

DOGMATICA PENAL

I.- INTRODUCCION

Hemos de partir de que el Derecho Penal tiene tres aspectos:

Objetivo: El Derecho Penal es un conjunto de normas jurídico-penales (posición clásica). El presupuesto para su aplicación es el delito y, su consecuencia es la pena o medida de seguridad. Además, se establece una responsabilidad civil derivada del delito. Célebre es la definición que dio Von Liszt, para quien el derecho penal es el "conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho y a la pena como legítima consecuencia".

Subjetivo: Es lo que se conoce como "Ius Puniendo" o Derecho del Estado a castigar o sancionar. Es la facultad que tiene el Estado de crear o aplicar determinadas sanciones a las personas que infringen el Derecho Penal Objetivo, es decir las normas jurídico penales. Fernández Carrasquilla señala que: el derecho penal subjetivo no es otra cosa que una potestad derivada del imperio o soberanía estatal y que dependiendo del momento en que se desenvuelva puede tomar diversas formas, puede ser una potestad represiva -momento legislativo-, una pretensión punitiva -momento judicial-, o una facultad ejecutiva -momento ejecutivo o penitenciario-.

Científico, Ciencia del Derecho Penal o Dogmática Jurídico Penal: La dogmática penal, expresa Roxin: "es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal". Fernández Carrasquilla, a su vez, con visión político criminal, considera que la "Dogmática Jurídico Penal" es el estudio sistemático y lógico-político de las normas del derecho penal positivo vigente y de los principios y valores en que descansan o que las animan". Las dogmática jurídico penal, por su referencia al derecho vigente y por sus métodos se diferencia de la historia del Derecho Penal y del Derecho Penal comparado, pero también de la Política Criminal, cuyo objeto no constituye el derecho penal como ES sino como DEBERÍA SER en cuanto a una adecuada disposición para sus fines.

Por otro lado, se dice que actualmente se habla de una estructura tridimensional del Derecho desde el punto de vista del Derecho Penal, que gira entorno a la Criminología, Dogmática Penal y la Política Criminal:

La Criminología es actualmente una ciencia en continuo cambio, lo cual, como podrá suponerse, ha incidido en la manera de conceptuarla, el objeto de estudio, el método, y los postulados generales asignados; el avance del pensamiento criminológico a pesar de ser una ciencia relativamente nueva ha sido notorio. La palabra "criminología" tiene raíces griegas y latinas que significan desde un punto de vista etimológico la "teoría del crimen". Bustos Ramírez afirma que: "Mientras el derecho penal se ocupa de la definición normativa de la criminalidad como forma del poder del Estado, la criminología estudia cómo surgen al interior del sistema esos procesos de definición. De esta manera ambas disciplinas conforman una unidad normativa y empírica.

Tradicionalmente mediante la criminología se intenta explicar el delito como fenómeno individual y social

La Dogmática Penal es el estudio concreto de las normas penales, de los tipos penales, de la Ley en sentido estricto. Se le debe desmenuzar y entender de manera coherente. Es un método de investigación jurídico que centra su estudio en las normas observándolas desde un punto de vista abstracto, general, sistemático, crítico y axiológico; el estudio consiste en determinar el verdadero sentido y genuino alcance de las normas, correlacionarlas e integrarlas en totalidades coherentes de progresiva generalidad, extraer los principios generales que rigen las normas y los grupos racionales que de ellas se forman y desentrañar las valoraciones políticas, constitucionales e internacionales en que esas normas descansan o se inspiran. Tal como indica Fernando Velásquez: “ esta disciplina se ocupa del estudio de un determinado derecho positivo y tiene por finalidad reproducir, aplicar y sistematizar la normatividad jurídica, tratando de entenderla y descifrarla, construyendo un sistema unitario y coherente; su objetivo, pues, es integrar el derecho positivo sobre el cual opera con conceptos jurídicos, fijando después los principios generales o dogmas que señalan las líneas dominantes del conjunto. Desde este punto de vista, la dogmática es ciencia, pues posee un objeto (el derecho positivo), un método (el dogmático) y unos postulados generales o dogmas”.

La Política Criminal es el conjunto de criterios, empleados o a emplear por el Derecho Penal en el tratamiento de la criminalidad. Es el fundamento de que por qué se castiga determinada conducta y por qué no otras. Es decir, se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad. Por ejemplo: Las excusas absolutorias. El maestro BRAMONT ARIAS conceptúa la política criminal como, la ciencia y el arte de los medios preventivos y represivos de que el Estado dispone para luchar contra el delito. Como ciencia la política criminal elabora principios; como arte, los aplica.

La Política Criminal surge teniendo como base los resultados de las corrientes criminológicas.

II.- ¿QUE ENTENDEMOS POR DOGMÁTICA JURÍDICA?

Se trata de una disciplina perteneciente al derecho, cuyo método se basa en la de complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos, siendo el significado de dogma conforme el DRAE, una proposición que se asienta por firme y cierta, como principio innegable. Pues bien tales dogmas han de extraerse del contenido de las normas jurídicas positivas, utilizando la abstracción, y siguiendo una serie de operaciones lógicas que otorgan a la dogmática jurídica un carácter eminentemente sistemático; es decir, estudia el contenido normativo de las leyes, de todo un sistema jurídico o de sectores concretos de cada sistema jurídico.

Para la búsqueda del significado atribuido al concepto de dogma en proyección a la dogmática, el de decreto u ordenanza, según se entendió el concepto en la Antigüedad, es digno de tenerse en cuenta por ser referible a la idea de dogma como norma decretada u ordenada, es decir, como derecho positivo, propia de la dogmática de hoy¹ al igual que el concepto más tardío de

¹ ABBAGNANO, Diccionario de Filosofía, México, FCE, 1983, voz `dogma`.

decisiones de los concilios y de las autoridades eclesiásticas acerca de materias fundamentales de la fe,² por no proceder respecto de ellas, como parece a muchos dogmáticos de hoy respecto de la norma, otra cosa que su descripción o explicación, más nunca su valoración.

Las fuentes formales que integran el ordenamiento jurídico, basan el conjunto de la dogmática jurídica.

Estas fuentes son:

La ley, siendo esta la fuente primordial y directa de nuestro derecho. A este respecto nuestro legislador lo que ha hecho es establecer la primacía de la ley conforme determina los artículos 1 y 2 del CC. “La ley, la costumbre y los principios generales del derecho”

El artículo 4 del CC, establece una segunda fuente, la analogía, que viene a ser un principio de interpretación del derecho, se trata de la existencia de semejanza que ha de existir entre el caso previsto y el no previsto, ha de darse por tanto la identidad de razón. Los interpretes del derecho llevan a cabo operaciones de desintegración jurídica mediante la cual se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista para un caso y para una materia similar. La analogía jurídica-integración de la ley, en esto se basa el método de desintegración y es lo que llevan a cabo los agentes del derecho.

Los principios generales del derecho tal y como el CC los establece, vienen a aplicarse en defecto de ley o costumbre y ello sin perjuicio de su carácter como informador del ordenamiento jurídico.

Algunos autores vienen a decir que las normas de que se ocupa la dogmática jurídica y que son su objeto de estudio, pertenecen a un sistema jurídico vigente, aunque en mi concepto sea posible sostener que el estudio del contenido de un ordenamiento jurídico hoy periclitado o formalmente derogado, constituye dogmática y no historia del derecho, cuando no consiste en el examen de un derecho dado en su devenir, que es preocupación de la historia jurídica, sino en desentrañar el contenido de un ordenamiento en particular, considerado en sí, y en la unidad que exhibió durante su vigencia.

Santiago Mir, en su obra Derecho Penal parte General, estudia el concepto de norma jurídico penal, y se pregunta ¿Qué entendemos por norma jurídico penal?. Ello depende en primer lugar de lo que entendamos por norma jurídica, como género al que pertenece la especie de las normas jurídico penales. Una norma jurídica es un mensaje prescriptivo, que prescribe una actuación determinada, expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados³.

² ABBAGNANO, Diccionario de Filosofía, México, FCE, 1983, voz 'dogma'.

³ MIR PUIG, S, Derecho penal parte general, Edición 10ª actualizada y revisada, Editorial Reppertor, Barcelona 2015: Cfr, MIR PUIG, S. Derecho penal y Ciencias Sociales, pag 20, a diferencia de las normas, los principios no prescriben una conducta determinada, porque no contienen una especificación suficiente de un supuesto de hecho ni de una consecuencia jurídica (cfr, Larenz, metodología, p. 465), sino que solo ofrecen razones para la decisión, sin determinarla totalmente (asi Dworkin, Los derechos, pp. 75 s.). Mientras que las normas solo pueden cumplirse o infringirse (no pueden cumplirse a medias), los principios tienen una dimensión de peso, (Dworkin, op. Cit. P. 77), que

III.- ¿DOCTRINA JURÍDICA, QUE ES?

Es una fuente formal del derecho, con indudable trascendencia dentro del ámbito jurídico. Fue Savigny quien resaltó el trabajo y la doctrina de los juristas. Esta surge en las universidades que vienen a estudiar el derecho vigente y lo interpretan dentro de la ciencia del derecho. Es comúnmente utilizada por los juristas, tanto en la educación jurídica como en su utilización en la práctica judicial, sin embargo hemos de decir que la misma carece de fuerza obligatoria y no se reconoce como fuente oficial del derecho en la mayoría de los sistemas jurídicos, sin embargo, cuando en la práctica es utilizada, viene a configurarse como pieza de convicción para el juez, el legislador y el desarrollo de todo el derecho consuetudinario.

Son o vienen a constituir críticas y estudios de teóricos del derecho que influyen en la formación, opinión de los que vienen a crear normas o aplican las mismas.

La doctrina estudia los manantiales de donde brota el derecho: investiga el papel histórico y las relaciones existentes entre las diversas fuentes; esclarece el significado de las normas y elabora, para entender en toda su extensión, el significado de los modelos jurídicos⁴

IV.- DOGMÁTICA JURÍDICA PENAL

La dogmática jurídica del derecho penal es la disciplina del derecho cuya misión es el estudio integral del ordenamiento penal positivo, es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma que tiene el conocimiento del sentido de los preceptos jurídico-penal positivo.

Igualmente es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal.

La dogmática penal no concibe la norma como un dogma rígido sino que reconoce soluciones parciales a los problemas jurídicos.

La dogmática penal tiene como función garantizar los derechos fundamentales del ciudadano frente al poder punitivo del estado.

La dogmática penal penetra e indaga los fundamentos de tipo penal, como se distingue uno del otro, cuando un comportamiento es impune y cuando no en este sentido, al señalar límites y definir conceptos se quiere una aplicación segura y calculable del derecho penal a fin de sustraerla a la irracionalidad, arbitrariedad e improvisación.

permite que se cumplan en mayor o menor medida por lo que constituyen mandatos de organización (cfr. Alexy, *Rechtstheorie*, 1979, p. 80). Sobre todo esto ver Puigpelat, *Anuario de Derechos humanos*, nº 6 (1990), pp. 233, sobre la relación de las valoraciones jurídicas con las normas y los principios, cfr. *Infra*. V.

⁴ LASTRA, José Manuel, "Fundamentos de derecho", Ed. Porrúa, México 2005, p.45

Una característica de la dogmática es su realización práctica descartándola como pura ciencia teórica. Los problemas teóricos deben vincularse a la ley. Así la dogmática realista es adecuada en la medida que sirva de aplicación de la ley.

La dogmática es el proceso de aplicación de la ley a la realidad, persigue la decisión de casos facticos.

Para incluir a la dogmática penal del derecho en general y a la dogmática del derecho penal en particular, la interpretación deberá ser entendida como una capacitación del sentido.

En esta parte el penalista trabaja como cualquier científico con un conjunto de proposiciones que recibe el calificativo de verdaderas y falsas acudiendo a su verificación, a tal efecto toma los datos (normas penales), los analiza y establece sus similitudes y diferencias reduciendo lo que impera igual en un concepto único.

La dogmática jurídico-penal es, pues, la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales u opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal

⁵El resultado más relevante de la dogmática penal es el conjunto de criterios, principios y conceptos que constituyen la teoría del delito, que se trata de una teoría general válida para interpretar y aplicar al caso concreto cualquier figura del delito.

La manifestación más característica de la dogmática del Derecho penal es:

La denominada teoría general del delito o teoría del hecho punible, ámbito en el que la dogmática del Derecho penal alcanza las cotas más elevadas de abstracción, estudio y desarrollo

La teoría general del delito comprende, explica y sistematiza los presupuestos generales y elementos que han de concurrir en una conducta para que pueda ser calificada como delito y sancionada con una pena.

Los presupuestos generales y elementos esenciales del concepto de delito, generalmente, no aparecen explicitados en las leyes penales, sino que el intérprete ha de extraerlos de los distintos tipos penales (homicidio, robo, fraude, etc.) que se contienen en aquéllas y que se estudian en la parte especial del Derecho penal.

Cada delito tiene una serie de características propias que le diferencian de los demás, pero contiene también una serie de elementos, principios o estructuras comunes a todos ellos o a grandes grupos de delitos.

La definición y estudio de estos elementos comunes corresponde a la teoría general del delito, que se estudia en la parte general del Derecho penal.

La teoría general del delito despliega su eficacia en un nivel de abstracción medio entre la ley y el caso, proyectando la ley sobre la realidad, poniéndola en contacto con el caso y regulando esta comunicación.

⁵ Revista de abogados penalistas. La teoría jurídica del delito. Dogmática y teoría del delitos. Nexta.es. (19.1.2018)

En ese orden de ideas la teoría del delito como el instrumento conceptual, mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.

La teoría del delito se encarga de estudiar las características o elementos comunes de todo hecho que pueda ser considerado como delito.

La dogmática del Derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático; es decir, se ocupa de la interpretación del Derecho penal positivo, empleándose el término interpretación en su sentido más amplio, esto es, que permita la elaboración del sistema

La filosofía penal ilustrada sigue proyectando su influjo en la dogmática penal actual. Partiendo de la necesidad del derecho penal por criterios de utilidad o beneficio social, el derecho penal encuentra sus límites en esa utilidad y en las garantías de derechos de los ciudadanos. Así que aquellos principios siguen siendo hoy inspiradores, a la vez que límites del poder legislativo en la creación de las leyes penales. Y también hoy, superada la idea de la aplicación judicial como un perfecto silogismo y admitida la necesidad de interpretar todas las leyes, incluso las penales, en la aplicación judicial del derecho⁶

El núcleo de la ciencia del derecho penal es la dogmática jurídico penal (teoría del derecho penal), que parte de la ley como base y límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas conforme a un sistema en el que caben también, particularmente, las resoluciones judiciales y las opiniones doctrinales de la ciencia, e intenta encontrar nuevas vías en la formación conceptual y en la sistemática.⁷

Y todavía, Roxin, en su *Derecho penal*, define la dogmática jurídico penal como "la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y perfeccionamiento de las disposiciones legales y opiniones doctrinales científicas en el dominio del derecho penal"

En definitiva se trata de un instrumento que garantiza el avance del derecho penal, su legislación y su utilización por parte de los juristas, con lo que se pretende conseguir que la tutela de los derechos cada vez ofrezca una mayor garantía en su no vulneración cuando estamos hablando de sujetos que acometen conductas delictivas pero que a la vez, son sujetos titulares de derechos y por tanto los mismos no pueden ser vulnerados.

V.-ALGUNAS REFERENCIAS A LOS PRINCIPIOS DE LA DOGMÁTICA PENAL CONTEMPORÁNEA

En el análisis dogmático del derecho penal actual se hace en muchas ocasiones referencia a los principios, el principio de legalidad, el principio de utilidad de la intervención penal, el principio

⁶ La decisión judicial como la conclusión de un silogismo no es una descripción empírica de lo que los jueces hacen ni tampoco una propuesta normativa de lo que deben hacer. La labor judicial es más compleja que una tarea de subsunción. En ella se suceden diversos tipos de razonamientos y niveles de análisis. PARAMO ARGUELES, J.R, "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", cit, pag. 90.

⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, 4a. ed., trad. del alemán por José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 35.

de subsidiariedad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de humanidad de las penas, el principio de proporcionalidad o el principio de resocialización, entre otros son profusamente estudiados u aplicados al razonamiento jurídico por los penalistas⁸

Continuamente se utilizan y usan estos principios para proceder a explicar y criticar los contenidos propios de la materia de estudio. Efectivamente en el ámbito penal existe y se da una tremenda importancia a los principios, y lo deseable en los estudios jurídicos tanto penales, con los principios que lo regulan, como cualquier ámbito del derecho parten de los mismos, siendo su formulación y estructura para, a partir de ahí, proceder a su aplicación al mundo de la realidad objetiva jurídica. Sin embargo, a pesar de la importancia de los mismos, no existe en la dogmática penal apenas aseveraciones explícitas de posibles peculiaridades estructurales o funciones de los principios en relación a las reglas, tampoco remisiones a autores como Esser, Bobbio, Betti, Kelsen, Hart, Dworkin, Alexy o Larenz a propósito de los principios.⁹

Muchas de las reflexiones de estos autores son de gran utilidad para entender el sentido que los principios tienen en este ámbito del derecho. Sin ellos no se entenderían muchas de las resoluciones que se dictan en este ámbito por los juristas.

En realidad este silencio a los mismos, se produce a partir de continuas referencias y reflexiones. De forma precipitada podríamos sacar la conclusión de que para los penalistas los principios son normas jurídicas al igual que todas las demás que configuran la parcela de ordenamiento jurídico que analizan. Los principios serían prescripciones que obligan a un determinado comportamiento y cuyas consecuencias jurídicas determinan la sanción correspondiente en caso de incumplimiento. Más concretamente, y al ser normas dirigidas prioritariamente a los poderes públicos, sería la negación de validez o la nulidad de sus actuaciones la sanción apropiada.

Una posición que se asimila a la postura de Kelsen sino fuera porque los penalistas no solo atribuyen valor normativo a los principios expresamente contenidos en normas jurídicas sino también a los principios implícitos. Estos últimos suelen ser tratados como principios deducidos de un conjunto de reglas o de principios expuestos. Su valor normativo se hace derivar, de esta manera, de la coherencia con otras normas del ordenamiento jurídicos. Decía Bobbio que son normas porque las normas no pueden extraerse otra cosa que no sean normas. Pero Bobbio atribuía a los principios implícitos el valor de fuente subsidiaria del derecho, un mecanismo de autointegración aplicable en caso de laguna o carencia de norma jurídica expresa que regule un determinado caso. Pero para los penalistas no hay fuentes subsidiarias en el ámbito penal. La

⁸ Cfr, MIR PUIG, S. *Derecho penal, Parte general (Fundamentos y Teoría del derecho)*, PPU, Barcelona, 1990, pp XII-XIII. En los textos de derecho penal aparecen otros principios jurídicos inspiradores de la regulación especial de la ley peno o el principio personal o principio estatal o de garantía de los bienes jurídicos de la comunidad nacional o el principio universal, el principio de la irretroactividad básica de las leyes penales, principio de especialidad, de la doble incriminación, principio non bis in ídem, de gravedad criminal, de ejecución delictiva, principio de reciprocidad, de prioridad jurídica, principio de la no entrega al nacional de la no entrega al asilado, de evitación de las penas corporales e inhumanas, de la extinción de la responsabilidad penal, principio de la asistencia letrada, principio del respeto a los derechos humanos. CFR POLAINO NAVERRERE, M, *Derecho penal, Parte general Tomo I Fundamentos Científicos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1990, pp XVII-XXII. El principio de prohibición del exceso, el de taxatividad, el principio de culpabilidad. Cfr COBO DEL ROSAL, M, VIVES ANTON, T, S, *Derecho penal Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, (índice).

⁹ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón Teórica del garantismo penal*, Ed. Trotta, cit, pp, 332, 337.

única fuente del ordenamiento jurídico penal es la ley. Tanto los principios explícitos como los implícitos son utilizados en el ámbito jurídico penal sin distinción entre unos y otros. Ambos tendrán pues, al menos, el valor de ley.¹⁰

En general puede decirse que al enfrentarse de forma directa a los principios como fuente del derecho se les niega tal valor. Su mejor argumento trata de las especialidades que, en relación a los modos de producción jurídica, existen en el ámbito penal. Y en concreto la vigencia del principio de legalidad en su razón más contundente. Aunque no parece que dejen de tener en cuenta que los principios son también criterios hermenéuticos y pautas de valoración criterios informadores del ordenamiento jurídicos y postulados éticos inspiradores del derecho¹¹

VI.- FUNCIÓN DE LA DOGMÁTICA JURIDICA¹²

No podemos dar término a estas consideraciones sobre la dogmática, sin dedicar algunas palabras a la función que desempeña.

Hace ya algún tiempo que un gran jurista, Hans Welzel, reaccionó con energía frente al intento de calificar a la dogmática de ejercicio intelectual indiferente y puesto de espaldas a los problemas concretos que enfrenta la vida del derecho, como *l'art pour l'art* jurídico penal.

Welzel llevaba razón. La auténtica dogmática no es una jurisprudencia de conceptos, sino una disciplina práctica que enfrenta el derecho penal legislado como una técnica social enderezada a evitar comportamientos humanos atentatorios de bienes sujetos a la tutela jurídica.

Si la dogmática es vista desde esa perspectiva, aparece claro que su función de extraer, describir y explicar sistematizadamente el contenido de las normas jurídico penales, debe llevarla de modo necesario, no sólo a dejar precisado lo que tales normas contienen de mecanismo de imputación con miras sancionatorias, sino también lo que ellas comportan de garantía sustantiva para la persona imputada, sentido en que es para la dogmática igualmente fundamental hacer explícitos en su alcance los límites de la ley, y elaborar principios y conceptos que hagan aparecer racional y tornen segura su aplicación. La faena de razonar lógicamente con los materiales recogidos del texto legal y de sistematizarlos y exponerlos de modo adecuado, se halla al servicio de evitar la aparición súbita de interpretaciones aisladas y erráticas, portadoras probables de arbitrariedad e irracionalidad. En interés del derecho y de la justicia es menester precaver esas resoluciones inesperadas, y absorber las conclusiones de la dogmática para que el derecho judicialmente declarado se torne altamente previsible.

¹⁰ SANCHEZ MARTINEZ, O. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Ed. Dykinson, S.L., pp 53 y ss

¹¹ PERES LUÑO, A.E, *La peculiaridad normativa de los principios generales del derecho*, en *Persona y Derecho*. 2000. Núm. 42. Pag. 131-159 cit, pp 144-147.

¹² BUNSTER, Á. Boletín Mexicano de derecho comparado. Revista 90.