIA, César, *op. cit.*; véase, también, MIR PUIG, Santiago, El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Ariel Derecho, Barcelona, 1994; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, El Estado de Derecho mexicano, en: Crónica Legislativa, Órgano de Información de la LVI Legislatura, Año V, Nueva Época, No. 8,

Por ello, esta concepción filosófico-política, que se corresponde con el concepto de *Estado de Derecho*, el cual se sustenta igualmente en principios como el de *división de poderes*, de *legalidad* y de *igualdad ante la ley*, entre otros²⁰, rechaza facultades omnímodas del Estado, tanto en el ejercicio del poder en el campo legislativo como en los otros campos en que el poder se divide, para evitar caer en el totalitarismo y, consecuentemente, en el anterior absolutismo. Concepción que prevalece en la posterior evolución del Estado, como *Estado democrático de derecho*, tal como actualmente se le conoce, y que por ello sigue orientando al derecho penal de los últimos tiempos²¹.

3) El *pensamiento positivista* (LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO)²², por su parte, surgió también en el ámbito europeo en la segunda mitad del siglo XIX y, en contraposición al clásico, rechazó las ideas metafísicas en que aquella se sustentó, como es el reconocimiento de la *libertad* del hombre²³; pero, igualmente tuvo una gran influencia en las legislaciones penales de los países de la región latinoamericana, sobre todo de las que aparecieron en las primeras décadas del siglo XX. Los criterios político-criminales cambiaron; se rechazaron los criterios clásicos de corte metafísico, por considerarlos irracionales, y también se rechazaron los principios que le sirvieron de sustento y se generaron otros. Así, por ejemplo, se rechazó el *principio de culpabilidad*, por sustentarse en el reconocimiento de la libertad del hombre²⁴, y lo sustituyó el *principio de peligrosidad*, que nada tiene que ver con el *libre albedrío*; y, al lado de las ideas

abril-mayo, Cámara de Diputados, México, 1996, pp. 55 y ss.

²⁰ Véase sobre este punto, PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid 1984 sobre todo pp.187 y ss.; R.H.S. GROSMAN, *Biografía del Estado Moderno*; Fondo de Cultura Económica, 1977; Ernst FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, entre otros.

²¹ Véase sobre esto: BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 95 y ss.; RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *La reforma penal de la ilustración*, *Doctrina Penal*, Año 11, Núm. 41 a 44, Depalma, B. Aires, 1988, pp. 231 y ss.; ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal*, Ediar, B. Aires, 1977, pp. 221 y ss.; del mismo, *La ideología de la legislación penal mexicana*, *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, vol. VIII, 1985, pp. 45 y ss.; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: *Orientaciones político-criminales de las recientes reformas al Código Penal del Distrito Federal*, *Revista del ILANUD*, Año 8, Nr. 21-22, pp. 33 y ss.; *Presente y futuro de la legislación penal*, en: *Hacia el Derecho Penal del Nuevo Milenio*, PGR, México, 1993, pp. 221 y ss.

²² En donde destaca la antropología de Lombroso, la doctrina sociológica de FERRI y GARÓFALO, entre otros. *Cfr.* RUIZ FUNES, Mariano, *Delito y libertad*, Madrid, 1930; MARCO DEL PONT, Luís, *Los Criminólogos (Los fundadores, el exilio español)*, UNAM, México, 1986.

²³ A éste ya no se le concibe como "persona" sino como cosa o instrumento que el Estado puede utilizar para sus propios fines; consecuentemente, no se le reconocen derechos que puedan constituir un criterio para la delimitación del poder estatal. *Cfr.* Juan GONZÁLEZ A. ALPUCHE, *El crepúsculo de la doctrina positiva del derecho penal*, México, 1952.

²⁴ Para el positivismo de entonces la libertad no existe, porque desde la perspectiva de los métodos de las ciencias naturales resultaba indemostrable.

retribucionistas, empezaron a desarrollarse las ideas *preventivistas*. Con esta discusión se llegó al final del siglo XIX, y casi tomadas de la mano cruzan los umbrales del siglo XX la teoría retributiva y la preventiva; es decir, el criterio que busca el límite de la pena en la *culpabilidad* del autor, por un lado, y el que se basa en la *peligrosidad* del autor y en la exigencia del tratamiento, por el otro²⁵. En otros términos, los conceptos de culpabilidad y de peligrosidad empiezan a transitar juntos el amplio campo de la política criminal y del derecho penal²⁶.

4) No hay duda que los criterios político-criminales que mayor impacto tuvieron en la política criminal y en la legislación penal de principios del siglo XX en el ámbito latinoamericano, fueron los de la escuela positivista, es decir, los opuestos a los del derecho penal liberal, como se observa de los contenidos de los Códigos Penales latinoamericanos de las primeras décadas de ese siglo. Y si bien en etapas posteriores la lucha entre ambas corrientes de pensamiento ha continuado, ha habido una tendencia clara –al menos en el plano teórico– a favor de la prevalencia de los criterios *liberales* y *democráticos*, como se observó a partir de la década de los sesenta²⁷, producto de la influencia del movimiento internacional iniciado en Europa occidental en la década de los cincuenta, después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y el abuso del Derecho penal en el castigo y en la eliminación de grupos humanos enteros, que planteó el renacimiento de las *ideas humanistas* en el sistema de justicia penal y la configuración de un Derecho penal más humano. No obstante que esta tendencia político-criminal va acorde con la corriente de mayor respeto de los derechos humanos y, por ende, con la idea de mayores controles al

²⁵ Véase sobre esto, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad, en: El Poder Penal del Estado, Homenaje a Hilde KAUFMANN, Ed. Depalma, B. Aires, 1985, pp. 391 y sigs.

²⁶ Pero, en esta discusión también pueden observarse influencias del pensamiento político-criminal de Franz von LISZT y Adolphe PRINZ, de la teoría de las normas de Karl BINDING, de la antropología de C. LOMBROSO, de la doctrina sociológica de E. FERRI y GARÓFALO, del pragmatismo de Q. SALDAÑA y de los proyectos de Código Penal de Carl STOOB, entre otros; todos ellos surgidos en Europa en la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, cuya influencia se observa sobre todo en los Códigos Penales de 1929 y 1931 de México. A principios del siglo XX hubieron otras manifestaciones, pero que no eran sino derivaciones o posteriores desarrollos de las anteriores corrientes de pensamiento, como es el caso del *pensamiento neopositivista* o de la escuela de la *defensa social*. Véase GONZALEZ DE LA VEGA, F., La Reforma de las leyes penales en México, México, 1935; MACEDO, M., Apuntes para la historia del Derecho penal mexicano, México, 1931; PORTE PETIT, C., Evolución Penal en México, México, 1965; CENICEROS, J. A., Evolución del Derecho mexicano (1912-1942), México, 1943.

²⁷ En que se planteó la elaboración de un Código Penal Tipo Latinoamericano por los penalistas de la región, que fueron convocados por el profesor chileno Eduardo NOVOA MONREAL.

ejercicio del poder penal, no hay duda que ella ha encontrado en los últimos tiempos fuerte resistencia –visible en ciertos ámbitos oficiales de control-, sobre todo ante el desarrollo del fenómeno de la *delincuencia organizada*, sea nacional o transnacional, que se ha hecho más evidente en los últimos tiempos con los procesos de globalización e internacionalización, y que ha traído como consecuencia la internacionalización del delito y de la política criminal; además, ha sido el pretexto para el endurecimiento de las medidas penales en países de la región a niveles que se antojan irracionales.

c) La influencia de los modelos teóricos europeos en la dogmática penal latinoamericana:

1) La dogmática penal de los países latinoamericanos, como construcción sistemática en torno al derecho penal, ha sido diseñada y desarrollada por el influjo de las corrientes de pensamiento provenientes de países europeos, como España, Italia y Alemania, en donde las construcciones dogmáticas se han desarrollado durante los últimos casi ciento cuarenta años, desde las elaboraciones de Franz VON LISZT hasta las construcciones sistemáticas de ROXIN, JAKOBS y SCHÜNEMANN, pasando por las de BELING, FRANK, MEZGER, WELZEL, MAURACH, JESCHECK, KAUFMANN, STRATENWERTH, entre muchos otros. Esas corrientes de pensamiento, que han repercutido en las elaboraciones sistemáticas de los últimos ciento cuarenta años, han encontrado terreno fértil en los países de América Latina, así como en otras regiones; y, aún cuando con distinto grado de asimilación y de conocimiento de sus fundamentos y de sus implicaciones político-criminales, es innegable la recepción de los conocidos sistemas de análisis: el *causalismo*, en sus vertientes *naturalista*²⁸ y *normativista* o *teleológica*²⁹; el *finalismo*, de base *ontológica*³⁰, y el *funcionalismo*³¹, con inspiraciones diversas (*neokantismo*, *sociologismo funcionalista*, *neohegelianismo*, entre otras)³².

²⁸ LISZT-BELING-RADBRUCH.

²⁹ FRANK-MAYER-HEGLER-MEZGER, entre otros.

³⁰ WELZEL, MAURACH, JESCHECK, NIESE, STRATENWERTH, KAUFMANN, entre otros.

³¹ ROXIN y JAKOBS, entre otros.

³² El funcionalismo, por oposición al *finalismo* y a su metodología, en los últimos tiempos ha experimentado importantes desarrollos y ha seguido al menos dos vertientes distintas: a) la encabezada por ROXIN, quien objeta y se separa del *método* del finalismo por considerar su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente lógico-abstractas, y b) la liderada por JAKOBS, quien centra su censura en el *método ontológico* y, por tanto, en la idea de vincular al legislador y a la ciencia del derecho penal, a las *estructuras lógico-objetivas*, anunciando incluso, desde hace unas décadas, que asistimos al declive de la dogmática de

Es decir, además del pensamiento de los penalistas *italianos* (CARRARA, FERRI, ANTOLISEI, MAGGIORE, MANZINI, RANIERI, VANNINI, PETROCELLI, BETTIOL, etc.) y *españoles* (ANTÓN ONECA, JIMÉNEZ DE ASÚA, CUELLO CALÓN, QUINTANO RIPOLLÉS, DEL ROSAL, RODRÍGUEZ DEVESA, BARBERO SANTOS, CÓRDOBA RODA, CEREZO MIR, GIMBERNAT ORDEIG, BERISTÁIN I, MUÑOZ CONDE, ARROYO ZAPATERO, MIR PUIG, entre otros), también el de los *alemanes* ha sido significativo en la conformación de la dogmática penal latinoamericana, aunque no siempre de manera directa³³.

Ciertamente, no puede negarse que a principios del siglo XX la dogmática penal era ya conocida en nuestra región latinoamericana en sus primeras versiones, conocidas como "*sistema clásico*" y "*neoclásico*", surgidas en Alemania; la primera a finales del siglo XIX con LISZT (1881) y la segunda a principios del siglo XX con FRANK (1907), que eran las construcciones predominantes en aquel país, así como en otros países europeos. Asimismo, puede afirmarse que hasta fines de la década de los sesenta del S. XX aún era prevaleciente la influencia directa de la doctrina española e italiana, si bien indirectamente se encontraba presente el pensamiento de LISZT, BELING, MEZGER y otros. Por ello, la construcción teórica del delito como "*acción típica, antijurídica y culpable*", de la que la opinión docente en Alemania había partido, fue también receptada en la dogmática penal latinoamericana; observándose por mucho tiempo la prevalencia de los postulados del *sistema causalista*, sobre todo con relación a los conceptos de *acción, tipo penal y culpabilidad* y a la ubicación sistemática que se le asignaba al *dolo* y a la *culpa*.

2) Por lo que hace a México, ya desde la década de los treinta del siglo XX algunos autores empezaron a ocuparse de las cuestiones dogmáticas³⁴; pero, es sólo a partir de la década de los cincuenta cuando se habla propiamente de "*Dogmática jurídico penal*". Por ello, cuando se trata de la "Dogmática penal mexicana", necesariamente habrá que hacer referencia a dos importantes juristas: JIMÉNEZ HUERTA y PORTE PETIT, pues ellos han sido y siguen siendo considerados los dogmáticos más característicos de la ciencia penal

base ontológica, haciendo valer en su lugar la de *base normativa* o *teleológica*.

³³ La primera influencia de ellos llegó primero a través de los penalistas españoles e italianos; después empezaron a aparecer traducciones al español de obras de autores alemanes, hasta ahora que éstos tienen una presencia muy fuerte en países de la región.

³⁴ Como Raúl CARRANCÁ Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano, México, 1937; del mismo, Las causas que excluyen la incriminación (1944); Francisco GONZÁLEZ DE LA VEGA, Código Penal Comentado (1939); Celestino PORTE PETIT, Legislación penal mexicana comparada (1946); Ignacio VILLALOBOS, La crisis del Derecho penal en México (1948).

mexicana en la segunda mitad del siglo XX. En efecto, se señala que en 1950 dio inicio el período propiamente "*dogmático*" del Derecho penal en México, con las obras de JIMÉNEZ HUERTA³⁵ y PORTE PETIT³⁶ que empezaron a aparecer desde entonces; y, a partir de ellos, se fueron agregando otros, como: CASTELLANOS TENA³⁷, PAVÓN VASCONCELOS³⁸, FRANCO GUZMÁN³⁹, GARCÍA RAMÍREZ⁴⁰, FERNÁNDEZ DOBLADO⁴¹, VELA TREVIÑO⁴², MALO CAMACHO⁴³, entre otros, cuyas obras conforman también la dogmática penal que ha dominado hasta la década de los ochenta en el país. Desde mediados de la década de los sesenta empezó a desarrollarse en México, a raíz de otras influencias, lo que se dio en llamar el "*modelo lógico matemático del Derecho penal*", teniendo como principales

³⁵ No obstante que JIMÉNEZ HUERTA fue de nacionalidad española, todo su trabajo teórico lo dedicó al derecho penal mexicano. En primer lugar, el trabajo que apareció en 1950 intitulado *Panorama del delito: nullum crimen sine conducta*, cuyo punto central lo constituye precisamente el análisis de la "conducta humana" como base de la estructura del delito, en donde es palpable la influencia de E. MEZGER y del profesor italiano G. BETTIOL, así como de su maestro JIMÉNEZ DE ASÚA. En 1952 apareció otro sobre *La Antijuridicidad*, y en 1955 otro sobre *La Tipicidad*; cada uno de los cuales, como su título lo indica, se ocupa del análisis (sistemático) de uno de los elementos del delito, en donde se observa ya un amplio conocimiento de la dogmática penal alemana.

³⁶ Paralelamente a las elaboraciones de JIMÉNEZ HUERTA se encuentran también las obras de PORTE PETIT, quien en 1954 publicó un trabajo sobre *La importancia de la dogmática jurídico-penal*, cuyo título obviamente revela ya el amplio conocimiento de la dogmática y de la función que a ésta corresponde con relación a la política criminal. Posteriormente publicó otras obras con contenidos dogmáticos, como el *Programa de la Parte General de Derecho Penal* (1958), la *Dogmática de los delitos contra la vida y la salud* (1958) y *Apuntes de la Parte General de Derecho Penal* (1961), entre otras. En estos trabajos de PORTE PETIT es manifiesta la influencia de autores italianos, como: ANTOLISEI, MAGGIORE, MANZINI, BETTIOL, RANIERI, VANNINI, PETROCELLI, entre otros; pero también se nota la de autores españoles, como JIMÉNEZ DE AZÚA, ANTÓN ONECA, CUELLO CALÓN, DEL ROSAL, etcétera, e incluso de autores alemanes, como LISZT, BELING y MEZGER, entre otros, que ya para entonces habían sido traducidos al español.

³⁷ CASTELLANOS TENA, F., *Panorama del Derecho Mexicano*, T. II, UNAM, México, 1967; *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 4a. ed., México, 1967; 20a. ed., 1984; entre otros.

³⁸ PAVÓN VASCONCELOS, F., *Nociones de Derecho Penal Mexicano*, 1964; *Lecciones de Derecho Penal* P. E., 2a. ed., 1965; *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 3a. ed., 1974; 6a. ed., 1984; *Breve ensayo sobre la tentativa*, 2a. ed., 1974; *Imputabilidad e Inimputabilidad*, México, 1983; y otros más.

³⁹ FRANCO GUZMÁN, R., *Delito e injusto*, México, 1950; *La culpabilidad y su aspecto negativo*, en: *Criminalia*, XXII, 1956; *Ensayo de una teoría sobre la culpabilidad de los menores*, en: *Criminalia*, 1957, pp. 767 y ss.; *La subjetividad y la ilicitud*, 1959. Cabe hacer notar que FRANCO GUZMÁN realizó estudios de posgrado en Italia; por lo que, en él la influencia directa de autores italianos es muy amplia.

⁴⁰ Aun cuando la mayor producción jurídica de GARCÍA RAMÍREZ, S. ha sido dedicada a la cuestión penitenciaria y criminológica, y otro tanto al Derecho procesal penal, es incuestionable su presencia en la dogmática penal mexicana. Entre su amplísima y rica obra, se relacionan con los temas aquí tratados: *La imputabilidad en el Derecho penal mexicano*, 1a. ed., UNAM, México, 1968; 2a. ed., 1981; *La reforma penal de 1971*, México, 1971; *Justicia y reformas legales*, México, Cuadernos del INACIPE, núm. 14, 1985; *Derecho Penal*, UNAM, México, 1990, etc.

⁴¹ FERNÁNDEZ DOBLADO, L., *Culpabilidad y error*, ensayo de dogmática penal, México, 1950.

⁴² VELA TREVIÑO, S. *Antijuridicidad y justificación*, Ed. Porrúa, México, 1976; 2a. ed., Ed. Trillas, 1986; *Culpabilidad e Inculpabilidad*, Ed. Trillas, México, 1977.

⁴³ MALO CAMACHO, G., *La tentativa del delito*, UNAM, México, 1971;

exponentes a Olga Islas DE GONZÁLEZ MARISCAL y a Elpidio RAMÍREZ H.⁴⁴, con quienes dio inicio lo que podríamos caracterizar como el “*periodo moderno*” de la dogmática penal en México, en el que se observa una influencia directa de la moderna dogmática penal alemana, es decir, de la “*doctrina finalista*”⁴⁵.

Habría que destacar que en los inicios de este nuevo período también participó decididamente ZAFFARONI, quien por aquel entonces hacía investigación y docencia en México y publicó, entre otros trabajos: *La moderna doctrina penal acerca del error* (1967)⁴⁶, en el cual se defiende por primera vez en México una posición “finalista” sobre el tema; *La capacidad psíquica de delito* (1969)⁴⁷; *Acerca del concepto finalista de conducta en la teoría general del delito* (1971)⁴⁸, y posteriormente su libro *Teoría del delito*⁴⁹, que se convirtió en uno de los medios importantes para difundir la teoría de la acción finalista en varios países latinoamericanos⁵⁰. A partir de la presencia de ZAFFARONI en México, también MORENO HERNÁNDEZ empezó a formar parte de esta orientación moderna de la Dogmática penal⁵¹, la que se reafirmó cuando éste fue discípulo de los principales exponentes del finalismo en Alemania, Hans WELZEL y Armin KAUFMANN⁵².

⁴⁴ Los primeros trabajos de los autores de este modelo fueron: Notas preliminares sobre un modelo lógico matemático del Derecho penal (1966); Lógica del tipo en el Derecho Penal (1970), y El error en el modelo lógico del Derecho penal (1970). A este modelo se afiliaron más adelante, entre otros, L. DE LA BARREDA (Algunos pseudoproblemas en el Derecho penal, (tesis), México, 1974) y Rafael MÁRQUEZ PIÑERO (El tipo penal, (tesis doctoral), UNAM, México, 1986; Derecho penal. Parte general, Ed. Trillas, México, 1986).

⁴⁵ Se contaba para entonces con las traducciones al español de las siguientes obras de autores alemanes: MAURACH, R., Tratado de Derecho penal, 2 tomos, Barcelona, 1962; GALLAS, W., La teoría del delito en su momento actual, Barcelona, 1959; WELZEL, H., El nuevo sistema del Derecho penal, Barcelona, 1964; así como las anteriores traducciones del Derecho penal parte general, Buenos Aires, 1956, y de La teoría de la acción finalista, Buenos Aires, 1959, del propio WELZEL, y la obra de CORDOVA RODA, J., Una nueva concepción del delito, Barcelona, 1963. En 1970 aparece también la traducción de la obra de R. BUSCH, Modernas transformaciones en la teoría del delito (Bogotá).

⁴⁶ En Revista Derecho Penal Contemporáneo, núm. 20, México, 1967, pp. 69 y ss.

⁴⁷ Revista Derecho Penal Contemporáneo, núm. 31-33, México, 1969.

⁴⁸ En Revista Criminalia, México, 1971, pp. 484 y ss.

⁴⁹ Que empezó a escribir cuando desempeñaba la cátedra de derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana y que se publicó en Buenos Aires en 1973.

⁵⁰ Obras que más tarde se vieron enriquecidas por el propio autor, como, por ejemplo: Manual de Derecho penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires, 1979; Tratado de Derecho penal, 5 tomos, Ediar, Buenos Aires, 1980, entre otros.

⁵¹ En efecto, MORENO HERNÁNDEZ fue discípulo de ZAFFARONI en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana en 1968 y, en virtud de ello, escribió su tesis de licenciatura con el título *Aplicación de la teoría de la acción finalista al Código penal veracruzano*, Jalapa, Ver., 1971; y, por la misma razón, realizó estudios de doctorado en la Universidad de Bonn, Alemania.

⁵² Donde escribió la tesis doctoral *Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht*, (El concepto final de acción y el derecho penal mexicano), Bonn, Alemania Federal, 1977, bajo la dirección de los profesores Hans WELZEL y Armin KAUFMANN.

3) No hay duda que las aportaciones del *finalismo* han sido receptadas en importantes reformas a la legislación penal mexicana⁵³ y en diversos criterios jurisprudenciales, a pesar de no haber sido debidamente comprendidas por lo que hace a sus fundamentos y consecuencias. Mientras tanto, desde hace un par de décadas se perciben también los influjos de las construcciones teóricas del *funcionalismo* y de la *imputación objetiva*, desarrolladas principalmente por ROXIN, JAKOBS y sus seguidores⁵⁴; y, como ha sucedido con las otras elaboraciones, también estas últimas encuentran partidarios en el ámbito de los penalistas latinoamericanos⁵⁵, aunque sin mayores consideraciones sobre sus fundamentos e implicaciones teórico-prácticas en una realidad como la de los países de la región, provocándose con ello un cierto grado de confusión⁵⁶.

A pesar de este desarrollo, aún se observa la presencia de muchos de los puntos fundamentales de los sistemas más antiguos, como el *causalista naturalista* y el *causalista valorativo*,⁵⁷ no obstante las críticas profundas que se le formularon. Sin embargo, puede afirmarse que un amplio sector de la doctrina opta por la concepción *finalista*, que ubica a la “teoría de la acción final” como el centro de gravedad o piedra angular de la construcción sistemática del Derecho penal y acepta las consecuencias de seguir un *concepto final de*

⁵³ Como las de 1983/84 y 1993/94 al CPF y al CFPP, que le han impreso a la legislación penal mexicana una fisonomía distinta de la que originalmente tenía, abundando los casos en que se afecta directamente la esencia tradicional, al cambiarse algunos principios por otros, al adoptarse alternativas a la prisión, al delimitarse con mayor precisión los presupuestos de la pena, así como los supuestos que tienen que ver con la exclusión de dichos presupuestos, entre otros.

⁵⁴ Como Bernd SCHÜNEMANN, G. KÜPPER, H. OTTO, W. FRISCH, M. MAIWALD, E. GIMBERNAT, D. M. LUZÓN PEÑA, J. M. SILVA SÁNCHEZ, M. CANCIO MELIA, B. J. FEIJO SÁNCHEZ, entre muchos otros.

⁵⁵ Entre ellos: M.A. SANCINETTI, Y. REYES ALVARADO, Raúl GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Enrique DÍAZ ARANDA, Miguel ONTIVEROS ALONSO; entre otros.

⁵⁶ Incluso dentro de los impulsores de la *teoría de la imputación objetiva* no existe siquiera uniformidad de criterios; pues, como lo señala Wolfgang FRISCH, “la expresión ‘imputación objetiva’ suele utilizarse con contenidos divergentes, de manera que para cada una de las formas de entenderla existe un estado actual de la discusión”. Véase W. FRISCH, La imputación objetiva: estado de la cuestión, en: C. ROXIN, G. JAKOBS *et al*, Sobre el estado actual de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Cuadernos Civitas, 1ª ed., Madrid, 2000, p. 21.

⁵⁷ Que entre sus rasgos comunes característicos resaltan los siguientes: *a*) Todos parten de un concepto “causal” de acción como base de la estructura del concepto de delito; *b*) estructuran el *tipo penal*, en principio, únicamente de *elementos objetivos descriptivos*, y sólo de manera excepcional admiten la presencia de “elementos subjetivos distintos al dolo” (como: ánimos, propósitos, deseos, finalidades, etc.), así como “elementos normativos”, cuando el tipo penal así lo requiera expresamente; *c*) todos ubican el *dolo* y la *culpa* en la culpabilidad, ya sea que se maneje un concepto “psicológico” o uno “normativo” (“mixto”) de culpabilidad; *d*) ellos dan un tratamiento al problema del “error” como “causa de exclusión” o de “atenuación” de la culpabilidad, distinguiendo entre “error de hecho” y “error de derecho”; *e*) consideran a la *tentativa*, a la *autoría y participación* y al *concurso de delitos* como “formas especiales de aparición del delito”; entre otros.

*acción*⁵⁸; mientras que otros prefieren hablar ahora de *funcionalismo* o de *normativismo* y de *imputación objetiva*, a pesar de la diversidad de criterios que hay en torno a ellos. Pero, lo anterior es sólo un ejemplo de la discusión que se da en el ámbito dogmático penal, así como sobre la distinta estructuración del delito y de la terminología que se utiliza. Eso mismo sucede, también, en la discusión que se da entre *finalismo* y *funcionalismo*, sobre todo cuando se cuestiona si la base de la dogmática penal –y de la política criminal- debe ser de carácter “ontológico” o de índole “normativa”, que es lo que separa a WELZEL de su discípulo JAKOBS, pero, en cierta medida, también de ROXIN; o si, como también lo sugiere este último autor, puede llegarse a la conclusión de que ambos extremos pueden converger en una síntesis⁵⁹.

2. Razones para una dogmática penal latinoamericana que atienda a sus realidades nacionales:

a) Algunos aspectos de la actual dogmática penal en América Latina que la justifican:

No obstante que el anterior desarrollo de la dogmática penal parece no haber tenido mayor problema de adaptación en la doctrina penal de América Latina, o no encontró resistencia alguna para su adopción, existen -como se ha dicho- diversas *razones* que justifican la idea de construir una “*dogmática penal latinoamericana*” que atienda a las realidades y necesidades de los países de la región, como se ha venido planteando en diversos foros⁶⁰. Entre dichas razones, destacan las siguientes:

1) En la dogmática penal de los países latinoamericanos se observa una cierta *actitud desinteresada y acrítica* ante los problemas que constituyen el objeto de atención de

⁵⁸ Tal como lo señaló R. MAURACH hace más de sesenta años.

⁵⁹ Véase, sobre esto, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Ontologismus versus Normativismus?)*, en: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*; Walter de Gruyter. Berlin, New Cork, 2001, pp. 69 y ss.; del mismo, *Ontologismo y normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal*, en: *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid (6-10 de noviembre de 2000), Madrid, 2001, pp. 579 y ss. Se ha publicado, también, en *Criminalia*, Año LXVIII, No. 3, sept-dic., México, 2002, pp.3 y ss.; y, *El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana*, en: *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal <Ontologismo y Normativismo>*. Edit. Ius Poenale. México, 2002, pp. 131 y ss.

⁶⁰ Por ejemplo, en los Congresos internacionales organizados por la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).

la política criminal y del derecho penal⁶¹, así como ante los cambios que su propio objeto de estudio (la legislación penal) experimenta en la región⁶². Lo anterior hace que el conocimiento o saber penal en torno a ese objeto de estudio tampoco experimente cambios y se mantenga arraigado a criterios tradicionales, muchas veces ya superados o que no responden a las exigencias de la época y el lugar. En otros términos, se observa poco interés de la dogmática penal de incidir en las decisiones político criminales de quienes dan origen a las leyes penales y de quienes las aplican a los casos concretos; y, por ello, la dogmática penal no ha jugado un rol determinante en las decisiones político criminales del legislador o del juzgador.

2) Por razón de lo anterior, no se materializa una *estrecha relación* entre la dogmática penal y la política criminal, no obstante que entre ellas debe de haber una amplia *retroalimentación*⁶³; pero, ello puede obedecer a que no hay claridad sobre la *función* que debe jugar la dogmática penal en un determinado contexto social y con relación a un determinado sistema penal⁶⁴. Asimismo, dada la tradición jurídico-penal de varios países, como México, que se ha formado por factores diversos, pero sobre todo por la influencia del Derecho penal de los países de Europa occidental, también se fue conformando la actitud metodológica del penalista, ya sea por preferir de manera exclusiva el desarrollo de la dogmática penal o el de la política criminal y, por esa razón, muy poco por buscar la vinculación entre ellas⁶⁵. Pero, definitivamente se observa poco interés del dogmático penalista por influir decididamente en las cuestiones político-criminales; y lo mismo puede decirse del que se ha inclinado por la política criminal, que desdeña con frecuencia las elaboraciones de la dogmática penal para darle un sustento teórico a sus decisiones.

⁶¹ El delito y sus diversas transformaciones.

⁶² No obstante que con frecuencia esos cambios son abiertamente opuestos a la ideología constitucional, como se puede observar con relación a ciertas reformas penales mexicanas. Esa misma actitud se observa ante los cambios que experimentan los sistemas procesales penales en distintos países de la región.

⁶³ Sobre todo si se entiende que la dogmática penal tiene una razón de ser.

⁶⁴ En los últimos años, a raíz de la reforma al sistema procesal penal en países de la región, en que se opta por el proceso penal acusatorio y oral, se ha afirmado incluso que la dogmática penal ya no tiene razón de ser; lo que revela un gran desconocimiento de ésta, tanto por lo que hace a su origen como a su función.

⁶⁵ Ciertamente, por cuanto hace a la *relación entre dogmática penal y política criminal*, la discusión no es tan amplia como en países europeos; incluso, podría decirse que en los países de la región latinoamericana la dogmática penal muestra poco interés por influir decididamente en las cuestiones político-criminales. El propio desarrollo de la construcción teórica no observa igual intensidad en los países latinoamericanos.

3) Por ello, la dogmática penal tampoco ha fungido como un mecanismo de *contención* del poder penal, cuando ese debiera de ser uno de sus prioritarios objetivos, máxime que en las realidades latinoamericanas es más común que el ejercicio del poder se extralimite y, por ello, existe mayor necesidad de limitarlo y controlarlo. Es decir, en nuestra región podría ser de mayor utilidad una dogmática penal que asumiera la función de *contener* los excesos del poder penal y garantizar el respeto de los derechos humanos en el ejercicio de dicho poder; y, dado que los excesos se manifiestan tanto en el proceso de creación de las leyes penales como en la aplicación de éstas a los casos concretos, el rol de la dogmática penal tiene igualmente que manifestarse en cada uno de esos ámbitos, orientando tanto los límites de la legislación como de la jurisprudencia en materia penal.

4) Lo cierto es que, la función de la dogmática penal moderna, salvo excepciones, con frecuencia se ha reducido a ser una disciplina que sólo se cultiva como *l'art pour l'art*, es decir, como “la dogmática por la dogmática”, sin que muestre el interés de buscar conectarse con la realidad, dentro de la cual se encuentra su propio objeto de consideración. De ahí que, la finalidad que ella debiera tener igualmente se ve distorsionada, sobre todo por la actitud que los propios dogmáticos asumen, cuando estos se ocupan de tejer en el vacío o en atención a realidades distintas a las suyas; quienes –como lo decía NOVOA MONREAL hace ya 40-, a la manera de “verdaderos gimnastas intelectuales, se sumergen en una progresiva complicación de sus elaboraciones abstractas, en la agudización de discusiones tan inútiles como extravagantes y en una ciega y gradual desconexión con la realidad, con deplorables consecuencias por lo que se refiere a alcanzar el verdadero y único fin del derecho penal”⁶⁶. Por ello, en los tiempos actuales es cada vez más necesaria una dogmática penal que no sólo se cultive como *l'art pour l'art*, sin importarle sus implicaciones prácticas, sino que *incida* firmemente en las decisiones político-criminales de los distintos órganos estatales y *responda* a las realidades y necesidades nacionales de la región latinoamericana, para que aquellas se mantengan dentro de límites racionales, según exigencias de estados democráticos de derecho.

⁶⁶ *Cfr.* Eduardo NOVOA MONREAL, *La evolución del Derecho penal en el presente siglo*, Caracas, 1977, pp. 42 y s. No obstante que esta afirmación la hizo NOVOA refiriéndose a la dogmática penal que se había elaborado hasta entonces, cuando podría decirse que había cierta claridad en la forma de exponer las cosas, con independencia de lo acertada o no, ella adquiere mayor fuerza en los tiempos actuales, cuando sin duda hay mayor confusión en la exposición de los argumentos.

5) Igualmente, existe la necesidad de que tanto la política criminal como la dogmática penal en América Latina le den mayor atención a los *valores* ético-sociales de la región para determinar lo que debe ser *penalmente protegido* y lo que no; así como para precisar *lo que debe ser penalmente prohibido u ordenado*, es decir, lo que debe ser materia de regulación de la norma penal y, por tanto, lo que debe ser *delito* en los países de la región, y lo que no. Lo anterior, para determinar los alcances de la intervención del derecho penal como medio de control social, de suerte que efectivamente se procure una vida ordenada en comunidad, haya racionalidad en el uso de las medidas penales y se logren los equilibrios en la convivencia social, sin incurrir en excesos en el uso de dicha medida.

6) Por ello, es necesaria una dogmática penal que haga valer en todo momento la observancia de los *principios garantistas* (del derecho penal liberal y democrático), para que sirvan de *límite* al ejercicio del poder penal y se garantice un amplio respeto de los *derechos humanos*. Así, por ejemplo, que propicie que la política criminal se sustente en el principio de *ultima ratio* del derecho penal y haga uso de otras alternativas cuyas consecuencias sean menos drásticas que las penales para la solución de los conflictos sociales.

7) Hace falta una política criminal y una dogmática penal que tomen en cuenta la *diversidad social y cultural* de la región, así como sus costumbres y sus usos, para la determinación de los fundamentos de la “responsabilidad penal” de las personas y de sus alcances. Asimismo, una política criminal (penal) que aplique *criterios racionales* en cuanto a las *penas* a imponer, que atienda a sus fundamentos y fines, a la importancia de los bienes jurídicos afectados, la gravedad de su afectación y otras circunstancias, de acuerdo a los *valores* ético-sociales de la región.

8) Además, habrá que procurar que la política criminal y la dogmática penal en nuestra región no sea sólo el producto de las imitaciones o de las modas, sino el resultado de considerar las realidades y necesidades nuestras. Es muy común ver que los penalistas (y los criminólogos) latinoamericanos hemos sido muy asiduos a las “*modas*” o a las cosas que parecen “*novedosas*” y, sin mayores cuestionamientos, las adoptamos y las tratamos de adaptar a nuestras realidades, con independencia de su razón de ser, de sus implicaciones,

del ámbito en que se generaron y de nuestras necesidades⁶⁷. Y si bien ello ha permitido que tanto la teoría de la política criminal como la dogmática penal se hayan desarrollado en los países de la región, puede decirse que la evolución de las mismas no siempre ha obedecido a la necesidad de atender nuestros propios problemas.

9) Pero, por otra parte, el desarrollo de la dogmática ha sido relativamente *lento*⁶⁸, e incluso ha pasado por momentos de una verdadera tranquilidad⁶⁹, dando la impresión que en este campo no sucede nada, o que ella ha alcanzado un cierto grado de perfección que muy poco hay que discutir. Lo cierto, es que en algunos penalistas aún prevalecen criterios muy tradicionales; y ello puede indicar falta de actualización o convencimiento de que lo tradicional es mejor. Si desde la perspectiva político-criminal varios países de la región fueron influenciados fuertemente por la *ideología positivista*, ella se ha reflejado tanto en el campo de la criminología como en el ámbito de la dogmática penal. Ciertamente, aparte de la innegable influencia del *pensamiento clásico* o del derecho penal de corte liberal en penalistas de distintas épocas, el pensamiento positivista igualmente influyó en las construcciones teóricas de penalistas de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, así como en los posteriores desarrollos de la dogmática penal. Y ello hace que en los tiempos actuales se sigan enfrentando dichos criterios, ya sea en las discusiones político-criminales o en las de carácter dogmático⁷⁰. Sin embargo, es evidente que una dogmática de base positivista no puede garantizar ser un instrumento adecuado para frenar la arbitrariedad del *ius puniendi*, ya sea a la hora de creación de las leyes penales o al momento de su aplicación concreta, precisamente por su vinculación ideológica y por los alcances que posibilitan al ejercicio del poder penal.

⁶⁷ Así sucedió, por ejemplo, con la adopción de ciertos *criterios positivistas* en las legislaciones penales de las primeras décadas del siglo XX.

⁶⁸ Así sucede al menos por lo que hace a la dogmática penal mexicana, la que no ha experimentado los avances que se observan en otros países, ni siquiera por la vía de la imitación.

⁶⁹ O, en términos del Prof. ZAFFARONI, se ha vivido una verdadera “*pax dogmática*”.

⁷⁰ Así, por razón de la influencia positivista, algunos penalistas –sobre todo en México– de los dos primeros tercios del siglo XX se aferraron a las aportaciones dogmáticas del llamado *sistema causalista* de LISZT/BELING/RADBRUCH-MEZGER, sin cuestionarse sobre sus fundamentos y sus implicaciones y sin darle mayor importancia a las construcciones más modernas. Es cierto que en los tiempos actuales el *finalismo* y el *funcionalismo* han tenido mucha recepción; pero, puede decirse que hay un cierto grado de *confusión* con relación a algunas corrientes de pensamiento dogmático que se han desarrollado en atención a otras realidades, como sucede, por ejemplo, con el pensamiento de JAKOBS en Alemania y que hemos trasladado a nuestros ámbitos de discusión.

10) Todo lo anterior ha hecho que la dogmática penal de los países de la región, salvo contadas excepciones, haya tenido *poca representatividad* en el plano internacional, es decir, aún no ha tenido la capacidad de competir o de confrontar sus criterios frente a los que se han desarrollado en otras latitudes sobre temas comunes. Sólo en ocasiones excepcionales se siente alguna reacción fuerte de nuestros teóricos ante ciertos planteamientos en los planos de la política criminal y la dogmática penal⁷¹; en cambio, en la mayoría de las veces ellos se limitan a ser meros receptores de construcciones ajenas, sin la menor actitud crítica. Lo propio puede decirse con relación a la teoría de la política criminal, y de ahí la situación de las legislaciones penales y de nuestros sistemas penales.

11) Por estas y otras razones, se plantea la cuestión de si en la materia que nos ocupa los países de la región latinoamericana, cuyas realidades y necesidades tienen sin duda sus propios rasgos característicos, deben seguirse limitando a ser meros receptores acríticos y trasplantar modelos extraños a sus realidades que, por ello, muchas veces resultan extralógicos⁷², o contar con una teoría de la política criminal y una dogmática penal que, además de atender a sus propias realidades y necesidades, puedan también jugar el importante rol de *controlar el ejercicio del poder* y garantizar el *respeto de los derechos humanos* por quienes ejercen el poder estatal en el ámbito del sistema penal. Pero, toda vez que las aportaciones de la teoría de la política criminal y la dogmática penal no podrían ser vinculantes para quienes detentan el poder, sus efectos serían relativos; por lo que, para alcanzar esos objetivos, se plantearía igualmente la necesidad de desarrollar otros mecanismos que pueden resultar más funcionales según exigencias de Estados democráticos de derecho.

III. ¿QUÉ SE QUIERE DE LA DOGMÁTICA PENAL EN AMÉRICA LATINA?

1. Necesidad de considerar nuestras realidades:

a) Como ha quedado de manifiesto, en los últimos tiempos –así como en otros– igualmente nos vemos envueltos y arrastrados por el torbellino del pensamiento europeo,

⁷¹ Como ha sido, por ejemplo, con relación al llamado “*derecho penal del enemigo*”, o frente a las posibles “implicaciones penales de las *neurociencias*”, entre otros.

⁷² El ejemplo más claro y reciente de esto es la adopción de un modelo procesal penal acusatorio, con amplios ingredientes de corte *angloamericano*.

aunque en torno a temas u objetos de discusión que no siempre son de nuestro interés⁷³, sin que en la mayoría de los casos adoptemos la menor actitud de someter a análisis sus elaboraciones teóricas desde la perspectiva de nuestras propias realidades. Es decir, no hay una actitud crítica y, sin más, nos declaramos partidarios de las construcciones teóricas desarrolladas en atención a problemas penales que se dan en otras realidades⁷⁴, como los que motivan el desarrollo del *normativismo* o del *funcionalismo*; o, sin razón, rechazamos tanto los conceptos *metafísicos* como los *ontológicos*, así como las *estructuras lógico-objetivas* preexistentes y vinculantes, o viceversa, sólo porque es la posición que en otro lugar está de moda, o porque es la postura de nuestros autores preferidos o favoritos. Pero, pocas veces nos detenemos a reflexionar sobre su razón de ser y sus bases filosófico-políticas, o sobre sus postulados e implicaciones teórico-prácticas en una realidad que, sin duda, tiene sus propios rasgos característicos y sus propias exigencias o necesidades.

Esta situación, por supuesto, no es ni debe ser reprochable a los autores de las construcciones teóricas; pues ellos las hacen, antes que nada, atendiendo a problemas que se dan en una determinada realidad y no obligan a nadie a que las trasladen a otras realidades. Y aún cuando las construcciones dogmáticas tienen por lo general la pretensión de ser *universales* y no limitarse por fronteras nacionales⁷⁵, es claro que su principal punto de partida lo es la legislación penal vigente en el lugar en que dichas construcciones se realizan, a cuya realidad hace referencia aquélla. Por ello, dichas elaboraciones teóricas atienden -o deben atender- antes que otra cosa a una realidad legislativa concreta. Lo anterior, por supuesto, no desconoce que hay problemas que son comunes o análogos en la legislación penal de cualquier lugar y que, por ello, pueden también tener soluciones comunes o análogas. Así, el fenómeno delictivo es también un fenómeno universal, es decir, que se da en cualquier parte del mundo, en todo país, en mayor o menor medida, dependiendo de sus valores ético-sociales y de su protección; e incluso hay ciertas manifestaciones delictivas que cada vez reconocen menos fronteras, como es el caso de la *delincuencia organizada transnacional*⁷⁶; pero, es indiscutible que en cada lugar o región la

⁷³ Como sucede, por ejemplo, con la discusión en torno a la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

⁷⁴ Con independencia de si se dan o no en la realidad nuestra.

⁷⁵ *Cfr.* HIRSCH, H.J., ¿Existe una ciencia del Derecho penal nacionalmente independiente?, en: Derecho Penal. Obras completas, T. II, pp. 41 y ss.

⁷⁶ Y que, por ello, exige soluciones que involucran a los diversos países. *Cfr.* MORENO HERNÁNDEZ, M., Política Criminal y Reforma Penal, 1999, pp. 303 y ss., así como la bibliografía ahí señalada.

delincuencia reviste sus propias características, que igualmente determinan las formas de reacción y los tipos de control frente a él.

Tampoco puede desconocerse que sobre este particular se han generado *instrumentos internacionales*, que se ocupan de establecer directrices a observar por los países del mundo en esta materia y que sin duda tienen repercusiones en la política criminal y en la dogmática penal en general. Además, no puede negarse que, en el diseño de políticas criminales nacionales y el desarrollo de construcciones teóricas aplicables, necesariamente habrá que tomar en cuenta las experiencias de otros países, o incluso adoptar los mecanismos de control y los criterios que en ellos han resultado funcionales.

b) Por ello, una visión más cercana de la realidad social latinoamericana nos debe obligar -a los latinoamericanos- a que las cuestiones normativas tomen más en consideración la situación cultural –las tradiciones y las cosas que le son consustanciales- de nuestra región⁷⁷, antes de basarnos en aspectos empíricos propios de otras culturas, no obstante los grandes impactos que de estas hemos tenido y, seguramente, seguiremos teniendo. Y esto debe ser así, sin desconocer la realidad que implica el actual *proceso de globalización*, como tampoco negar la utilidad de ciertos criterios o *principios universales* que se han desarrollado durante la historia y que, dada la función para la que han sido diseñados, indudablemente pueden servir para orientar los sistemas penales de nuestros países, sobre todo cuando parten del supuesto fundamental de considerar al *hombre como persona* y no como mero *instrumento* o *cosa* al servicio de quienes detentan el poder, y que, por ello, tienen la misión de contener los desbordamientos del ejercicio del poder y garantizar derechos de los ciudadanos⁷⁸. Pues ellos, por ser universales, deben irse acomodando a toda realidad en que se parta de esa concepción sobre el hombre y se plantee la necesidad de contener las extralimitaciones del poder penal, como se plantea en la realidad latinoamericana. De ahí la conveniencia de diferenciar claramente las cosas que son universales y permanentes y las que sólo tienen un carácter regional o nacional y transitorio o pasajero.

⁷⁷ Véase sobre esto, ZAFFARONI, E.R., *Política criminal latinoamericana. Perspectivas-disyuntivas*. Ed. Hammurabi, B. Aires, 1982.

⁷⁸ Como es el caso de los principios fundamentales de *legalidad*, de *acto*, de *bien jurídico*, de *culpabilidad*, entre otros, de los que ya hemos hecho mención con anterioridad.

c) La realidad sociocultural de los pueblos latinoamericanos, como la de otras regiones del mundo, se ha venido conformando, primero, con sus propias esencias y, segundo, con lo que han receptado de otras culturas y estructuras sociopolíticas y jurídicas (algunas esenciales y otras no), incluyendo las que le fueron impuestas. Pero, no obstante su “vulnerabilidad” -vulnerable sobre todo ante lo transitorio, pero “sensible” ante lo que va con su esencialidad, que es lo permanente-, sin duda mantiene algo que es duradero, que es permanente, que lo identifica frente a otras realidades socio culturales, que también se han ido construyendo por sus propios ingredientes esenciales.

Ahora bien, es cierto que tanto la *política criminal* como la *dogmática penal* latinoamericanas⁷⁹ no pueden -en los tiempos actuales- escapar de los impactos del fenómeno de la internacionalización y de la globalización, sobre todo en el ámbito de la delincuencia y de los medios de control. Pero, dados sus objetivos centrales, es evidente que en su diseño y desarrollo no pueden dejar de tomar en cuenta las *realidades nacionales*, las cuales se caracterizan por las desigualdades sociales y las diversidades culturales que existen en los países de la región. Para ello, entonces⁸⁰, deben atender antes que nada los reclamos sociales y, sobre todo, los reclamos que en el momento actual plantean los *grupos indígenas*, donde sin duda hay resquicios de los pueblos originarios, de ser incorporados a los esfuerzos nacionales de bienestar social, salud, educación, justicia y seguridad ciudadana; pues, “es evidente que para ellos ya no existe el mañana”. Resulta inconcuso que nuestras etnias necesitan de muchas cosas, como las señaladas, incluso “de foros públicos de expresión, de que se les arranque de la miseria en que se encuentran inmersos, de que se les proporcione una aceptable expectativa de vida, de que se les incorpore a la vida democrática nacional, de que tengan un efectivo acceso a la justicia y, sobre todo, de entender que sólo bajo el respeto a la diversidad y a la tolerancia podrá ser superada la crisis que actualmente se vive en torno a ellos”⁸¹.

Por ello, con independencia de ciertas acciones que se puedan argumentar con relación a los grupos indígenas, “habrá que impedir que se les siga segregando; impedir que

⁷⁹ La caracterización de “latinoamericana” no prejuzga sobre su origen, sus componentes y demás rasgos, sino sólo considera el espacio en que se desarrolla.

⁸⁰ Empezando con las medidas político-criminales.

⁸¹ Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política criminal y globalización*, en: Moisés Moreno (coord.), *Orientaciones de la Política Criminal Legislativa*, ELD-CEPOLCRIM-INACIPE, México, 2007, p. 57 y ss.

el abismo cultural, social y económico, que ahora marca una enorme distancia, siga creciendo y resulte irreversible ante el fenómeno globalizador; impedir las consiguientes migraciones, el abandono de los campos de cultivo y la desaparición de la mano de obra necesaria para cualquier intento de generación de recursos. Y, por el contrario, habrá que procurar acortar cada día más esas distancias, mediante la construcción de ‘puentes de plata’ que proporciona la comunicación, la paz, la seguridad social, la educación, la justicia social, etcétera; pues sólo así podrán ellos desarrollar, en vez de un ‘sentimiento gregario’ o meramente local, el *sentimiento de pertenencia nacional* del que ahora carecen. Asimismo, se podrá también, en cierta medida, solucionar uno de los factores de mayor preocupación, que en forma importante ha influido en generar la crisis del Estado-Nación que ahora enfrentamos; sin descartar que, probablemente, sean nuestros grupos indígenas los que realmente mantengan un mayor sentimiento de pertenencia de Nación, y sean los demás - los no excluidos o los menos desfavorecidos, los que los han marginado-, quienes lo hayan perdido y, por ello, sean los que ahora necesiten acercarse a esos grupos y comprender el verdadero sentimiento de Nación”⁸². Asimismo, se plantearía la posibilidad de alcanzar con el tiempo lo que sería el “*sentimiento de pertenencia regional*”, por las grandes similitudes que entre los países de la región se pueden encontrar. Pero, para ello, primero habría que superar la situación actual de las sociedades débilmente integradas, es decir, habría que fortalecer la integración, primero nacional y luego regional, de las actuales sociedades; tarea que, sin duda, parece *utópica*, y en la que también parece extraña la aportación que pueda hacer la dogmática penal.

d) De acuerdo con lo dicho, el concepto de *imputación* (y la teoría del delito o de la imputación) y los *presupuestos* para la imposición de una pena tendrían que construirse – legislativa y jurisprudencialmente- atendiendo al contexto socio-cultural y político del lugar y responder a la evolución histórica y a las exigencias propias de los distintos pueblos latinoamericanos. Para determinar “lo que debe ser penalmente prohibido u ordenado” y, por ende, lo que debe ser *delito* y lo que no en los países de la región, habrá que atender a los *valores* ético-sociales de la región. De esa manera se determinarán los alcances que tendrá la intervención del derecho penal como medio de control social.

⁸² MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *op. cit.*, p. 76.

Lo anterior no implica que se busque consolidar lo autóctono y rechazar todo ingrediente externo; no es (querer) volver a lo originario y excluir toda posibilidad de influencia moderna o todo lo que conlleva evolución, ni que nos encerremos en nosotros mismos y nos aislemos de las demás culturas y tradiciones, pues ello ya no es imaginable, máxime que actualmente –como se ha dicho- estamos inmersos en un mundo globalizado y casi todo es producto de la intercomunicación a nivel nacional, regional y global. Lo que se busca, entonces, no es el aislamiento con relación a lo que sucede en el entorno socio-cultural y en el contexto internacional, ni mucho menos el estancamiento frente a lo que evoluciona, sino una convivencia académica más participativa y competitiva en el desarrollo de la política criminal y la dogmática penal. Pero, siempre que se trate de diseñar alternativas político-criminales y penales o se desarrollen criterios dogmáticos y jurisprudenciales para un determinado lugar, habrá que atender antes que otra cosa al contexto socio-cultural y político del lugar en que se dan los problemas y las soluciones, es decir, tomar en cuenta las realidades y necesidades nacionales y regionales, con independencia de que para ello las decisiones político-criminales y las construcciones sistemáticas también se apoyen en modelos y experiencias externos, como ha sucedido con la aportación del *derecho comparado*.

2. Necesidad de considerar los criterios y principios universales.

a) Es innegable que ciertos criterios y “*principios*” fundamentales que han orientado al Derecho penal de muchos países del mundo, no obstante su origen y sus logros, se han convertido en “*universales*”, en tanto que parten de la consideración de ciertas *esencialidades* del hombre, como es el considerar a éste como “*persona*”, como “*fin en sí mismo*”, como “*ser capaz*” y “*libre*”, a cuya *naturaleza humana* son inherentes ciertos atributos, derechos y libertades. Concepción para la cual no es el hombre el que debe estar al servicio del Estado y del Derecho, sino justamente al revés. Y todo parece indicar que esa es la concepción que caracteriza al Estado democrático de derecho de cualquier parte del mundo occidental. Por ello, el reconocimiento de los derechos humanos, que se ha venido consolidando en el devenir histórico como conquista del propio ser humano, de ninguna manera puede echarse por la borda ante concepciones *utilitaristas* que sólo quieren ver en el Derecho penal, o en las construcciones teóricas en torno al Derecho penal, su mera “*funcionalidad*” o su “*eficacia*”, en atención a ciertos fines político-criminales que se

proponen; los cuales se trata de lograr aún a costa de derechos humanos, es decir, utilizando al hombre como mero instrumento. Concepciones que, sin duda, inevitablemente conducen a una *deshumanización* de la política criminal y del Derecho penal, frente a la cual la dogmática penal no puede más que ser severamente crítica y aportar criterios que tengan la función de establecerle límites al poder.

b) Por tal razón, y aún cuando ello nos coloque necesariamente con alguna de las concepciones filosófico-políticas o filosófico-dogmáticas que se encuentran en discusión en cualquier otra parte, como, por ejemplo, Estado *democrático* y Estado *autoritario*, sistema *acusatorio* y sistema *inquisitivo*, *garantismo* y *eficientismo*, *ontologismo* y *normativismo*, habrá que ver cuál de ellas se corresponde más con la concepción del hombre como “*persona*”. Y, por tanto, cuál es la que se acomoda o permite acomodarse de mejor manera a las realidades existentes en países como los de América Latina, en donde cada vez se hace más necesario ponerle frenos o límites al poder penal estatal y en donde se observa con mayor intensidad la lucha por la vigencia del Estado democrático de Derecho, en la cual con frecuencia la mayor oposición se da en el propio círculo de los detentadores del poder⁸³. Por ello, a pesar de los ejemplos⁸⁴, creo que los pueblos de la región seguirán pugnando por la vigencia de Estados democráticos de derecho y que en los países latinoamericanos no existen aún las condiciones para admitir que se pueda producir un abandono sin más del Derecho penal *liberal y democrático*⁸⁵ y emprender una tendencia a favor de la *tecnologización* del Derecho penal, que –a decir de JAKOBS- parece ser la tendencia que actualmente se manifiesta en algunos países europeos⁸⁶. Y esta actitud no se basa en el hecho de que los países latinoamericanos se encuentren aún a la zaga con relación a ciertos avances tecnológicos y a planteamientos que desde esta perspectiva se realizan en materia penal en otros ámbitos -como el europeo-, sino fundamentalmente porque todavía no tenemos consolidados los criterios y principios característicos del *Derecho penal liberal*, que nos puedan conducir a la afirmación de un Derecho penal de

⁸³ Pues resulta casi natural que quien detenta el poder no quisiera que éste se vea de alguna manera limitado.

⁸⁴ Siendo el más actual y claro el de Venezuela.

⁸⁵ Es decir, del Derecho penal que se basa en criterios provenientes de la ilustración, que son los que se corresponden precisamente con la concepción del hombre como “*persona*” y con el reconocimiento y respeto de la *dignidad humana*.

⁸⁶ Cfr. JAKOBS, G., *Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*. Universidad Externado de Colombia, 1998; HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 79 y ss.

corte *democrático*, no obstante que los esfuerzos en los últimos tiempos ha sido en ese sentido, así como existe también la tendencia de consolidar los *sistemas democráticos*⁸⁷.

c) A pesar de que –como se ha reconocido- gran parte de la historia latinoamericana ha sido producto de la influencia externa, de la que una parte considerable proviene del viejo mundo, es de esperarse que frente a la tendencia *tecnologizadora* del Derecho penal haya menos vulnerabilidad⁸⁸ y pueda dársele una orientación debida. Las historias de los países latinoamericanos, que comprenden sus períodos de lucha libertaria, las que por desgracia aún no han concluido, tienen sus propias circunstancias y características, que de ninguna manera se deben desatender como para optar sin más por mecanismos deshumanizadores⁸⁹; lo anterior, sin desconocer los impactos positivos que necesariamente tienen los avances tecnológicos y que vivimos inmersos en un proceso de *globalización* en diversos ámbitos de la vida, del que sin duda no escapa el Derecho.

Quiero pensar –a riesgo de pecar de ingenuo- que ese es y seguirá siendo el sentir mayoritario, no sólo de los habitantes comunes sino incluso de los penalistas de este otro lado del atlántico. Por ello, considero que en el orden normativo penal que debe regir en el futuro latinoamericano –sin apartarse de considerar las cosas que se van planteando por los avances de la ciencia y la tecnología y sin desdeñar los inevitables impactos del fenómeno globalizador y de internacionalización del Derecho-, deberán imponerse los criterios y principios universales y permanentes propios de sistemas democráticos, así como -antes que nada- la consideración de la realidad en que dicho orden normativo tendrá aplicación. Realidad que, por supuesto, no estará conformada solamente de los aspectos socio-tecnológicos –que sin duda influyen en la conformación del derecho-, sino también y sobre todo por las tradiciones, las costumbres, los valores, etcétera, los que ciertamente no son producto de la gracia o de la imposición proveniente del poder estatal, por mucho que éste haya tenido en diferentes momentos ilimitados alcances y por más que aquellos valores (vida, libertad, seguridad jurídica, etc.) hayan sido fuertemente vulnerados o limitados.

3. Necesidad de precisar la función y alcances del Derecho penal.

⁸⁷ Tanto políticos como de justicia penal, entre otros.

⁸⁸ Lo que no implica desconocer el desarrollo de los medios informáticos y su gran utilidad para el sistema penal.

⁸⁹ Sin negar que también hay formas de pensar y de actuar en ese sentido.

a) Ahora bien, el que los avances tecnológicos vayan planteando nuevas exigencias político-criminales, éstas de ninguna manera pueden traer como consecuencia la negación de los *valores* ético sociales y, por tanto, de los *bienes jurídicos* que requieren protección por parte del Derecho penal. Por el contrario, las nuevas exigencias político-criminales son explicables en tanto que habrán surgido nuevos problemas y otros intereses (bienes o valores), quizá más “sociales” que “individuales”, que requieren protección; los que de todos modos serán los que justifiquen la intervención del Derecho penal y determinen los alcances de esa intervención en los países de la región latinoamericana⁹⁰.

Pero, si se quiere utilizar al Derecho penal para otros fines⁹¹ y se adoptan para ello criterios distintos a los que tradicionalmente han tenido la función de limitarlo⁹², entonces se volverá a plantear la cuestión relativa a su *legitimación* y a sus *límites*, en tanto se le utilice para regular los comportamientos humanos. Si ahora se quisiera utilizar al Derecho penal sólo para *finés político-criminales* predeterminados, con independencia de toda consideración del hombre como persona⁹³, entonces el Derecho penal habrá dejado de ser un instrumento al servicio del hombre y su *función social* también quedaría en entredicho. Y, con ello, el ideal de LISZT habría quedado en pura *utopía*, para convertirse sólo en un instrumento al servicio de quien detenta el poder -del Estado-, pues no hay duda que éste fija los fines político-criminales que habrá de atender el Derecho penal.

b) También existiría el riesgo de que las conquistas y tradiciones humanistas del moderno Estado de derecho pierdan su importancia si, por el gran entusiasmo con el Derecho penal, o por la gran ingenuidad sobre sus alcances, se le quiera atribuir *funciones ilimitadas* o funciones que podrían antojarse reservadas a otras áreas del conocimiento o a otras áreas del orden jurídico. Pero, no hay duda que esta situación de alguna manera la estamos viviendo ya⁹⁴, al hacerse un uso excesivo del Derecho penal, ya que en lugar del principio de *ultima ratio* se aplica el de *prima* o de *única ratio*, que ha propiciado su enorme expansión. Y puede ser que a ese entusiasmo obedezca, también, el deseo de

⁹⁰ Cfr. HASSEMER, op. cit., pp. 34 y ss.

⁹¹ Que no sea la protección de bienes jurídicos.

⁹² Aún cuando hasta ahora haya sido muy reducido el logro de esa limitación o que dichos principios sólo hayan jugado un papel meramente simbólico o de pretexto.

⁹³ Entonces habría que plantearnos, por una parte, de dónde salen esos fines y, por otra, quién los determina.

⁹⁴ Como se observa en México y otros países de la región.

atribuirle la función de proteger la “*identidad social*”, como parece ser la posición de JAKOBS siguiendo a HEGEL⁹⁵.

Pero, a ese gran entusiasmo habría que anteponerle otro, como lo afirma HASSEMER⁹⁶, de que la concepción que debe prevalecer es, sin duda, una concepción humanista y “no puramente funcional, burocrática y deshumanizada del Derecho penal”. Por lo que, en ningún caso pueden ser sacrificadas, en aras de una “eficacia” o “funcionalidad” del Derecho penal, las conquistas y tradiciones humanistas más valiosas del moderno Estado de derecho.

La anterior situación de la política penal en América Latina obedece, entre otras causas, sin duda a la falta de una dogmática penal que hubiese asumido la función de señalarle al legislador los límites que debió observar en el ejercicio de su *ius puniendi*, es decir, al momento de generar la legislación penal material.

4. Necesidad de una dogmática más funcional a las exigencias de la región:

a) *¿De qué hablamos cuando hablamos de dogmática penal en A.L.?*

1) Cuando hablamos de “*dogmática penal*” en América Latina, sin duda hablamos de esa construcción teórica que se hace en torno al Derecho penal, que se ocupa de explicar ordenada y sistemáticamente sus diversos contenidos; o bien, del conjunto sistematizado de conocimientos sobre el derecho penal, que resulta de la aplicación del *método dogmático*. Y, siendo el *delito* uno de los conceptos fundamentales del derecho penal y uno de los objetos de estudio de la dogmática penal, el conjunto de conocimientos sobre dicho objeto conforma lo que conocemos como “*teoría del delito*”, distinguiendo claramente lo que es el “objeto del conocimiento” y el “conocimiento del objeto”⁹⁷. Por ello, si el derecho penal experimenta transformaciones, esos cambios también tienen, o deben tener, repercusiones

⁹⁵ Cuando JAKOBS señala que en la concepción de HEGEL “la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo”. *Cfr.* Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Universidad Externado de Colombia, 1998, 9. 11. Este mismo entusiasmo puede leerse en el reciente libro de Miguel ONTIVEROS ALONSO, *Derecho Penal. Parte General*, INACIPE-UBIJUS, México, 2017, donde se afirma que “el derecho penal crea libertad para que toda persona desarrolle libremente su personalidad”, p. 31.

⁹⁶ Persona, mundo y responsabilidad, p, 15, 39 y ss., 79 y ss.

⁹⁷ Es decir, el “derecho penal” es el objeto del conocimiento de la “dogmática penal” y ésta el conocimiento o el saber de dicho objeto de estudio.

en el ámbito de la *dogmática penal*⁹⁸.

Entonces, hablar de “dogmática penal” en América Latina parece que no puede ser sino de la dogmática penal en el sentido que lo diseñó y desarrolló Franz von LISZT en Alemania en la parte final del siglo XIX y que luego ha tenido un desarrollo bastante largo hasta nuestros días. Originalmente, la dogmática penal se inició a partir del análisis de la legislación penal vigente, con la idea de explicar sistemáticamente sus diversos contenidos para lograr una aplicación racional de la misma. Así surgieron las primeras manifestaciones del desarrollo sistemático en tono al *concepto general del delito*, de acuerdo con los contenidos del CP alemán de 1871, que constituyeron las bases de lo que se ha caracterizado como la “moderna dogmática penal”. A partir de entonces, este conocimiento del derecho penal y esta forma de explicar el derecho penal empezó a difundirse, primero a otros países de Europa occidental y luego a países de otros continentes, como los de América Latina. Es así como los países de la región empezaron a *receptar*, a principios del siglo XX, las iniciales elaboraciones dogmáticas realizadas en Alemania, primero a través de los autores españoles e italianos y, luego, de los alemanes, por razón del idioma. Pero, además de los problemas idiomáticos, los de comunicación hicieron que los conocimientos llegaran bastante tarde a nuestros países y de ahí que siempre hayamos estado a la zaga de esos avances. En los tiempos actuales, en cambio, ya no hay ese pretexto, porque la mayoría de las obras de autores alemanes han sido traducidas al idioma español; además, los actuales medios de comunicación permiten estar casi al día de los avances de la dogmática penal en otras latitudes, sobre todo la “dogmática penal española”. Es decir, en los tiempos actuales existe una más estrecha intercomunicación.

2) Lo cierto es que en este desarrollo que ha tenido la dogmática penal hasta nuestros días, algunos modelos o sistemas de análisis del delito han encontrado mayor arraigo que otros en los penalistas latinos, como ha sido el caso de los penalistas mexicanos. De ahí que, con frecuencia se diga que los penalistas de mediados del siglo XX hasta la década de los 70s han sido de manera predominante seguidores del *sistema causalista del delito*; a partir de la década de los setenta empieza a abordarse y adoptarse el *sistema finalista* y más adelante aparecen incluso seguidores del llamado *sistema*

⁹⁸ Independientemente de la discusión de si la dogmática penal tiene o no un objeto dado, y de si tiene un carácter “nacional” o “supranacional”.

funcionalista.

De todos modos, a partir de ello, empezó a hablarse de la “*dogmática penal en América Latina*” (*mexicana, argentina, colombiana, brasileña, etc.*), en tanto que tales construcciones teóricas se aplicaron a la legislación penal nacional, dadas las ciertas similitudes de materias que la legislación penal contiene, o para explicar aquellas que no eran claras o eran omisas. Pero, mientras que en Alemania se habló del inicio de la “moderna” dogmática penal desde la segunda mitad del siglo XIX, en los países latinoamericanos sólo se habló de ella mucho tiempo después, por las razones antes señaladas, de que los impactos de las elaboraciones externas las recibíamos con cierto retraso.

3) Ahora bien, como se ha dicho, la dogmática se originó como producto del análisis de la legislación penal vigente; por ello, el *Derecho penal* ha constituido el principal *objeto de estudio* de la dogmática penal, y de ahí que su ámbito de injerencia haya sido limitado. Con el tiempo, la dogmática penal no sólo se limitó a cumplir una función meramente *exegética* –diciendo o interpretando los contenidos de la ley, para ofrecer criterios a los juzgadores en la aplicación de la ley- sino que también asumió una función *crítica* de su propio objeto de estudio -señalando lagunas, contradicciones e incoherencias de la propia ley, y haciendo propuestas de cambio de la legislación penal-, y de esa manera tener injerencia en las decisiones político-criminales que corresponden al legislador; pero, este papel aún requiere de mayor decisión y de efectiva retroalimentación⁹⁹.

Por razón de sus orígenes y de su posterior desarrollo, la mayoría de los teóricos del derecho penal son de la idea de que el ámbito de intervención de la dogmática penal está delimitado por la legislación penal positiva, es decir, por sus contenidos, que en todo caso son objeto de interpretación; y, lo que la dogmática penal proporciona son criterios de interpretación para una aplicación racional de la ley penal. Y aquí vale recordar que Hans WELZEL destacó desde hace más de sesenta años, al ocuparse de los *fundamentos* de la dogmática penal (así como de la política criminal), que si el legislador quiere dar origen a leyes que sean lógicas, que no sean contradictorias, tiene que tomar en cuenta las *estructuras lógico-objetivas* de sus propios objetos de regulación. Por lo que, siendo la

⁹⁹ Que dependerá tanto de la actitud del legislador como del papel del teórico del derecho penal.

acción humana uno de los principales objetos de regulación de la ley penal, habrá que reconocer que ella tiene una estructura tal como se da en la realidad, que el legislador –por mucho poder que crea tener- no puede modificar^{100, 101}.

4) Lo anterior, por supuesto, ha sido pensado –tanto desde la perspectiva político-criminal como desde la dogmática- con relación a la *responsabilidad individual*, es decir, de la persona física. Pero, ahora que en diversos ámbitos –europeos y latinoamericanos- existe la tendencia político-criminal de regular la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, se plantea también para la dogmática penal latinoamericana la necesidad de abordar este tema, para analizar si hay base o no para ello¹⁰² y, en su caso, para determinar cuáles serían los presupuestos necesarios para la *imputación* de un hecho cometido, en el que la persona jurídica esté involucrada, y para fundamentar la responsabilidad penal de dicha persona jurídica y la pena a imponerle. Y, al hacerlo, deberá estar en condiciones de poder establecer, racional y razonablemente, con base en la legislación penal de cada país, si el *hecho* penalmente relevante –que fundamentaría dicha responsabilidad penal de la persona jurídica- sería necesariamente cometido por alguno de sus miembros –persona física- o si se admite que la propia persona jurídica pudiera también cometer delitos. En otros términos, tendría que establecer si para la responsabilidad penal de las personas jurídicas son aplicables las mismas categorías sustantivas –sobre todo las que dan contenido al concepto general del delito- o si se tienen que construir otras que estén más acordes a la naturaleza misma de la persona moral.

b) Cuál sería la función de la dogmática penal en América Latina?

1) No obstante que lo anterior tiene que ver con esta cuestión, habrá que agregar algo más. Sobre la *función* de la dogmática penal en general ya se ha dicho mucho, pero tal vez sobre ella no haya mucha claridad en nuestra región. Así, en Alemania WELZEL había señalado que la función o misión de la dogmática penal consiste en "desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna", esto es, "sistemáticamente"¹⁰³,

¹⁰⁰ Cfr. Hans WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951, p. 197; del mismo, *Vom bleibenden und vom vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964, p. 20 y ss.

¹⁰¹ Asimismo, en el ámbito latinoamericano existen muchas esencialidades que el legislador debe tomar en consideración a la hora de sus regulaciones.

¹⁰² Y la cuestión sería determinar, en primer lugar, si hay *base constitucional* para ello o no.

¹⁰³ Recordemos que el propio WELZEL remarcó la importancia político-criminal de la dogmática penal desde

y lo propio ha dicho MUÑOZ CONDE en España, para quien “la Dogmática jurídico penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites”¹⁰⁴. En América Latina tenemos, por una parte, la opinión de NOVOA MONREAL, para quien la dogmática penal consiste en “procurar una correcta interpretación de los textos positivos, buscar las relaciones existentes entre éstos, descubrir las ideas, principios e instituciones ínsitos en la ley y, luego, construir y sistematizar sobre esa base una teoría completa y bien asentada de las bases orgánicas del derecho positivo”¹⁰⁵. Asimismo, la opinión de ZAFFARONI, para quien la *dogmática penal*, como “núcleo” de la ciencia del derecho penal *stricto sensu*, es el conocimiento o el saber del derecho penal; por ello, tiene como principal objeto de conocimiento al derecho penal positivo, cuyos contenidos -tomados en principio como si se tratara de “dogmas”- son analizados y explicados de manera sistemática¹⁰⁶. Por su parte, Fernando VELÁSQUEZ, siguiendo la opinión de autores alemanes, destaca que “la dogmática penal cumple importantes cometidos que se traducen en *ventajas* de diversa índole”, que él denomina “funciones positivas”, entre las que se tienen las siguientes: “brinda seguridad jurídica a los ciudadanos”; “posibilita una aplicación segura y calculable del derecho penal”; “racionaliza y torna igualitaria la administración de justicia penal”; “mantiene la unidad del sistema penal” y “permite construir una ciencia total del derecho penal, abierta, de orientación crítica”¹⁰⁷.

el inicio de su obra, al afirmar que la ciencia del derecho penal, como ciencia sistemática que es, “da la base para una administración de justicia igualitaria y justa, pues sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho libera a su aplicación del acaso y la arbitrariedad”; véase *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 1; *Zur Dogmatik im Strafrecht*, en: *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 5.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 117 y s., 135 y s.: “la Dogmática jurídico penal trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo”.

¹⁰⁵ NOVOA MONREAL, E., *La evolución del Derecho penal en el presente siglo*, Caracas, 1977, pp. 42 y s. *Cfr.* también, PORTE PETIT, C., *Importancia de la dogmática jurídico penal*, México, 1954.

¹⁰⁶ *Cfr.* ZAFFARONI, E. Raúl, *Teoría del Delito*, Ediar, B. Aires, 1973, pp. 27 y ss.; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1977, pp. 91 y ss.; véase, también, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Dogmática penal y Política criminal*, en: *La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI (Coloquio Internacional)*, INACIPE, México, 1998, pp. 31 y ss.

¹⁰⁷ VELÁSQUEZ V., Fernando, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, cuarta edición, Bogotá, D.C., 2010, pp. 15 y ss. Al lado de las funciones positivas, VELÁSQUEZ también

Vinculada con la *política criminal*, la cual igualmente cumple una función¹⁰⁸, la dogmática penal parece adquirir mayor relevancia, en tanto que ella realiza su función con la finalidad de “posibilitar una aplicación racional y uniforme de la ley, que ayude esencialmente a garantizar la seguridad jurídica” y a “procurar una administración de justicia igualitaria y justa”¹⁰⁹. Por lo tanto, si esto último es la función que tiene la dogmática penal, según quienes la han cultivado hasta ahora tanto en Europa como en América Latina, creo que no hay inconveniente alguno para mantener esa idea si nos circunscribimos al ámbito de nuestra región, para posibilitar una política criminal y un derecho penal adecuados a las exigencias de Estados democráticos de Derecho, tanto en lo que concierne al proceso de creación del Derecho penal como a la aplicación concreta del mismo. Lo que implicaría reconocer, que la dogmática penal también puede desempeñar una función crítica y de ser un instrumento de proposiciones y de cambios de su propio objeto de conocimiento.

2) Lo anterior igualmente pone de manifiesto que la dogmática penal en el ámbito latinoamericano no debe reducirse a una disciplina que sólo se cultive como *l'art pour l'art*¹¹⁰, como “la dogmática por la dogmática”, sino que ella debe buscar conectarse con la realidad de los países de la región, dentro de la cual se encuentra su propio objeto de consideración, y procurar incidir, a través de sus aportaciones sistemáticas, en la solución de los problemas concretos, para los que el derecho penal está llamado a atender en la región. Por ello, habrá que procurar que esa finalidad de la dogmática penal no se vea distorsionada por los propios dogmáticos, ya sea porque ellos tejan en el vacío o en

señala los posibles riesgos o “funciones negativas” de la dogmática penal.

¹⁰⁸ En el ámbito específico de la política penal, la política criminal -señala JESCHECK- “se ocupa de cómo configurar el Derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la sociedad. La política criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho penal, pondera los límites hasta dónde puede el legislador extender el Derecho penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el Derecho penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal”. JESCHECK, H.H., Tratado de Derecho Penal, Parte General, t. I, Barcelona, 1981, pp. 29 y s.

¹⁰⁹ WELZEL, Hans, Das deutsche Strafrecht, 1969, p. 1; también JESCHECK, H.H., Lehrbuch..., 1969, p. 136.

¹¹⁰ Como lo señaló WELZEL, H., con relación a la dogmática en Alemania, en Zur Dogmatik im Strafrecht, en: Festschrift für Maurach, Karlsruhe, 1972, p. 5, y HIRSCH, H. J., La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, en la obra del mismo autor Derecho Penal. Obras completas, T. II, pp. 83 y ss.; véase, también, RUSCONI, Maximiliano A., Sistema del hecho punible y política criminal, AdHoc, B. Aires, 1995, p. 27.

atención a otras realidades, para evitar lo que con gran sentido crítico NOVOA MONREAL señalaba hace 40 años no sólo de la dogmática penal sino también de los dogmáticos penalistas, de que estos habían originado "una disciplina pretenciosa y abstrusa, de menor substancia de la que se le atribuye, apta para ser recorrida solamente por iniciados que poseen sus claves lingüísticas y que creen, debido a su propio aislamiento, formar parte de una supuesta élite científica"¹¹¹. Sino que, por el contrario, la dogmática penal debe tener como rol fundamental el procurar que la política criminal y el derecho penal de los países de la región puedan diseñarse y desarrollarse dentro de ciertos límites. Es decir, que la misión fundamental de la dogmática penal sea desarrollar y proporcionar los criterios teóricos que sirvan para *contener* el poder penal al momento de tomarse las decisiones político-criminales¹¹².

Ahora bien, si tomamos en cuenta lo que también se ha afirmado en la doctrina, de que la *dogmática penal* tiene como función principal "proporcionar criterios teóricos adecuados para una política criminal acorde a las exigencias de Estados democráticos de derecho" y, por ende, para dar sustento a un derecho penal que igualmente responda a requerimientos propios de sistemas penales de corte democrático, habrá entonces que desarrollarla desde esa perspectiva, si consideramos que ese es el tipo de Estado y de sistema penal que habrá de seguir según las exigencias de los estados democráticos de la región latinoamericana.

3) Para ello, la dogmática penal latinoamericana tendrá que ocuparse con mayor interés, antes que nada, de la legislación penal de cada país de la región, así como estar atenta al desarrollo mismo de su propio *objeto de estudio*, es decir, al desarrollo que va teniendo el derecho penal, el cual sin duda se va transformando constantemente en la medida en que su *objeto de regulación*, que es el delito y la pena, también va

¹¹¹ NOVOA MONREAL, E., *La evolución del Derecho penal en el presente siglo*, 1977, pp. 42 y s. *Cfr.*, también, ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2a. ed., Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1973, pp. 3 y ss.; existe traducción al español de MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1972.

¹¹² Por lo que, las discusiones dogmáticas no siempre son infructuosas, como lo pone de relieve la discusión que se ha dado entre *causalismo* y *finalismo*, y la que ahora se da entre *ontologismo* y *normativismo*, si a ello vinculamos los fines político-criminales del derecho penal. Por ello, como decía Armin KAUFMANN, se sugiere admitir y creer más en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y confiar más en la utilidad práctica de tales categorías, ya que sólo así las construcciones dogmáticas podrán alcanzar mayores rendimientos prácticos. Véase sobre esto, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Dogmática penal y Política criminal*, *op. cit.*, *loc. cit.*

experimentando cambios. Pero, es ahí donde igualmente la dogmática penal debiera intervenir, no sólo como un espectador del desarrollo de su objeto de estudio sino como el principal promotor del desarrollo del derecho penal, procurando que éste no se desborde sino que se mantenga dentro de los límites previamente establecidos, como expresión que es de la política criminal y producto del ejercicio del poder penal del Estado, esto es, como producto de las *decisiones político-criminales* del legislador. Es en este punto donde debe procurarse que la legislación penal se sustente en ciertos *principios* fundamentales, propios de sistemas democráticos, que tienen la misión de señalarle límites a las potestades gubernamentales, sobre todo por lo que hace al ejercicio del poder penal.

Asimismo, y sin olvidar que el referente es el “Estado democrático de derecho”, tanto la teoría de la política criminal como la dogmática penal deben procurar que las legislaciones penales adopten criterios, instituciones, mecanismos y prácticas, que sean compatibles con las realidades sociopolíticas, culturales y jurídicas de los países latinoamericanos, para evitar regulaciones extralógicas, o que se tomen como objetos de regulación, por ejemplo, fenómenos que no son propios de los países de la región y, en cambio, desatiendan los que requieren de atención. No se puede negar que desde el plano internacional, a través de ciertos instrumentos también internacionales¹¹³, se trata de imponer a los países a adoptar un tipo de medidas político-criminales en contra de ciertos fenómenos, como ha sucedido con la *delincuencia organizada* y el *terrorismo internacional*, no obstante ser evidente que muchas de ellas obedecen a una tendencia claramente autoritaria, que se aparta de toda justicia de corte democrático¹¹⁴. Lo propio puede decirse con relación a la idea que tiende a hacer proliferar los llamados delitos de *peligro abstracto*; lo que, sin duda, trae como consecuencia una mayor *expansión* del Derecho penal y, por ende, una mayor inobservancia de ciertos criterios y principios limitadores de corte liberal y democrático.

¹¹³ Como la *Convención de Viena* (1988) y la *Convención de Palermo* (2000) en materia de delincuencia organizada.

¹¹⁴ Ciertamente, por razón de las influencias que se manifiestan en el plano internacional, ahora se introduce en nuestras legislaciones penales la regulación del “terrorismo internacional” y, con ello, la adopción de medidas político-criminales para combatirlo, que se apartan de los criterios democráticos, al desconocer principios fundamentales y garantías propias del Derecho penal moderno, bajo el pretexto de que se trata de terroristas y, por ende, de “enemigos”. Lo anterior no implica desconocer que el terrorismo es un problema realmente grave y que, por ende, no se puede permanecer ajeno a él; pero, habrá que hacerlo también de manera racional.

Con todo ello, es claro que se van generando nuevos problemas para la dogmática penal de nuestra región, pues además de los problemas tradicionales que comúnmente debiera atender, ahora también tiene que ocuparse de lo que implican las distintas manifestaciones de la delincuencia organizada, el terrorismo internacional, el financiamiento al terrorismo internacional, la delincuencia informática, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otros. Entonces, a partir de este tipo de problemas se va determinando el sentido y los alcances que deben tener la política criminal y legislación penal en la realidad latinoamericana y, por ende, el objeto de estudio de la dogmática penal. Pero, así como el ensanchamiento del derecho penal ha traído como consecuencia la “sobresaturación” del sistema penal y que éste no esté en condiciones de responder a sus objetivos, es evidente que ahora los retos de la dogmática penal son también mayores.

4) En efecto, si la mayor complejidad de los problemas que debe atender el derecho penal hace que éste tenga mayores dificultades para cumplir la función que se le atribuye y alcanzar sus objetivos, no hay duda que eso también tiene repercusiones en el papel de la dogmática penal; y de ahí el gran reto para ella en el ámbito latinoamericano. Pero, además del gran reto que tiene, para lograr su misión será igualmente necesario¹¹⁵ que la dogmática penal en nuestra región sea desarrollada de manera especialmente *comprensible* para quienes tienen que conocerla y aplicarla, sobre todo en el ámbito del sistema de justicia penal, pero igualmente para quienes tienen la función de generar conocimiento, es decir, quienes la enseñan y la tienen que asimilar en las aulas universitarias. En otros términos, dada la importancia de su función, se requiere que la dogmática penal latinoamericana no siga siendo, o no se convierta¹¹⁶ en una disciplina “pretensiosa y abstrusa, apta para ser recorrida solamente por iniciados que poseen sus claves lingüísticas y que creen // formar parte de una supuesta élite científica”.

Asimismo, y recordando nuevamente a NOVOA MONREAL, se reitera que es exigible a los penalistas dogmáticos de la región –sobre todo a aquellos que, como yo¹¹⁷, han abrevado en distintas Universidades europeas- que procuren no ejercer en el vacío ni

¹¹⁵ Si retomamos lo afirmado con anterioridad, sobre todo lo dicho en el anterior inciso 2).

¹¹⁶ Como lo señaló Eduardo NOVOA MONREAL hace 40 años en su trabajo *La evolución del Derecho penal en el presente siglo*, Caracas, 1977, pp. 43 y ss.

¹¹⁷ Que tengo una formación académica eminentemente “germánica”, de la que por supuesto no reniego, sino que me siento orgulloso.

“sumergirse en una progresiva complicación de sus elaboraciones abstractas, en la agudización de discusiones tan inútiles como extravagantes y en una ciega y gradual desconexión con la realidad”, sino, antes de aplicar en un medio distinto los conocimientos o criterios teóricos adquiridos en materia penal, tienen primero que conectarse con la realidad para conocer sus problemas y luego buscar sus posibles soluciones¹¹⁸.

Lo anterior exige, también, diferenciar los contextos socio-culturales y jurídicos, así como los distintos modelos de sistemas penales que existen en cada región, los que sin duda tienen sus propias motivaciones y vinculaciones filosófico-políticas que no se pueden ignorar. Y, por ello, tampoco es admisible que la dogmática penal tenga que guiarse solo por las “*modas*” del momento, o por el solo hecho de que algo resultó funcional en otra realidad, si antes no se ubica en los contextos de su propia realidad; pues, son estos los que marcan las pautas de lo que puede evitar deplorables consecuencias y garantizar que los objetivos del Derecho penal se puedan alcanzar.

5) Ahora bien, es claro que esos objetivos del Derecho penal no los puede éste alcanzar por sí mismo sino que requiere para ello del *proceso penal*, que es donde se ventilan los casos concretos penalmente relevantes y se determina si una persona es culpable o no, así como los presupuestos para imponerle una pena. Es, también, en el proceso penal donde se pueden hacer realidad los principios que orientan al Derecho penal y sirven para construir los presupuestos de la pena y los “elementos del delito”, entre otras cuestiones. Por lo que, al haber diversos modelos de procesos penales¹¹⁹, es importante saber cuál estaría en mejores condiciones de posibilitar los objetivos del derecho penal material. Lo cierto es que los países de la región latinoamericana¹²⁰ han optado en los últimos decenios por instaurar o fortalecer el “*sistema procesal penal acusatorio*”, por considerar que es el sistema que responde mejor a las exigencias de Estados democráticos de derecho. Sin embargo, esta tendencia ha obedecido más a los influjos de organismos internacionales que al propio convencimiento de los países de la región; por lo que, las reformas no siempre constituyen respuestas adecuadas a las realidades y necesidades de la

¹¹⁸ Sólo así podrá verse si las construcciones teóricas abrevadas tienen aplicación o no; es decir, no se puede empezar con las soluciones y luego ver si el problema existe o no.

¹¹⁹ Acusatorios, inquisitivos y mixtos.

¹²⁰ Entre ellos México, primero con su reforma constitucional de 2008 y, luego, con su Código Nacional de Procedimientos Penales (2014).

región.

Pero, con independencia de lo anterior, dado que la dogmática penal tiene que responder a las realidades y necesidades de los países de la región, y debe tener como función ser un método para contener el poder penal, sujetándolo a límites precisos, surge también la cuestión de si, atendiendo a esos cambios que los sistemas de justicia penal están experimentando en nuestros países, la dogmática penal tendría mayores posibilidades de responder a esos objetivos o si, por el contrario, como algunos piensan, dejaría incluso de tener importancia. Ciertamente, sobre todo en el ámbito de los neo-procesalistas existe la errada opinión de que con el sistema procesal penal acusatorio y oral la dogmática penal ya no tiene mayor razón de ser, porque se piensa que la “*teoría del delito*” se sustituye ahora por la “*teoría del caso*”¹²¹. Lo anterior no revela sino desconocimiento de lo que es la dogmática penal y la función que tiene o debe tener. Y, aún cuando la dogmática penal – como se ha dicho- ha jugado un papel muy limitado con relación a la orientación de las decisiones político-criminales de legisladores y juzgadores, si se admite que ella puede ser un instrumento adecuado para contener los excesos del ejercicio del poder penal, habrá que concluir que, ante esta tendencia de los sistemas procesales, a los cuales se atribuye la característica de ser “más garantistas” y, por ende, la pretensión de garantizar menos violaciones a los derechos humanos, la razón de ser de una dogmática penal así se justifica cada vez más.

En fin, sólo una dogmática penal que parta de la consideración de nuestras realidades, que sea además comprensible tanto para legisladores y juzgadores como para los académicos y demás interesados en las cuestiones penales, tendrá la capacidad de aspirar a incidir en las decisiones político-criminales, para que éstas estén igualmente en condiciones de responder a las exigencias de sistemas penales de Estados democráticos de derecho.

¹²¹ Expresión propia del sistema procesal penal anglosajón, que ahora importamos.