

---

# ALGUNAS APROXIMACIONES AL DERECHO PENAL EN AMÉRICA LATINA

*Ricardo Posada Maya*  
*Abogado UPB*

**1.** Mientras que actualmente en Europa, especialmente en Alemania, Italia y España, se discute y se analiza metodológicamente el futuro de la Dogmática penal cercana a nuestro entorno cultural, tanto frente al fenómeno de la globalización, como de cara al proceso de integración jurídica en el marco de la COMUNIDAD EUROPEA, ya en algo adelantado mediante la creación del CORPUS IURIS de Derecho penal para proteger los intereses financieros comunitarios<sup>1</sup>; en América Latina todavía recogemos y usufructuamos insularmente los adelantos del pensamiento jurídico-penal europeo de los últimos treinta años y el norteamericano de los últimos diez, sin que se vislumbren, salvo contadas excepciones, verdaderas revisiones criminológicas y políticocriminales<sup>2</sup> que adecuen dogmática y sistemáticamente el Derecho penal existente a las diversas realidades nacionales y en particular a los distintos modelos de sociedad que se manifiestan en nuestras latitudes.

Como es apenas natural, tal desigualdad de circunstancias tiene como base amplias explicaciones que van desde una heterogénea actitud discursiva y metodológica en la construcción del Derecho penal, hasta profundos y

- 
- 1 Sobre el particular y en relación con el actual estado de la evolución del Derecho penal de la comunidad económica europea, véase a GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, Pág. 118 y ss.
  - 2 Como lo recuerda MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho penal. 2ª ed. En: Maestros del Derecho penal. Dir. Gonzalo D. Fernández. Montevideo: BdeF, 2002. Pág. 289: "Una política criminal valorativa ha de abrir las puertas a la discusión crítica de las bases ideológicas de cada una de las instituciones penales. Sólo así será posible, no sólo oponer alternativas políticocriminalmente fundadas al legislador en la necesaria reforma penal (primera función de la política criminal: de lege ferenda), sino también revisar críticamente el sentido ideológico que corresponde a la ley penal a aplicar (de lege data: segundo cometido de la política criminal)".

complejos fenómenos sociológicos, políticos e históricos a nivel continental o nacional que por el momento no podemos tratar en este espacio. Todo ello, condicionado por un hecho innegable: la existencia de patrones sociales y dinámicas de poder económico diferentes, aunque no totalmente incompatibles, y de necesidades sociales divergentes, que demarcan una particular modalidad de desarrollo y una comprensión distinta del Derecho como instrumento institucionalizado y altamente formalizado de control en nuestras sociedades. Aspecto que muchas veces pasa inadvertido o que se desconoce cuando se trata de elaborar nuestra legislación penal<sup>3</sup>.

En este sentido, por un lado advertimos aquel modelo jurídico europeo continental que se piensa político-criminalmente de forma preventiva y que se construye con fundamento en la realidad de las condiciones sociales e históricas de cada país, obedeciendo al tiempo a sistemas económicos altamente post-industrializados, sobre cuya base existe un paradigma de Estado de Derecho que interviene con una amplia cobertura social y una democracia participativa que permite la integración y consolidación política de los mecanismos de control a los poderes públicos y privados.

Modelo punitivo que evoluciona conforme a una estable y paulatina socialización de las reglas de conducta prescritas para mantener las condiciones básicas de convivencia, y que por ello cuenta con los medios necesarios no solamente para construir sistemáticamente una red jurídico-dogmática<sup>4</sup>, sino, aún más, para recrearse permanentemente a pesar de los nuevos problemas de delincuencia que surgen en el ámbito de la realidad económica internacional<sup>5</sup>.

---

3 En este sentido, debe resaltarse la distorsión expuesta por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Política criminal. Madrid: Cólax, 2001, Pág. 19, cuando señala que: "El protagonismo del político frente al jurista en la conformación de la ley se ha hecho evidente por lo menos en el ámbito penal, dando lugar a que la producción legislativa, en muchos casos, soslaye principios sistemáticos considerados fundamentales en nuestra disciplina".

4 SHÜNEMANN, Bernd. El refinamiento de la dogmática jurídico penal. Trad. de Lourdes Baza. En: Temas actuales y permanentes después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002, Pág. 18.

5 Problemas internacionales comunes, como por ejemplo: la delincuencia ambiental, el tráfico de drogas, el lavado de activos y el terrorismo, entre muchos otros, que han llevado incluso a hablar recientemente de la crisis de la expansión del Derecho penal frente a la post-modernidad económica y social -el fenómeno de la globalización-. Una labor de reconstrucción sistemática que busca adaptar eficazmente el instrumento punitivo a nuevas y más peligrosas formas de delincuencia que no pueden ser tratadas ni comprendidas mediante el contexto del Derecho penal liberal clásico. Sobre el particular, Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús

En otras palabras, un modelo jurídico de “deber ser” fundamentado en el “ser social” de las cosas, que obedece a una “autodescripción”<sup>6</sup> normativa de la actual sociedad europea.

Por otro lado, apreciamos el modelo jurídico-penal Latinoamericano, que obedece a sistemas económicos de baja o mediana industrialización, tras los cuales coexisten sistemas estatales marcadamente policivos (hasta Hobbesianos) que han perdido “poder de configuración” debido al fenómeno de la globalización<sup>7</sup>, generalmente burocratizados y con una cobertura de inversión social deficitaria que produce marginación y desigualdad. Sistemas que no se han erigido precisamente en función a la realidad, sino, más bien, con el propósito de ocultar en las instituciones una determinada estructura social del poder; dado lo cual, tienen como base, en parte histórica y en parte estructural, una débil socialización de los valores y reglas de convivencia básica, por lo que se comprueban difícilmente adaptables y progresivos.

Todo lo anterior se expresa generalmente a través de sistemas penales en permanente formación que apenas van encontrando sus propias estructuras por la técnica, si es posible adjetivarla: como perversamente politizada y ahistórica, del “ensayo y del error”, e incluso recurriendo a excesivos e inestables mecanismos de excepción a la normalidad institucional; modelos difícilmente fragmentarios y subsidiarios, y que revisten en su mayoría una gran carga simbólica represiva en expansión<sup>8</sup> -por la ausencia de recursos

---

María. La expansión del Derecho penal. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, Pág. 25 y ss; EL MISMO. Prólogo a la ed. Española. En: La insostenible situación del Derecho penal. Estudios de Derecho penal. (Dir. Carlos María Romeo Casabona). Granada: Instituto de ciencias criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2002, Pág. XI y ss; Y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. Op.cit., Pág. 37 -cita 57.

6 Cfr. ROXIN, Claus. La evolución del derecho penal y la política criminal en Alemania tras la segunda guerra mundial. Trad. de Carmen Gómez Rivero. En: La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. Pág. 55.

7 Precisamente, aquella tendencia internacional que implica una nueva estructura de poder, identificada por el debilitamiento de los Gobiernos nacionales ante el dominio del capital transnacional, que circula en busca de altas tasas de rentabilidad con coste cero. Sobre el particular ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. Op. cit., Pág. 276.

8 Cfr. Ibid., Pág. 20: “En el ámbito penal esta constatación se hace aún más flagrante porque ha dado lugar a un expansionismo penal y al adelantamiento en la intervención con técnicas de tipificación que soslayan los principios penales fundamentales diseñados hasta ahora. Frente a este embate de la política, el Derecho penal se encuentra apertrechado con armas trasnochadas y poco eficientes. El político aduce

económicos-, de por sí ineficaz para efectuar un control social efectivo contra la criminalidad.

Así las cosas, podemos resaltar cómo, mientras que en Europa se produce el Derecho penal, en Latinoamérica tal desarrollo hasta el momento se reproduce con una marcada y creciente dependencia histórica y sistemática en relación con los avances teóricos extracontinentales. En otras palabras, contamos con modelos punitivos de “deber ser”, fundamentados en el mismo “deber ser social” que se aspira de las cosas<sup>9</sup>, y que obedecen a lo que podríamos denominar como una “autoprescripción” político-normativa, incluso totalitaria, de la actual sociedad Latinoamericana.

**2.** Ahora bien, el por qué hablamos de “autoprescripción” y no de “autodescripción” normativa de la realidad Latinoamericana, es algo que se infiere de la metodología que empleamos actualmente para configurar el Derecho penal (tomando como base la insuficiencia de los recursos criminológicos, de las iniciativas de política criminal y de los desarrollos de dogmática autóctonos); metodología que falla con creciente insistencia y que cada vez se muestra más desgastada, ineficaz y hasta frustrante, cuando se evalúan las consecuencias negativas -mucho mayores que las positivas- derivadas de la aplicación del *Ius poenale* en nuestro medio.

En otras palabras, se trata de una fisura metodológica de primer orden que debemos superar al desarrollar nuestro Derecho punitivo, sólo imputable a nosotros, y que se manifiesta<sup>10</sup> en la falta de evaluación y de reflexión

---

utilidad y el penalista responde con “rigurosidad científica”. La búsqueda de soluciones eficaces, con un respeto básico de las reglas fundamentales de intervención penal, viene a ser el reto más importante de los penalistas en la actualidad”. Sobre el uso simbólico del Derecho penal, véase Pág. 169.

9 Cfr. *Ibid.*, Pág. 49. cuando se precisa que “... los niveles valorativos no pueden quedar en el plano ideológico del “deber ser” y establecer programas políticocriminales voluntaristas y simbólicos desconociendo la realidad social. El gran déficit precisamente de los programas políticocriminales es que centran su respuesta en la norma penal como mero instrumento simbólico frente al fenómeno criminal, sin establecer ninguna conexión con las ciencias empíricas, sin datos criminológicos, sin verificar efectivamente sus efectos preventivos. Basta que la sola amenaza de la sanción satisfaga el sentimiento de seguridad colectiva, propiciando con ello el consenso social”.

10 Cfr. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. M. Rodríguez Molinero. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2001. Pág. 236. También, véase a GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia*

suficientes, en relación con la configuración de nuestro Derecho penal de cara a la verificación de sus enunciados en la aplicación. Pero además, sobre los modos de pensamiento que asumimos y la validez de la epistemología y axiología que acompaña los desarrollos científicos que practicamos, muchas veces, en desmedro de nuestra propia epistemología y axiología, que ciertamente cuentan con aspectos diferentes a las europeas. Un esfuerzo que nos describa no sólo cómo habremos de proceder científicamente, sino también que revele el compromiso de nuestro ordenamiento jurídico con los principios subyacentes a él, además del posible éxito de los procedimientos que viene empleando la jurisprudencia en la aplicación del Derecho.

Precisamente, aquello que no funciona del todo bien, coloquialmente se ha precomprendido a través de la alegoría del enfermo que espera a que su amigo recurra al facultativo con el fin de que éste le prescriba medicamentos para una enfermedad similar a la suya, y que una vez con la fórmula del galeno, comienza a utilizarla por cuenta propia o por sugerencia ajena, sin tener en cuenta aspectos tan importantes como su constitución física, su edad, su cuadro clínico, etc. Lo cual, por regla general, aun cuando sea cierto que debe de usar los mismos medicamentos, muchas veces repercutirá desfavorablemente en el desarrollo de su enfermedad, sino es que se autoproduce otras nuevas enfermedades más complejas que las padecidas. De hecho, la clásica fórmula de estilo “consulte a su médico” no es puesta en vano en las cajas de medicamentos.

En efecto, tal situación no es sustancialmente distinta en nuestro ámbito jurídico-cultural. Y es que a pesar de que no tenemos todavía la suficiente claridad criminológica y políticocriminal de cómo estructurar el control social penal conforme a nuestras particulares necesidades sociales, como presupuesto ineludible, como la base de nuestra futura fórmula normativa; continuamos propiciando la implementación y asimilación de una verdadera transferencia científica y tecnológica de material dogmático, políticocriminal, criminológico y procesal de alta factura y de innegable depuración científica<sup>11</sup>

---

del derecho penal. Tecnos, Madrid, 1999. Pág. 107. cuando advierte: “Lo dicho no significa que las consideraciones sistemáticas carezcan en absoluto de valor, ni mucho menos; pero necesitan constantemente ser confirmadas en el problema; cuando no lo sean, habrá que preguntarse inmediatamente si el fallo no reside en el sistema que impide una solución adecuada al problema jurídicopenal”.

producida en los países centrales, muchas veces, y ello es lo grave, a modo de reflejo sin control ni crítica alguna.

Ausencia de crítica y de reflexión que tiene importantes repercusiones en el ámbito de la configuración de la relación de tensión entre hombre, sociedad y Derecho o entre realidad y sistema, que no son fáciles de advertir y cuyas consecuencias, sobre todo las negativas, no son del todo reversibles en legislaciones que, como las nuestras, tienen gran vocación de extensión en su función regulativa. Con semejante punto de partida, entonces, resulta indispensable que los juristas latinoamericanos antepongan a tal tendencia otra fórmula de estilo similar a la antes mencionada: “consulte a su realidad”<sup>12</sup>.

Sin embargo, y ello debe aclararse, no se está diciendo que no podamos asumir tales modelos teóricos como contenido en el ámbito penal, que es otro problema distinto para configurar un ordenamiento punitivo-preventivo moderno y en todo caso efectivo en la lucha contra los problemas de una criminalidad que es común, tanto a Europa como a Latinoamérica. Aspecto que precisamente parece justificar a priori su consideración, más no legitimarla, pues no podemos ignorar que lo deseable y lo correcto en primera línea sería un desarrollo epistemológico y científico autónomo del sistema penal. Sin embargo, como es apenas evidente, nada de malo tiene disfrutar de los avances científicos en esta materia logrados por otros, ni nadie discutiría tampoco en la época actual la enorme necesidad, a título de ejemplo, de importar lo último en tecnología textil o informática, en medicina instrumental o en medicamentos y vacunas.

Precisamente, lo que en realidad podría discutirse ampliamente en el ámbito dogmático y políticocriminal, como en cualquier otro campo de la aplicación práctica de la ciencia, sería el cómo y el qué “importamos” para la praxis; pero no necesariamente el sí de la cuestión, por lo menos visto el estado de nuestra actual producción jurídica. Ello, toda vez que no sólo no podemos ir en contravía de la noche a la mañana contra una tradición jurídica de más de

---

11 Así SHÜNEMANN. Op. cit., Pág. 12 y ss. El autor advierte como “(...) la contribución de la ciencia jurídica alemana en la sistematización de la ciencia jurídica desempeña universalmente un papel clave...”.

12 Como lo indica GIMBERNAT ORDEIG. Op. cit., Pág. 108: “La ciencia del Derecho sólo será ciencia si llega al conocimiento de la verdad en el sector de la realidad que constituye un objeto, esto es: si llega a determinar lo que verdaderamente rige en base al orden jurídico”.

120 años, ampliamente fundamentada en modelos suficientemente depurados y analizados; sino, también, porque entraríamos indefectiblemente en un retroceso jurídico que causaría sombrías consecuencias en el campo social desde el punto de vista políticocriminal, pues es cierto que muchas de tales construcciones tienen efectos adecuados, conforme han sido desarrolladas según los principios democráticos de ésta disciplina y que resultan de necesaria aplicación, como por ejemplo: en materia de culpabilidad, de exclusión de responsabilidad objetiva, de causales de justificación o inculpabilidad, entre otros, y en el campo de la comunicación jurídica internacional ya existente entre nuestros países.

**3.** Pero profundizando ¿Cómo se expresa realmente la falla imputable a esta forma de proceder?. La verdadera falencia o insuficiencia, sino la crisis, de nuestros sistemas jurídicos, consiste en no comprender y aplicar varias cosas, cuando se trata de su estructura, su configuración, su contenido, su función y la forma de ser estudiado:

**Primero.** Que algunas de las consideraciones dogmáticas y políticocriminales<sup>13</sup> que asumimos del debate europeo, son especulaciones teóricas sostenidas a modo de lege ferenda en sus propios países de origen. Ello, bien porque tal y como fueron concebidas no resultan compatibles con sus propias necesidades políticas o sociales, y tal vez mucho menos con las nuestras, ora porque son incorrectas o porque son contrarias a la legislación vigente en materia penal. Sin embargo, es necesario recordarlo, muchas veces son incorporadas desconociendo su verdadero trasfondo social de manera acrítica, fragmentaria y valorada a nuestros Derechos positivos, sin tener en cuenta como lo advierte LARENZ, que "... el Derecho como orden de vida y como orden normativo, no se excluyen entre sí; más bien el Derecho "vigente" es siempre ambas cosas: la vigencia normativa y la fáctica le son igualmente propias"<sup>14</sup>.

13 Como lo advierte ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. Op. cit., Pág. 35: "Incluso, podría decirse que la Política Criminal moderna eficientista que se está presentando en los últimos años en los países europeos postindustrializados de adelantamiento de la intervención penal (Vorfeldkriminalisierung), en la que se ha ampliado el espectro de lo penalmente relevante, es hasta cierto punto autoritaria porque desconoce límites fundamentales de la intervención penal, convirtiendo a la sanción penal en instrumento en manos del Estado como prima ratio".

14 LARENZ. Op. cit., Pág. 88.



De igual forma, muchos de estos elementos teóricos resultan altamente incompatibles con nuestra tradición jurídica, pues son desarrollados por ciertos modelos dogmáticos europeos no continentales<sup>15</sup>; o entre las figuras existentes y el sistema procesal norteamericano del “adversary system”, tan de moda actualmente en nuestros países y cuyas nefastas consecuencias han sido advertidas por la dogmática continental<sup>16</sup>. Contradicciones que se hacen aún más evidentes, cuando tenemos presente que “estamos muy lejos de entender las formas en las que las diferencias culturales, nacionales y políticas configuran (o mejor, exigen configurar) las estructuras e ideologías del control social”<sup>17</sup>, aunque sepamos a ciencia cierta que dichas diferencias son inevitables de ámbito cultural a ámbito cultural.

Se precisa, igualmente, liberarnos de las cadenas epistemológicas que perduran en la moderna dogmática penal, que riñe entre los extremos de la “dilución espiritual” y “la ideologización de las decisiones de valor y de interés”<sup>18</sup> en la estructura jurídica. Todo ello, desenmascarando los fundamentos funcionales no declarados del sistema represivo, mediante una verdadera aplicación ético-social de los principios político-criminales de culpabilidad, igualdad, proporcionalidad y necesidad de intervención. Debemos romper la función tradicional del derecho penal como instrumento idóneo a la clase política para mantener un estándar de poder represivo en la sociedad. Resulta pues, fundamental, como lo anota MIR PUIG: “basar el método jurídico-penal en una concepción política determinada, esto es, proclamar una metodología políticamente “comprometida”<sup>19</sup>.

---

15 Problemas como la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas o el contenido material del principio de culpabilidad, que ahora se hacen evidentes en el ámbito de la integración jurídica en la comunidad europea, en relación con países que como Francia y Gran Bretaña (common law) detentan modelos jurídicos distintos a la tradición dogmática que conocemos y que siguen Italia, España, Alemania y Portugal, entre otros.

16 SHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. trad. de Silvina Bacigalupo. Madrid: Tecnos, Pág. 288 y ss.

17 BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ª ed. Barcelona: PPU, 1994, Pág. 5.

18 Cfr. MIR PUIG. *Op. cit.*, Pág. 121.

19 MIR PUIG. *Op.cit.*, Pág. 277.

**Segundo.** Otro aspecto importante que ha sido debidamente resaltado por LARENZ en Alemania y por GIMBERNAT en España, en el empeño de alcanzar una evolución jurídica y metodológica adecuada, consiste en la necesidad de acercar aún más a la dogmática jurídico-penal con la jurisprudencia<sup>20</sup>. Espacios que actualmente en Latinoamérica, más que trabajar en una armónica consolidación del Derecho frente a la realidad, se muestran absurdamente como competidores, como si el nudo “gordiano” del asunto se tratara de alcanzar el dominio de la “razón jurídica”. Ello es fácil advertirlo como consecuencia del pensamiento efectista de nuestras modernas sociedades que se despreocupa por la verdad y se interesa por las competencias y capacidades<sup>21</sup>.

En tal línea de análisis, mientras que los dogmáticos intentan convencer sobre el Derecho correcto con teorías jurídicas deductivo-conceptuales que hacen valer en las legislaciones, rechazando y descalificando muchas veces las soluciones de una jurisprudencia que se apega a cierta práctica legalista (formalista) del Derecho<sup>22</sup>; la Jurisprudencia (sin duda más cercana a la realidad metajurídica), rechaza tales construcciones e impone “ad hoc” sus criterios pragmáticos de justicia legal, por encima de las correcciones dogmáticas y político-criminales, atendiendo solamente a aquellas teorizaciones que justifican una forma de precomprensión eficaz del resultado jurídico, acorde con el pensamiento social<sup>23</sup>. Situación que ha terminado por generar un abismo incomprensible entre la academia y la práctica, que evoluciona en un modelo de aplicación del Derecho disfuncional que vacía los límites del *ius puniendi* del Estado.

Lo cierto del caso, es que esa dualidad metodológica debe desaparecer si queremos avanzar en la construcción de modelos jurídicos de consenso propiamente latinoamericanos. En este sentido, la jurisprudencia deberá encargarse de crear métodos serios de pensamiento teleológico (por fuera de

20 Cfr. LARENZ. Op. cit., Pág. 27.

21 Cfr. ZÚÑIGA. Op. cit., Pág. 161.

22 Cfr. MIR PUIG. Op. cit., Págs. 278 y 279.

23 Aspecto que critican severamente tanto LARENZ. Cfr. Op. cit., Pág. 199 como SHÜNEMANN. El refinamiento... Op. cit., Pág. 18. Pero que también obedece, en la mayoría de los casos, como lo indica ZÚÑIGA. Op. cit., Pág. 135, a la “influencia de los medios de comunicación en la modernidad, como configuradores de imágenes y estereotipos sobre la criminalidad y sobre las demandas de la sociedad sobre el sistema penal”; igualmente Pág. 254.

tomas de posición puramente personales<sup>24</sup>) que sirvan de base hermenéutica al ordenamiento jurídico y que se correspondan tanto con la realidad social como con los principios políticocriminales recogidos por la Constitución y la Ley, configurando lo que es “justo aquí y ahora”<sup>25</sup>.

Y las dogmáticas nacionales, haciendo uso de dichos modelos de pensamiento referidos a problemas jurídicos concretos, bien como paradigmas de gestión o como filtros político-criminales, deberán producir coherentemente con los principios constitucionales o retomar provisionalmente de forma crítica (si ello fuera necesario) teorías dogmáticas que expresen soluciones sistemáticas reales o “practicables socialmente”, es decir, más justas y racionales en la aplicación del Derecho positivo. Todo lo cual, deviene en la verdadera razón de ser de la dogmática<sup>26</sup>: la búsqueda de sentido del ordenamiento jurídico. Lo dicho, como es apenas natural, sin olvidar construir poco a poco un diálogo comunicativo y crítico que retroalimente ambas parcelas de la ciencia<sup>27</sup>,

En síntesis, se trata de recordar que la dogmática es una ciencia eminentemente práctica y que la práctica judicial sin dogmática, no puede calificarse como una verdadera ciencia con conexión de sentido<sup>28</sup>, pues resulta inaceptable la

---

24 Cfr. LARENZ. Op. cit., Pág. 233. En este sentido, advierte que “no se deben justamente equiparar “valores” en el sentido de tomas de posición puramente personales -como todavía sigue ocurriendo- con “pensamiento orientado a valores”, cuyo destierro de la ciencia habría de significar no otra cosa que una declaración de bancarrota de la razón humana de cara a la mayor parte de los problemas de la vida humana”. Véase, del mismo modo, *Ibid.*, Pág. 239.

25 *Ibid.*, Pág. 27 y 229. También, cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. Op. cit., Pág. 57, cuando advierte: “la jurisprudencia viene a ser “el Derecho penal viviente” el que acerca verdaderamente el mundo de los principios con el de la realidad, y al revés. La verdadera penetración de los problemas sociales en el Derecho se realiza definitivamente en las decisiones judiciales”.

26 Como advierte MIR PUIG. Op. cit., Pág. 266. “la vinculación al derecho y la utilidad políticocriminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables...”. También, *Ibid.* Pág. 306.

27 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG. Op. cit., Pág. 123., cuando indica que “... una ciencia que toma posición ante el material jurisprudencial, que acepta, rechaza y discute lo que los tribunales dicen está provocando el que los tribunales hagan lo mismo con ella -la acepten, rechacen y discutan-; con otras palabras: es una ciencia que está provocando el dialogo -que es de lo que se trata-”.

28 Cfr. *Ibid.*, Pág. 122, “... una ciencia sin influencia en la práctica es una ciencia castrada. ¿De qué le sirve a un penalista determinar con método científico lo que rige sobre la base del Derecho penal, de cuál es la solución correcta a un problema determinado, si la jurisprudencia no toma ni noticia de lo que expone?”

idea de permanecer fiel a la letra de la ley, desconociendo la función de los institutos jurídicos positivos dentro de la realidad que les precede<sup>29</sup>. De esta forma, es fundamental incentivar en Latinoamérica el modelo de control asumido por los países europeos, consistente en que ninguna decisión judicial producida por nuestros altos tribunales quede sin un estricto juicio en el nivel científico jurídico por parte de la doctrina, tanto en manuales como en artículos especializados. Sólo incentivando esta práctica de la crítica científica, mediante una estructura de argumentación constante y seria, podrá realmente adelantarse en la construcción de lo que se ha denominado por SHÜNEMANN como el “cuarto poder”<sup>30</sup>.

**Tercero.** Es incuestionable e intolerable, ya a comienzos del siglo XXI, la falta de desarrollo de las ciencias complementarias del Derecho penal en nuestros países, sobretudo, en lo que algún sector doctrinal ha denominado como la criminología “periférica”<sup>31</sup>. En este sentido, es fundamental que entendamos que el Derecho penal debe ser una ciencia metodológicamente interdisciplinaria, ello es, construida teniendo en cuenta los hechos empíricos (pero no los que retoman los norteamericanos o los europeos, sino los nuestros) que sirven de soporte a las valoraciones que finalmente se reflejan en las normas jurídico-penales. Más aún, cuando en sociedades conflictivas como las nuestras, existe un valioso material de estudio que podría aportar nuevas experiencias y frescas perspectivas -necesarias y exigidas- para la futura conformación de nuestro ordenamiento punitivo, aunque también en general para la ciencia jurídico-penal. Así las cosas, puede afirmarse que en esta materia y en muchas otras, Latinoamérica todavía tiene algo que proponer en el contexto jurídico internacional.

29 LARENZ. Op. cit., Pág. 477.

30 Cfr. SHÜNEMANN. El refinamiento... Op. cit., Pág. 18, cuando indica: “El refinamiento de la dogmática jurídica en sus dos primeras acepciones, esto es, en la idea acerca de una red dogmática sin lagunas y en la de estrictos controles científico-jurídicos de la judicatura, representa algo así como un cuarto poder en el Estado que sólo controla pero no domina y que, según mi opinión, construye un indispensable correlativo de la independencia del tercer poder.” Y más adelante, Pág. 19: “...el refinamiento de la dogmática jurídica, tal como se nos presenta paradigmáticamente en el desarrollo del pensamiento jurídico alemán, cumple, sin considerar los peligros implícitos en ella, una función social importante, esto es, el control de la jurisprudencia independiente”.

31 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho penal. Bogotá: Temis, 2002. Pág. 14.

De hecho, no parece tan cierto desde nuestro punto de vista, que la Dogmática penal haya alcanzado o llegué a alcanzar un grado de perfeccionamiento de tal naturaleza, que permita ser aplicada de forma universalmente válida, o incluso que una dogmática de este estilo sea la que necesitamos ahora en Latinoamérica. Justamente, el fracaso de nuestros sistemas penales ante el esfuerzo de la prevención y contención del delito, aunque sea cierto que no pueda atribuirse sólo a éste sino también a la configuración y desarrollo de los demás mecanismos de control social<sup>32</sup>, es posiblemente consecuencia de la obstinada tendencia a mantener y reproducir conceptos y métodos por regla general cerrados a los aportes de las demás disciplinas<sup>33</sup>.

Inclusive, por esta falsa pretensión de universalidad entre legitimidad y legalidad que le otorgamos todavía a la dogmática neutral, que ya ha sido superada por no recordar la relatividad de los valores y de los hechos que deben ser considerados por la ciencia jurídica en la aplicación de Derecho penal; es que, cuando valoramos nuestra propia disciplina, podemos advertir que por más que acojamos construcciones avanzadas y perfeccionadas incorporándolas de forma más o menos sistemática a nuestros ordenamientos positivos, estamos muy lejos de alcanzar el nivel de realidad que requiere nuestro programa penal. Pragmáticamente: ¿De qué sirve prever un sistema avanzado en materia dogmática en nuestros Códigos, cuándo ni siquiera nos preocupamos seriamente por el control social<sup>34</sup> o por las causas de la

---

32 Cfr. NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y ALONSO PÉREZ, Francisco. *Nociones de criminología*. Madrid: Cólax, 2002, Pág. 158, cuando indican que "(...) la entrada en juego del control formal presupone el fracaso de las instancias de control social informal, de la política social y económica que constituye la llamada prevención primaria (...)".

33 Como lo advierte ZUÑIGA. *Op. cit.*, Pág. 139 -cita 39- y 161, en relación con la configuración del moderno conocimiento científico, pleno de parcialidad y provisionalidad, en vez de verdades absolutas, en el concierto del consenso de la comunidad científica.

34 Sobre el tema, cfr. VELÁSQUEZ. *Op. cit.*, Pág. 6. "Se llama control social al conjunto de medios, precisamente sociales o con repercusiones sociales para ordenar y regular el comportamiento humano externo en muy diversos aspectos. O, también, es el disciplinamiento de los comportamientos humanos en el seno de la sociedad, logrando de esta manera asegurar el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que garantizan la convivencia"; BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Manual de derecho penal. Parte general*. 4 ed. Barcelona: PPU, 1994, Pág. 5 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. Madrid: Universidad Complutense, 2000, Págs. 2 - 5; NUÑEZ PAZ y ALONSO PÉREZ. *Op. cit.*, Pág. 154; ZUGALDÍA ESPINAR, José M. et al. *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, Pág. 43 y ss; y ZUÑIGA RODRÍGUEZ. *Op. cit.*, Pág. 147.

criminalidad? ¡De que nos sirve tener cubre lechos de seda sobre mantas roídas, pues cuando dormimos nos da frío!

En fin, en realidad no se trata de alcanzar el grado de desarrollo político institucional y funcional de los programas penales alemanes o españoles. Es que por el momento, aun cuando partamos de bases coincidentes en el ámbito teórico discursivo, nos deberíamos conformar al menos con construir un Derecho penal funcional desde el punto de vista dogmático, a nuestra medida, según nuestro “cuadro clínico”.

Es sólo hacia ese fin, que debemos pensar en clave de un Derecho penal culturalmente rico, representativo democráticamente y expresivo de la comprensión sociológica, antropológica y criminológica de nuestras naciones. Ello es, que tome en consideración: ¿Quiénes somos como individuos y como pueblo? ¿Hacia dónde nos dirigimos y que sociedad queremos construir? ¿Cuánto y cómo toleramos la desviación? ¿Cómo se desarrollan nuestros mecanismos de control social? Y así, un sinnúmero de cuestionamientos que son de imprescindible resolución, con el propósito de legitimar en consenso la intervención punitiva del Estado, de cara a nuestra “espiritualidad cultural”.

En síntesis, no se puede seguir manteniendo un Derecho represivo lógico-formal, acultural o de espaldas a nuestra racionalidad, interacción popular y a nuestras estructuras lingüísticas; contrario a su vez a esa profunda estimación social y política de lo bueno o lo malo, de lo necesario o lo innecesario punitivamente, de lo adecuado o lo inadecuado de los mecanismos formalizados de control social. Es decir, no se puede sostener un Derecho penal fundamentado exclusivamente en la importancia del proceso de criminalización, que desconozca las raíces de sus fundamentos políticos.

Para terminar estas reflexiones, puede indicarse que, en todo caso, la idea fundamental sobre la cual debe girar el pensamiento dogmático Latinoamericano en el futuro próximo, residirá en la conservación y en el desarrollo integral de los principios fundamentales del Derecho penal. Aquellos postulados que son la verdadera esencia de la identidad y la supervivencia de nuestra comunidad jurídica, y que incluso, en un futuro tal vez lejano, puedan servir de basamento para la construcción de un Derecho común, en aras de la integración continental.

Sin embargo, no podemos olvidar que todo ello pasa por un difícil trabajo social constructivo, que también toque de fondo a tales baremos políticocriminales. Es decir, se debe procurar asumir de los principios políticocriminales como consecuencia natural de la internalización social de límites funcionales y de las opciones políticas que representan como referentes culturales<sup>35</sup>; y no seguirlos desarrollando y sosteniendo como el efecto de haberlos transplantado a nuestros estatutos en afán de la prevención del delito, o como parte del desarrollo histórico del Derecho penal y de la búsqueda de la científicidad del sistema.

Palabras que han sido magníficamente expresadas por J. BUSTOS RAMÍREZ<sup>36</sup>, de la siguiente forma:

Es evidente, y así aparece hoy en la mayoría de los países latinoamericanos, que no nos podemos contentar con los esquemas que hasta ahora ha desarrollado la dogmática, sin negar, sin embargo, la importancia que ella tiene, vista en especial desde un plano políticocriminal, esto es, como garantía o límite frente al poder punitivo del Estado, en cuanto pone de relieve características de precisión, determinación, claridad en la complejidad, diferenciación de manifestaciones conceptuales y coherencia en la teoría del delito.

Pero lo anterior no basta, pues precisamente la pretendida suficiencia ha llevado al errado planteamiento de una realidad normativa transespacial y que por tanto bastaría con copiar el mejor código existente, en principio europeo. Lo cual, naturalmente, no significa negar la importancia del trabajo de derecho comparado, especialmente en cuanto permite recoger la experiencia y las soluciones surgidas de y para cuestiones semejantes, en especial la profundización y ampliación de los derechos humanos, acervo cultural que le ha costado mucho a

---

35 En este sentido, LUZÓN PEÑA. Curso de Derecho penal. Madrid: Universitat, 1999. Págs. 100 y 101, sostiene: "Por lo que se refiere al empleo de criterios ideológico-valorativos (...), si bien es lícito y necesario acudir a ellos para que la política criminal haga sus propuestas o enjuiciamientos, ello no quiere decir que sea subjetivo el manejo de tales criterios, sino que es preciso alcanzar el máximo posible de objetividad y aceptación general de los mismos (...)"

36 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica. Ponencia presentada durante la "II Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal (fase B: Derecho Penal)", celebrada en San Salvador, del 10 al 3 de septiembre de 1992. En: Nuevo Foro Penal, N° 56, 1992. Pág. 157/-166.

toda la humanidad. Sin embargo, la preocupación básica que ha de informar y subordinar toda elaboración dogmática es la de definir cuáles son los objetivos perseguidos. Y en este sentido sí que aparecen en un sistema democrático, en relación con el poder punitivo, determinados principios básicos, que precisamente son consecuencia de la elección de tal sistema democrático.

Por allí, pues, comienza el principio de nuestra propia realización democrática: Se trata de alcanzar un desarrollo social que permita hacer del contenido de tales postulados, por su importancia esencialmente democrática bajo el paradigma de Estado que hemos acogido mayoritariamente, una expresión intocable de nuestra realidad; más allá de la opinión y conveniencia de lo que “debe ser” el sistema penal en un momento histórico determinado. Ello debería ser así, puesto que la idea de un Derecho sin identidad con nuestra realidad y precisamente carente de la común aceptación ideológica de los postulados rectores de la intervención punitiva, sería un estruendoso fracaso social que nos llevaría a renunciar a la idea de un programa jurídico-penal protector de bienes jurídicos (autónomo desde sus perspectivas y lineamientos político-criminales) en América.

## BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. Manual de Derecho penal. Parte general. 4ª ed. Barcelona: PPU, 1994.

———. Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica. Ponencia presentada durante la “II Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal (fase B: Derecho Penal)”, celebrada en San Salvador, del 10 al 3 de septiembre de 1992. En: *Nuevo Foro Penal*, N° 56, 1992. Pág. 157/-166.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introducción al derecho penal. Madrid: Universidad Complutense, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concepto y método de la ciencia del derecho penal. Madrid: Tecnos, 1999.

GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003

LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Trad. M. Rodríguez Molinero. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2001.

LUZÓN PEÑA. Curso de Derecho penal. Madrid: Universitas, 1999.

MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho penal. 2ª ed. En: Maestros del Derecho penal. Dir. Gonzalo D. Fernández. Montevideo: BdeF., 2002.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y ALONSO PÉREZ, Francisco. Nociones de criminología. Madrid: Cólex, 2002.

ROXIN, Claus. La evolución del derecho penal y la política criminal en Alemania tras la segunda guerra mundial. Trad. de Carmen Gómez Rivero. En: La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

SHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. trad. de Silvina Bacigalupo. Madrid: Tecnos, 2002.

———. El refinamiento de la dogmática jurídico penal. Trad. de Lourdes Baza. En: Temas actuales y permanentes después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

———. Prólogo a la ed. Española. En: La insostenible situación del Derecho penal. Estudios de Derecho penal. (Dir. Carlos María Romeo Casabona). Granada: Instituto de ciencias criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2002.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho penal. Bogotá, Temis, 2003.

ZUGALDÍA ESPINAR, José M. et al. Derecho penal. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Política criminal. Madrid: Cóllex, 2001.

