

# **CONOCIMIENTOS SOCIALES SOBRE EL DELITO Y DOGMÁTICA PENAL**

**Prof. Dr. Manuel Jaén Vallejo**  
*Profesor Titular de Derecho Penal*  
*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

La irrupción de la filosofía positivista a finales del siglo XIX supuso un verdadero impacto en la ciencia del derecho penal, originando dos corrientes científicas que intentaron defender su cientificidad desde puntos de vista diferentes, aunque siempre de acuerdo con el ideal científico del positivismo. La primera lo hizo proponiendo en el ámbito de la dogmática un método propio pero similar al de las ciencias naturales<sup>1</sup>. La segunda, que llegó a cuestionar la cientificidad de la dogmática jurídico-penal, por entender que ésta se desenvolvía en un ámbito ajeno al de las realidades naturalísticas, esto es, en el mundo de los valores y no en el de los hechos, originó el nacimiento de otras investigaciones (las empírico-sociales), centradas en los aspectos antropológicos y sociológicos del delito, entendido este como una realidad natural previa a la norma que lo establece. Como consecuencia del desarrollo de estos conocimientos empíricos sobre la criminalidad, la dogmática penal sufrió una fuerte conmoción, porque "a partir del momento en que el delito puede explicarse científicamente como hecho social surge el problema de las relaciones de esta explicación con las concepciones clásicas que sólo lo entendían como un hecho jurídico"<sup>2</sup>. En verdad, si todo suceso tiene una causa y ésta puede ser conocida, el fenómeno social de la delincuencia podía ser calculable<sup>3</sup>. Y como sólo las explicaciones causales eran las únicas que merecían el rótulo de científicas, la única ciencia posible dentro del marco del positivismo, fuera de la lógica y de las matemáticas, era una ciencia como la sociología o la antropología criminales. La dogmática no podía ser considerada como una ciencia, dentro de este marco teórico, porque las normas penales ni eran formas lógicas, ni conocimientos matemáticos, ni hechos perceptibles por los sentidos.

El denominador común de aquellas investigaciones era su preocupación por la etiología del delito. De este modo nació la criminología, como ciencia causal-explicativa, que tenía

---

1 Así, el método de la dogmática propuesto en 1881 por Franz v. Liszt.

2 BACIGALUPO, Enrique, "Relaciones entre la dogmática penal y la criminología", en *Derecho penal y ciencias sociales*, edición de S. Mir, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 53.

3 Cfr. FERRI, *Soziologia Criminale*, 3ª ed., 1892, pp. 366 ss.; GAROFALO, *Criminología* (en español por P. Dorado Montero), 1922, p. 125; LISZT, Franz v., *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, 1905, pp. 84 y 284, en donde afirma que "conocimiento científico es conocimiento causal".

por objeto el estudio de las causas individuales y sociales que producían el fenómeno del delito<sup>4</sup>. La creencia en la posibilidad empírica de explicar las causas del delito, bien por la configuración antropológica o biológica del autor, bien por el medio social en que vivía supuso una amplia reforma del Derecho penal, apoyado hasta entonces en la idea de la libertad de voluntad (indeterminismo). Decía v. LISZT: "el que quiera combatir el delito tiene que conocerlo... conocer el delito significa conocer al delincuente" y "precisamente porque el delito es el producto necesario de situaciones dadas, es posible combatirlo actuando sobre estas situaciones"<sup>5</sup>. Por ello, la pena no debía dirigirse ya a reprimir justamente un *hecho*, sino a impedir que su *autor* reincidiera en el delito; desde esta perspectiva, "el derecho penal podía aprovechar los resultados de las investigaciones criminológicas para, mediante sus instrumentos (la pena y las medidas), remover las causas que habían llevado al delincuente al delito, es decir, obrando sobre su peculiar personalidad para que no reincidiera"<sup>6</sup>.

Era evidente, pues, la coincidencia del interés del Derecho penal, orientado ahora hacia una teoría preventivo-especial de la pena, que requería un pronóstico sobre la conducta futura del autor, y el de la criminología, preocupada por encontrar una explicación causal de los comportamientos delictivos y, por consiguiente, de las causas que debían removerse para cumplir con la idea de la prevención especial. Ahora bien, aunque el objetivo principal de la nueva concepción era la "transformación de la legislación penal" (*die Umgestaltung der Strafgesetzgebung*), lo cierto es que el Derecho penal vigente podía entenderse tanto a partir del indeterminismo como del determinismo propio de los positivistas, porque "toda tarea dogmática requiere axiomas previos a la labor propiamente dogmática y el determinismo, lo mismo que el indeterminismo, tiene precisamente ese carácter"<sup>7</sup>.

Hubo entonces dos líneas de argumentación para explicar las relaciones entre la dogmática penal y la criminología. Una primera línea argumental corresponde a v. LISZT, quien propugnó la llamada *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciencia total del Derecho penal), que mantuvo la tradicional separación entre la explicación empírica (criminología) y jurídica (derecho penal) del delito<sup>8</sup>. Mientras que "la tarea de la jurisprudencia teórica se agota en la conexión lógica de los conceptos", "la sociología criminal es la investigación científica del delito", como un fenómeno sensitivo, en sus causas y en sus efectos<sup>9</sup>. Y añadía v. LISZT que mientras que para la ciencia del Derecho penal "las normas jurídicas son su objeto y la lógica su método", la sociología criminal "no conoce otro método que el común a todas las demás ciencias verdaderas: la observación objetiva y metódica de hechos dados"<sup>10</sup>.

---

4 Algunos de los principales representantes de esta corriente (positivismo criminológico) fueron los italianos FERRI (1856-1929; una de sus obras fue *La sociología criminal*), LOMBROSO (1836-1909; *Biología criminal*) y GAROFALO (1851-1934; *Antropología criminal*). Cuentan que en 1870, en la cárcel de Pavía (Lombardía), un profesor de Medicina legal, Cesare Lombroso, practicaba la autopsia del bandido calabrés Vilella, cuando descubrió una depresión en la cresta occipital, que de inmediato le iluminó la famosa teoría del delincuente nato, que fue el título de su obra más famosa, publicada en 1876.

5 LISZT, *op. cit.*, p. 3.

6 BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, PG, ed. Akal, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 46 y 47.

7 BACIGALUPO "Dogmática penal y Criminología", *cit.*, p. 55.

8 LISZT, *op. cit.*, p. 78.

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

No se trataba, por tanto, de una integración o unificación metodológica bajo los principios de las ciencias causal-explicativas del delito, como lo postuló FERRI<sup>11</sup>, "sino de una simple reunión funcional vinculada con el rol social asignado al jurista del derecho penal"<sup>12</sup>. Luego, la integración de los conocimientos empíricos y jurídicos en la *gesamte Strafrechtswissenschaft* propuesta por v. LISZT era consecuencia de una modificación de la función del jurista del Derecho penal en la sociedad. Su tarea no quedaba agotada en la dogmática clásica, en el sentido de la elaboración sistemática de los conceptos, sino que debía de asumir también el papel de promotor y proyectista de la reforma penal. VON LISTZ, en su Programa de Política Criminal de Marburgo, en 1882, destacó, frente a las teorías absolutas entonces dominantes, la necesidad de una política criminal adecuada a los fines sociales. Poco después, en los *Kriminalpolitischen Aufsätze* (Ensayos de política criminal) de los años 1889 a 1892 se desarrolla dicho Programa, considerando los resultados de la Antropología y Sociología criminales. Las nuevas ideas de v. LISZT logran una amplia difusión al publicarse en 1881 su *Lehrbuch*, y aparecer, ese mismo año, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW); difusión que alcanza un carácter internacional con ocasión de la fundación de la *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (IKV) (Unión Internacional de Derecho criminal) en 1889. Según el Programa de la IKV, tanto el delito como los medios de lucha contra él deben ser considerados no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista antropológico y sociológico, proponiéndose como tarea la investigación científica del delito, en el sentido de investigar sus causas y medios para combatirlo. De todos modos, en 1893, al referirse v. LISZT a dicho Programa, advertía que la ciencia jurídica, con esta nueva perspectiva, no sufría ninguna transformación, pues seguiría siendo una ciencia de normas y conservaría su método lógico<sup>13</sup>. Poco más tarde, al pronunciar su lección inaugural en Berlín (27-10-1899) reiteró que "la ciencia del derecho penal, en primer lugar –y en esto somos íntegramente de la misma opinión que la escuela clásica–, tiene que transmitir a los jóvenes ávidos de aprender el cúmulo de normas jurídicas según el método lógico-jurídico"<sup>14</sup>.

La justificación de esta llamada ciencia total está en que el jurista del Derecho penal no puede cumplir su función sin recurrir a otros conocimientos. Además de conocer las normas, el jurista del Derecho penal debe conocer los fenómenos que constituyen su propio objeto: el delito y la pena. Tal conocimiento es el conocimiento del fenómeno en sus "causas determinantes", esto es, de los hechos relevantes para la aplicación de las normas, lo que requiere conocimientos y experiencias criminalísticas<sup>15</sup>. Y la ciencia del Derecho penal tiene también la tarea de ser "la orientadora del legislador, su consejera cuidadosa y conductora en la lucha contra el delito"<sup>16</sup>. Se trata, pues, de una simple "reunión funcional" vinculada con el rol social asignado al jurista del Derecho penal como "político-criminal", y aunque la dogmática penal sufrió importantes transformaciones, éstas no fueron el producto de

---

11 Cfr. FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, 1928, pp. 73 ss.

12 BACIGALUPO, *Principios*, p. 47.

13 *Op. cit.*, p. 77.

14 *Op. cit.*, p. 286.

15 *Op. cit.*, pp. 288 y 289.

16 *Op. cit.*, p. 293.

las investigaciones criminológicas, sino más bien consecuencia "de un punto de partida determinista y del desplazamiento del centro de gravedad desde el hecho al autor por imperio de la fundamentación preventivo especial de la pena"<sup>17</sup>; pero ni el dogma determinista ni la fundamentación de la pena desde el punto de vista preventivo especial "pueden considerarse conceptos criminológicos en el sentido de v. LISZT y de la criminología positivista de esa época"<sup>18</sup>. Algunas de aquellas transformaciones fueron las siguientes: a) el abandono de la teoría de los imperativos; b) el acento del aspecto material de la antijuricidad, aunque subordinado a la antijuricidad formal<sup>19</sup>; c) la concepción material de la culpabilidad como "la actitud asocial del autor expresada en el hecho cometido"<sup>20</sup>. Transformaciones que, en verdad, no eran esenciales con respecto a los conceptos fundamentales de la escuela clásica y que ésta hubiera podido alcanzar por su propio desarrollo.

Otra línea de argumentación para explicar las relaciones entre la dogmática penal y la criminología corresponde a FERRI y su *Sociologia Criminale*. Enrico FERRI propuso una integración diferente<sup>21</sup>. Según FERRI, "la antropología criminal y la estadística criminal, tanto como el Derecho criminal y penal no son sino capítulos de una ciencia única que es el estudio del delito como fenómeno natural y social, y por lo tanto jurídico, y de los medios más eficaces para la defensa preventiva y represiva contra el mismo"<sup>22</sup>. Y agrega: "cuando se admite, como no puede ser de otra manera, que los fenómenos jurídicos no son sino fenómenos, porque Derecho y sociedad son términos inseparables y equivalentes, se hace evidente de inmediato la artificialidad de aquella separación entre una ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y otra que lo estudie como fenómeno social", y, por ello, "es absurda la pretensión de separar el estudio del aspecto natural y social del aspecto jurídico"<sup>23</sup>. Sobre esta base, FERRI entendió que el Derecho penal se podía estudiar con el método inductivo, de observación de los hechos ("método científico"). Así lo sostuvo en sus *Principii di Diritto Criminale* (1928). Pero, como con acierto lo ha puesto de manifiesto BACIGALUPO, aquel autor utilizó falsamente la noción de método inductivo<sup>24</sup>, chocando su propuesta de integración con la necesaria distinción entre el *ser* y el *deber ser*, así como con el punto de partida en la ciencia del Derecho según el cual "las proposiciones del deber ser no pueden fundarse en comprobaciones de hechos, sino que deben deducirse de otras proposiciones de la misma especie"<sup>25</sup>.

Las valoraciones que exige la dogmática podrán tener en cuenta las investigaciones de la criminología y de otras ciencias sociales, pero desde luego lo que es esencialmente valorativo, como es el caso de la dogmática, no se puede presentar como el resultado de aquellas

---

17 BACIGALUPO, "Dogmática penal y Criminología", p. 59.

18 *Ibidem*.

19 Cfr. HEINITZ, *Das problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, 1926; v. LISZT, *Lehrbuch*, 23ª ed., pp. 139 ss.

20 V. LISZT, *op. cit.*, p. 160; la expresión "asocial" se refiere tanto al dolo, entendido como intención antisocial dirigida contra las exigencias de la vida social común, como a la culpa, entendida como indiferencia frente a tales exigencias.

21 Cfr. FERRI, Enrico, *Sociologia criminale*, 3ª ed., 1892.

22 *Op. cit.*, p. 770.

23 *Op. cit.*, p. 771.

24 Cfr. *Principios*, p. 47, y "Dogmática penal y Criminología", p. 60.

25 RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 1963, p. 97; cfr. KELSEN, *Hauptprobleme*, 1911, p. 6 ss.

investigaciones. Del *ser* no se deriva el *deber-ser*<sup>26</sup>. Además, los resultados de las investigaciones criminológicas pueden dar lugar a distintas decisiones valorativas por parte del jurista, según los axiomas de los que parta. Con certeras palabras ha expresado BERISTAIN la necesidad de aquella distinción: "los penalistas, los Magistrados deben acercarse a los criminólogos; pero no para cederles, ni por un momento, sus togas, su misión –difícil– de juzgar y valorar la culpabilidad y la responsabilidad de los hombres, sino únicamente para recibir de ellos el fruto maduro de las investigaciones psicológicas, económicas, sociológicas, etc., con las que enriquezcan su visión humana y científica de la vida y del hombre, de lo permitido y lo prohibido, de lo normal y de lo anormal"<sup>27</sup>.

El fracaso del anterior modelo de integración de FERRI "tuvo por consecuencia que la criminología causal-explicativa, orientada por la idea de prevención especial, redujera los límites de su influencia, a los fijados por v. LISTZ. La dogmática penal, por lo tanto, se ha desarrollado independientemente de la criminología positivista"<sup>28</sup>. LISZT negó la existencia del "delincuente nato" de LOMBROSO, y apenas citó a FERRI, llegando a afirmar que "en esos naturalistas radicales tenemos los más peligrosos adversarios"<sup>29</sup>.

Como se dijo, v. LISZT propuso un modelo de integración de los conocimientos jurídicos y empíricos que no suponía una transformación del método (lógico) utilizado en la dogmática; para él, a diferencia de FERRI, la integración no podía ser entendida como una unificación metodológica, pues el método para construir la dogmática y el que se debe usar en la indagación de la criminología no pueden coincidir. Lo que v. LISZT quiso significar con su *gesamte Strafrechtswissenschaft* no era otra cosa que la apertura del Derecho penal, que no podía quedar limitado a la dogmática, sino que debía comprender otros conocimientos de la realidad; v. LISZT aglutinó todos estos conocimientos en aquella ciencia total o general del Derecho penal. A la ciencia del Derecho penal le corresponderían, básicamente, los siguientes cometidos: la formación de los penalistas, tanto desde el punto de vista jurídico como criminológico; la explicación causal del delito, entendida como sociología, que se ocupa de las causas sociales que producen el fenómeno del delito, como antropología y psicología criminales, que se ocupan de las causas individuales; la explicación de la pena, a través de la penología, que se ocupa de estudiar los efectos preventivo generales de las penas, así como, desde un punto de vista de prevención especial, las consecuencias positivas y negativas que la pena tiene sobre el sometido a ella; y la elaboración de la política criminal, como sistema de principios, que debe facilitar la crítica y reforma de la legislación penal.

Frente al modelo de la criminología clásica, preocupada por la etiología del delito, en la actualidad goza de un cierto auge otra dirección criminológica: la *criminología crítica* o

---

26 BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 62; cfr. también NAUCKE, "La filosofía social del Derecho penal orientado a las ciencias sociales" (trad. de Joan-Josep Queralt Jiménez), en *Derecho penal y ciencias sociales*, ed. de S. Mir Puig, pp. 73 ss.; dice NAUCKE, describiendo críticamente la vinculación del Derecho a los conocimientos empíricos, que "lo fáctico adquiere el carácter de algo valioso. La aceptación de hechos confiere sentido. La esperanza –que yo veo como el error– reside en que el conocimiento de lo real comportará automáticamente un actuar jurídico-penal correcto", de ahí que esta postura niegue el famoso "abismo entre ser y debe ser", por entender que la realidad "ya contiene en sí misma la estructura normativa", luego "la cognición de la realidad es al mismo tiempo cognición del deber ser" (p. 80).

27 BERISTAIN, *Ciencia penal*, pp. 38 y 39.

28 BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 63.

29 "Die Zukunft des Strafrechts", en su recopilación *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, pp. 11-12.

moderna sociología criminal<sup>30</sup>. Esta nueva criminología se caracteriza por considerar que el delito no es una realidad natural previa a la norma que lo establece, sino el resultado de un proceso de criminalización que se lleva a cabo por los órganos e instancias del control social (legislador, policía, abogados, jueces, etc.) y a través del cual se "etiqueta" a un comportamiento como delictivo y se "estigmatiza" a su autor como delincuente. En palabras de BARATTA, uno de los autores que más esfuerzos ha dedicado a esta materia, "las investigaciones realizadas dentro del marco del *labelling approach* han revelado que la desviación y la criminalidad no son entidades ontológicas preconstituidas, identificables por la acción de las distintas instancias del sistema penal, sino que son más bien una cualidad atribuida a determinados sujetos, por medio de mecanismos oficiales y no oficiales de definición y selección. En consecuencia, no es posible estudiar la criminalidad independientemente de esos procesos"<sup>31</sup>.

Este nuevo modelo criminológico, pues, ya no se ocupa de la etiología del delito, sino que centra su atención en la "reacción social y jurídico-penal contra el hecho" (*den sozialen Reaktionsansatz*)<sup>32</sup>. El objeto primario de la investigación criminológica no es ya el comportamiento del autor, sino el comportamiento y funcionamiento de los órganos de control social, sometiendo a crítica los procesos de criminalización y sus resultados; por ello, más que teorías de la criminalidad son teorías de la criminalización<sup>33</sup>, pues se adopta una postura combativa frente al fenómeno criminal para transformar, primero mediante la crítica, una realidad injusta e insatisfactoria de la que el Derecho penal es cómplice.

Entre las diversas corrientes que han aparecido en el marco de esta posición, expresión todas ellas del pensamiento criminológico contemporáneo, quizás sea la marxista la predominante<sup>34</sup>. Para los representantes de esta corriente, el Derecho penal no es sino una superestructura que tiene como misión garantizar las relaciones de producción de una infraestructura de la cual es reflejo; es un instrumento de la clase dominante para la defensa de sus intereses, pues son los poderosos quienes definen los delitos y deciden las penas, convirtiéndose de este modo el Derecho penal en un mecanismo de perpetuación de desigualdades sociales. Coherentemente con estas afirmaciones, la abolición del Derecho penal se convierte en el objetivo último de la criminología crítica<sup>35</sup>, sustituyéndolo por una solución

---

30 Cfr., sobre las características de este nuevo modelo criminológico GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, 1988, pp. 103 ss.

31 BARATTA, Alessandro, "Criminología y Dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal", en *La reforma del Derecho penal*, II, ed. de S. Mir, Bellaterra, 1981, p. 32.

32 KAISER, *Kriminologie*, 5ª ed., 1981, p. 33; SACK, *Kriminalsoziologie*, ed. por Sack y R. König, 1968, pp. 431 ss.

33 Cfr. BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 66, con cita de NAUCKE, *Seminar Abweischendes Verhalten*, IV, 1980, ed. por Lüderssen y Sack, pp. 68 ss.

34 V., de IAN TAYLOR, PAUL WALTON y JOCK YOUNG: *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*, London-Boston, 1973; *Critical Criminology*, London-Boston, 1975; *Criminología crítica*, México, 1977, y también en Siglo XXI editores (1986), trad. de Álvaro Búnster.

35 Cfr., en relación a las distintas *posturas abolicionistas*, FERRAJOLI, "El Derecho penal mínimo", trad., de R. Bergalli, en *Poder y Control*, nº 0/1986, pp. 25 ss.; LARRAURI, "Abolicionismo del Derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista" en *Poder y Control*, nº 3/1987, pp. 95 ss., quien aclara, con acierto, que sólo puede calificarse de verdadero abolicionismo aquel que, como la criminología crítica, aboga por la supresión del Derecho penal, entendido como la potestad punitiva del Estado ejercida en el marco de un sistema normativo, y no meramente por la supresión de la cárcel; NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, p. 33; PAVARINI, "El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo", en *Poder y Control*, nº 1, pp. 141 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., en *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1992, pp. 18 s.; ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989, pp. 101 ss.

privada de los eventuales conflictos, basada en el principio del resarcimiento civil del daño, entre otros sistemas de control social. Como ha señalado KAISER, esta alternativa al sistema penal es incompatible con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas<sup>36</sup>, o como ha dicho HASSEMER, al tratar las consecuencias de la sustitución del Derecho penal por otros sistemas de control social, "quien pretenda abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú"<sup>37</sup>.

Desde luego, es legítimo y hasta deseable pensar en un hipotético futuro, en el que habiendo desaparecido las desigualdades sociales que favorecen el delito, no sea ya necesario acudir a la amenaza de una pena para reforzar determinadas reglas sociales de conducta. Pero hoy es evidente que no se da esa ausencia de factores criminógenos, por lo que cabe llegar a la conclusión, con GIMBERNAT, de que "hay Derecho penal para rato" y "que la pena es una amarga necesidad"<sup>38</sup>. Además, aunque se llegara a alcanzar aquella sociedad igualitaria, y con ello una reducción importante de delitos contra la propiedad y el patrimonio, aún seguirían produciéndose otros delitos que no tienen tanta relación con las desigualdades sociales como los anteriores, como es el caso de los delitos pasionales y otra criminalidad violenta. Entiendo, pues, que el Derecho penal, en una u otra forma, seguirá existiendo. Ahora bien, como dice GIMBERNAT, "el que el Derecho penal sea imprescindible no significa, por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual"<sup>39</sup>.

Con independencia de que se compartan o no los planteamientos políticos de la criminología crítica, así como sus finalidades, y de que éstas se hayan calificado, no sin razón, de utópicas<sup>40</sup>, lo cierto es que ha aportado un análisis realista a la cuestión criminal denunciando la desigual aplicación del Derecho penal, al ser las clases sociales más deprimidas las que más lo sufren. De todos es bien sabido que la población carcelaria se nutre principalmente de aquellas clases sociales cuyos integrantes están más expuestos que los pertenecientes a clases sociales acomodadas al riesgo de ser etiquetados como delincuentes por las instancias de control social. Me parece correcta la afirmación de la criminología crítica en el sentido de que "no sólo las normas penales se aplican selectivamente reflejando las relaciones de desigualdad existentes, sino que el Derecho penal ejercita también una función activa de producción y reproducción de las relaciones de desigualdad" y de que "hoy la cárcel produce, reclutándolo sobre todo en los sectores más bajos de la sociedad, un sector de marginación social particularmente calificado por la intervención estigmatizante del sistema punitivo estatal"<sup>41</sup>. Sin embargo, aunque sea cierto que el Derecho penal se aplica desiguali-

---

36 KAISER, "Abolitionismus-Alternative zum Strafrecht?", en *Festschrift für K. Lackner zum 70*, 1987, p. 1.036.

37 HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 400.

38 GIMBERNAT ORDEIG, E., "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho penal*, ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 150.

39 *Ibidem*.

40 No le falta razón a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA cuando exclama: "¡Claro que me complace la visión utópica de Radbruch, de una sociedad nueva que progresa no ya con un mejor Derecho penal, sino con algo mejor que el Derecho penal! Pero no veo tan próximo ese paraíso, ni tan neutros los sustitutivos que puedan reemplazar a aquel", en "Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico", RFDUC 63, otoño 1981, p. 25.

41 BARATTA, "Criminología crítica y política penal alternativa", RDIP, 1978, pp. 47 y 48.



tariamente y que, por tanto, puede llegar a ser injusto, resulta altamente discutible que las propuestas abolicionistas pudieran llegar a ser más positivas<sup>42</sup>.

El Derecho penal, aun con sus imperfecciones, que todo penalista debe intentar superar, bien a través de propuestas de *lege ferenda*, bien mediante modificaciones en el sistema de la teoría del delito, dentro del cual se analizan y entienden los delitos en particular, sin olvidar la función hermenéutica que tiene el bien jurídico en la parte especial, debe continuar existiendo, y, por tanto, su estudio es imprescindible. Con certeras y convincentes palabras lo ha expresado GIMBERNAT, al señalar que la dogmática "hace posible, ... al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución (...). Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite"<sup>43</sup>.

Volviendo a la problemática de las relaciones entre la dogmática y la criminología, es claro que en el marco de la criminología crítica varía considerablemente. La criminología clásica<sup>44</sup>, al centrar su estudio en el autor, resultaba tener el mismo objeto que la dogmática penal orientada a la prevención especial, proporcionando así al sistema una base ontológica y sociológica<sup>45</sup>. En cambio, la nueva criminología, al tener como objeto de estudio la reacción social y, por tanto, también el propio Derecho penal, que lo analiza como uno de los componentes del comportamiento de los órganos de control social, "exige un replanteamiento total del significado de la criminología para la dogmática penal, pero también del significado de esta última para la criminología"<sup>46</sup>. La ciencia total del Derecho penal necesariamente tiene que tener una fisonomía distinta de la postulada por v. LISZT y por FERRI en el marco del positivismo, imperante en la época de estos dos autores. Ahora bien, aquel cambio de fisonomía no tiene por qué suponer una dificultad para la cooperación entre la dogmática y la criminología, pues si, como dice BACIGALUPO, "se abandona la idea de

---

42 Cfr. al respecto FERRAJOLI, "El Derecho penal mínimo" (trad. de Bergalli), cit., pp. 40 ss. y KAISER, en *Fest. für Lackner*, cit., pp. 1.043-1.044. Como dice HASSEMER, "no se puede excluir el Derecho penal del conjunto de los sistemas de control social, porque entonces se corre el peligro de que sea sustituido por cualquier otra cosa que incluso sea todavía peor" (*Fundamentos*, cit., p. 399), y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en *op. cit.*, p. 26: "si prescindieramos del Derecho penal, no sería fácil encontrar un sistema de control menos represivo, ni menos arbitrario, ni más selectivo. Quien sabe, quizá, sí se operaría tan sólo un cambio de etiquetas; un cambio de titulares y de víctimas, pero no del contenido y extensión del *ius puniendi* que, en definitiva, es lo que importa".

43 *Op. cit.*, p. 158.

44 En realidad, ambos modelos criminológicos, "clásico" y "crítico", se complementan en la actualidad, por lo que cabe hablar hoy de una ampliación del objeto de estudio de la criminología; cfr. KAISER, "La criminología hoy" (trad. de Mira Benavent), en CPC, 1988, quien se refiere (p. 55) a un equilibrio de perspectivas: análisis empírico del delito, del delincuente, víctima e instancias del control social; por su parte, BARATTA, en "Criminología y Dogmática penal" (trad. de R. Bergalli), cit., p. 53, se refiere a lo que denomina "criminología multifactorial", que es aquella que "manteniendo todos los equívocos relacionados con el paradigma etiológico positivista, renunció al mismo tiempo a seguir contextos teóricos amplios, como lo hiciera la criminología liberal en sus mejores días".

45 BARATTA, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

46 BACIGALUPO, "Relaciones entre la dogmática penal y la criminología", cit., p. 66.

integración... regida por el interés de contar en la aplicación del Derecho penal con material empírico para la individualización preventivo-especial de la pena, desaparecerán las razones para considerar que el cambio de paradigma de la criminología representa un impedimento para la colaboración de ambas disciplinas<sup>47</sup>. Y no es obstáculo para alcanzar esta colaboración el "distinto grado de abstracción y de autonomía que ambas tienen frente a su objeto"<sup>48</sup>, o la pretendida existencia de una "prohibición de negación de las premisas"<sup>49</sup>, pues la dogmática, aunque parta de la voluntad del legislador (*Willen des Gesetzgebers*), requiere decisiones, al contrario de lo que se pretendía en el esquema del positivismo clásico; decisiones que, evidentemente, condicionan la determinación del concreto contenido de la ley. La "prohibición de negación de las premisas" requiere una aclaración previa acerca de cuáles son aquellas premisas que no se pueden negar, y lo cierto es que, como dice BACIGALUPO, en esta tarea la dogmática jurídica en general, y la dogmática penal en particular, no tiene mayores condicionamientos que la criminología, y "de la misma manera que el criminólogo debe decidir si su objeto será la reacción social al delito o la etiología del mismo, el jurista comenzará por establecer si la voluntad que será objeto de interpretación es la voluntad histórica del legislador o la voluntad objetiva de la ley"<sup>50</sup>.

Las relaciones entre la dogmática y la criminología deben tomar en consideración el distinto interés de una y otra. Mientras que la dogmática dirige su interés a la aplicación del Derecho, garantizando ciertos principios que le proporcionan la necesaria legitimidad, como los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad que, a su vez, constituyen garantías frente al Derecho penal, así como elaborando los conceptos que son necesarios para cumplir con su función, la sociología criminal, por el contrario, no tiene por qué ocuparse de la elaboración de tales conceptos, ni por qué limitarse a ellos en su análisis; por lo tanto, "las relaciones entre la dogmática penal y la sociología criminal sólo pueden ser fragmentarias"<sup>51</sup>. Un ejemplo en el que los resultados de las investigaciones criminológicas pueden ser de interés para la dogmática lo constituyen las investigaciones realizadas sobre los "mecanismos de selección"<sup>52</sup> en relación a la actividad judicial. En este sentido, ha señalado BACIGALUPO que "la dogmática penal actual no dispone de instrumentos que la autoricen a afirmar una coincidencia perfecta entre la voluntad del legislador y la aplicación del Derecho penal"<sup>53</sup>, especialmente cuando se trata de teorías fundadas en el método teleológico; la propia definición del "fin de la ley" –añade– como un fin contingente que queda en manos del intérprete lleva consigo la adopción de algún criterio selectivo, luego, desde este punto de vista, "las teorías dogmático-penales resultan ser la traducción al lenguaje de la dogmática de ciertos criterios de selección que no se infieren totalmente de la ley positiva"<sup>54</sup>.

---

47 *Ibidem*.

48 BARATTA, en ZStW 92 (1980), p. 124.

49 SACK, en *Seminar Abweichendes Verhalten*, II, 1975, pp. 357 ss.

50 BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 67.

51 *Ibidem*.

52 Cfr. SACK, en *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, ed. por Kaiser, F. Sack, H. Schellhos, 1974, p. 298.

53 *Op. cit.*, p. 68.

54 *Ibidem*.

Pues bien, la circunstancia de que los criterios cotidianos de selección con que operan los órganos de control social, pueden incidir en la efectividad del principio de igualdad<sup>55</sup>, sugiere la necesidad de revisar el contenido selectivo implícito de aquellas teorías, a fin de lograr el necesario cumplimiento del principio de igualdad, y, evidentemente, esta tarea requiere que los criminólogos dispongan para sus investigaciones de un conocimiento de las teorías dogmáticas. Con palabras de LUHMANN: "¿cómo podría verificarse si el origen social del juez influye en sus sentencias, si no es posible juzgar hasta qué punto sus argumentos y decisiones han sido adoptadas con corrección, falsedad o torciéndolos dentro de lo jurídicamente tolerable?"<sup>56</sup>.

Sin embargo, la selectividad del control social no es más que uno de los puntos de contacto entre la dogmática y la criminología, que "hasta ahora ha ayudado más a formular preguntas que a responderlas"<sup>57</sup>, por lo que queda abierta la cuestión de las relaciones entre ambas disciplinas. En general, como dice BACIGALUPO, es de suponer que los nuevos puntos de contacto se den "allí donde la investigación sociológica de la reacción social al delito sirva para demostrar que los instrumentos conceptuales de la dogmática penal frustran en su aplicación práctica la realización de los principios de los que depende la legitimidad de la reacción penal en un Estado democrático"<sup>58</sup>.

Ciertamente, la relación entre los conocimientos sociales sobre el delito y la dogmática penal no ha sido nunca fácil. Entre los factores que han contribuido a esta situación, "se encuentra la política científica y cultural de los regímenes autoritarios que, temiendo la constitución de una instancia de control social que resultara incómoda a la tecnocracia social de los detentadores del poder, desalentaron las investigaciones empíricas sobre problemas de relevancia social"<sup>59</sup>. Pero la principal dificultad en aquella relación está en la falsa creencia de que la nueva criminología posee una dimensión crítica que la dogmática no puede alcanzar por su dependencia total de la voluntad del legislador; este punto de vista es "extremadamente simplista, porque presupone que la dogmática penal carece de una instancia crítica interna" y lo cierto es que "tal dogmática jurídica no existe"<sup>60</sup>. Así como "la dimensión crítica de la sociología criminal presupone un modelo ideal de sociedad con el que se compara la sociedad cuyo aparato de control social se critica", la dogmática penal "tiene también una dimensión crítica paralela que se manifiesta con características peculiares: toda dogmática penal parte de una determinada idea de la legitimidad del ejercicio del poder penal del Estado que se expresa en la formulación de principios jurídico-penales. En este sentido, la dogmática penal desarrolla su dimensión crítica en dos direcciones bien definidas: por un lado, sometiendo los principios mismos a una crítica constante para perfeccionar su correspondencia con el ideal de legitimidad de la sociedad; por el otro, confrontando el Derecho penal vigente con estos principios que fundamentan su legitimidad"<sup>61</sup>.

---

55 Cfr. BARATTA, *op. cit.*, p. 114.

56 *Rechtssoziologie*, 1, 1972, pp. 1 ss.

57 SACK, *op. cit.*, p. 303.

58 *Op. cit.*, p. 69.

59 BARATTA, "Criminología y Dogmática penal" (traduc. de R. Bergalli), *cit.*, p. 29.

60 BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 70.

61 *Ibidem*.

Ahora bien, esta dimensión crítica de la dogmática sólo es posible si se la entiende dentro del paradigma de las ciencias del espíritu. La dogmática es una ciencia hermenéutica que tiene por objeto la comprensión del Derecho penal; debe servir para explicar, mediante interpretación, los textos del Derecho penal vigente, a efectos de su aplicación en la resolución de casos, pues sólo con aquellos textos no es posible resolverlos. Por esta razón, precisamente, el sistema dogmático proporciona unas estructuras universales, permanentes, luego es aplicable con independencia del Código penal que esté vigente, y es básicamente similar en los países de nuestro entorno cultural e incluso en otros extraños al mismo; no sólo en Alemania, Austria, España, Holanda, Italia, Grecia, Portugal, Iberoamérica, Escandinavia, etc., sino también en Japón y Corea, etc., se utiliza, básicamente, un mismo sistema de categorías dogmáticas, que facilitan, racionalizándola, la aplicación de la ley penal. Ello se debe a que la vinculación ejercida por el Derecho positivo no es tan intensa como para impedir la elaboración de un sistema, con sus correspondientes categorías y conceptos<sup>62</sup>. La afirmación de que un hecho es delito no depende de una simple intuición global, sino de un análisis cuidadoso y ordenado de cada una de las características del concepto de delito. En fin, aunque el objeto (Código penal) sobre el que recae el sistema es cambiante, el sistema no lo es; evidentemente, hay más de un sistema, cuya elección es libre. La decisión dependerá, en buena medida, tanto de la fuerza de convicción de sus presupuestos metodológicos, como de su consistencia y practicabilidad.

Excepcionalmente, en Francia, en donde recientemente se ha aprobado un nuevo Código penal (L. 92-683, de 22 de julio de 1992), aún no se ha superado el marco del positivismo, probablemente por el impacto que la codificación del Derecho civil produjo en dicho país, lo que ha provocado la convicción generalizada de que todo el Derecho había quedado encerrado en el Código y quizás por esta razón todavía no se ha superado en Francia la etapa exegética. Por el contrario, en Alemania la no interrupción de la tradición del derecho natural del siglo XVIII permitió, a pesar de su superación, conservar la idea del sistema como algo esencial para la ciencia del Derecho. Así, SAVIGNY distinguía en su *Juristische Methodenlehre* (Metodología jurídica) una parte "sistemático-filosófica", que supera la consideración puramente exegética de la norma<sup>63</sup>. De la misma manera v. FEUERBACH, en 1804, refiriéndose a los prácticos del Derecho decía: "(...) pero (el práctico) no sólo habita en la ley, sino que hace de ella su prisión, no arriesga mirar por encima de sus muros (...). La ciencia no existe para él y él no existe para la ciencia (...). Su erudición es lo que otros supieron, sus fundamentos más altos son prejuicios, usos de los tribunales. Por ello, no quiero hablar aquí de él, pues quiero hablar de la ciencia"<sup>64</sup>.

---

62 Cfr. HRUSCHKA, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 1981, p. 242, en donde afirma lo siguiente: "El interés en la positividad del Derecho positivo alemán acaba poco después de Fleusburg o de Aachen, y ya se ha extinguido cuando se pisa Basel o Salzburg. Lo que continúa siendo interesante más allá de estas fronteras son las consideraciones teórico-estructurales y las ético-normativas, que están detrás del Derecho penal vigente en Alemania", y más adelante señala que la afirmación de que la ciencia del Derecho penal es nacional constituye una "contradictio in adiecto" (p. 243).

63 Cfr. BACIGALUPO, "La enseñanza del Derecho en las Universidades alemanas y la experiencia que de ellas se desprende en miras a una reforma de los estudios de Derecho", Univ. Autónoma de México, n° 4/1980, pp. 14 y 15.

64 FEUERBACH, Paul Johann Anselm v., "Über Philosophie und Empire in ihren Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft", en *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Zwei methodische schriften*, con introducción de Klaus Lüdersen, 1963, p. 63.