

# La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin

José Luis Díez Ripollés

*Universidad de Málaga*

---

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-02, pp. 1-32.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-02.pdf>

RESUMEN: El presente estudio pretende realizar un examen crítico del papel que el penalista más influyente de las últimas décadas, Roxin, atribuye a la política criminal dentro del conjunto de las ciencias penales. Su postura ha condicionado notablemente el entendimiento y el manejo de la política criminal por parte de los expertos desde hace ya algún tiempo. En primer lugar se pone de manifiesto que el significante *político-criminal* se emplea por Roxin para referirse a cualesquiera contenidos valorativos empleados en el derecho penal. Luego se muestra cómo ese significado tan amplio y vago atribuido a la política criminal, añadido a determinadas opciones metodológicas o de interés intelectual adoptadas por Roxin, ha originado que la política criminal se haya convertido en una mera ciencia auxiliar de la dogmática penal. Como consecuencia se ha producido una desnaturalización del saber políticocriminal, que no solo ha llevado a la pérdida de su autonomía epistemológica sino también a un marcado empobrecimiento de sus contenidos. Otro efecto ha sido que los dogmáticos se han erigido en los genuinos creadores del derecho penal, disputándole en términos materiales la hegemonía al legislador penal. También se analiza cómo la criminología no ha quedado fuera de ese fenómeno de *satelización* del resto de las ciencias penales en torno al planeta dogmático.

PALABRAS CLAVE: Política criminal, dogmática penal, criminología, Roxin.

TITLE: **Criminal Justice Policy within Criminal Sciences. A critical analysis of Roxin's contribution**

ABSTRACT: This study carries out a critical analysis of the role that the most influential criminal law professor of the last decades, Roxin, ascribes to criminal policy within criminal sciences. His standpoint has strongly shaped for some time now the understanding and the management of criminal policy by experts. Firstly, I demonstrate that Roxin uses the signifier *political-criminal* for referring to whichever value contents relevant in criminal law. Then, it is shown how this broad and vague meaning assigned to criminal policy, in addition to some methodological or preferential research options made by Roxin, has entailed that criminal policy has become an ancillary science for criminal law dogmatics, without any autonomous epistemological status. Consequently, a corruption of political-criminal knowledge has occurred, not only leading to its loss of epistemological autonomy, but also producing a remarkable impoverishment of its contents. Another side effect is that dogmatics scholars set up as the real criminal law makers, challenging the hegemony of the legislative body on the substantial, non-procedural, issues. Additionally, criminology does not stay behind in this process of *satellization* of the other criminal sciences around the dogmatic planet.

KEYWORDS: Criminal policy, criminal dogmatic, criminology, Roxin.

Fecha de recepción: 1 enero 2021

Fecha de publicación en RECPC: 9 febrero 2021

Contacto: [ripolles@uma.es](mailto:ripolles@uma.es)

*SUMARIO: I. Introducción. II. Política criminal y dogmática jurídico-penal. 1. El carácter omnicomprendivo y la desnaturalización semántica del adjetivo político-criminal. 2. Las discrepancias de v. Liszt y Roxin sobre el deslinde entre política criminal y dogmática jurídico-penal. 3. La concepción roxiniana de la dogmática jurídico-penal y la política criminal. 4. La fagocitación de la política criminal por la dogmática de la responsabilidad penal. 5. El vaciamiento epistemológico de la política criminal. 6. Los agentes de la política criminal. III. Criminología y dogmática jurídico-penal. 1. La criminología entre las ciencias penales. 2. Una criminología al servicio de la dogmática. IV. Conclusiones. Bibliografía citada.*

---

## I. Introducción

La función que se ha atribuido en las últimas décadas a la política criminal en el conjunto de las ciencias penales ha estado profundamente influida por el pensamiento de Roxin. Su tesis surge desde la discrepancia que mantiene con el entendimiento de la política criminal por v. Liszt, el más conspicuo impulsor de este saber en el marco de las disciplinas penales. La propuesta de Roxin de proceder a una fuerte imbricación entre política criminal y dogmática jurídico-penal genera importantes consecuencias en la comprensión de cuáles sean los ámbitos epistemológicos de la política criminal, la dogmática jurídico-penal e, incluso, la criminología. Las páginas que siguen pretenden realizar un análisis crítico de contenidos esenciales de la propuesta roxiniana así como de los efectos, a veces no pretendidos por el autor, a que tal propuesta ha dado lugar.

Antes conviene recordar que el elaborado sistema de responsabilidad penal desarrollado por Roxin, sobre el que han girado gran parte de sus numerosas contribuciones, se reivindica por su autor como una propuesta axiológica que quiere marcar la diferencia frente a otras propuestas en exceso condicionadas por aproximaciones naturalistas o antropológicas. En otro estudio<sup>1</sup> se ha podido demostrar cómo el intenso componente axiológico introducido en la teoría jurídica del delito por Roxin no está constituido de forma predominante por *directrices*, esto es, por valores finales o utilitarios, sino que más bien está caracterizado por la presencia de *principios en sentido estricto*, valores determinados por criterios de corrección y no de utilidad<sup>2</sup>. En coherencia, se ha comprobado que la fundamentación de las diversas categorías del delito no tiene como referencia fundamental la teoría de los fines de la pena. La estructura categorial roxiniana responde a un enfoque básicamente principialista, en el que las directrices o valores utilitarios ocupan un lugar modesto. Por otra parte, se asevera que la notable aportación de Roxin a la teoría jurídica del delito no procede considerarla un progreso en la sistematización del derecho penal. Más bien constituye una

<sup>1</sup> Véase DÍEZ RIPOLLÉS, 2021, *en prensa*.

<sup>2</sup> Sobre los diversos tipos de enunciados jurídicos, y en especial sobre el concepto de *principio*, y su división entre *directriz* y *principio en sentido estricto*, siendo la primera un valor utilitario fundado en razones finalistas, y el segundo un valor último fundado en razones de corrección, véanse ATIENZA/RUIZ, 1996, pp. 1-25, 177-185.

relativización del pensamiento sistemático con el propósito de introducir en mayor medida el pensamiento tópico, casuista, en la dogmática jurídico-penal. Sobre las precedentes bases se inicia este estudio.

## II. Política criminal y dogmática jurídico-penal.

### 1. *El carácter omnicompreensivo y la desnaturalización semántica del adjetivo político-criminal*

a. Podemos empezar preguntándonos por cuál sea el significante con el que el autor se refiere de manera unitaria a toda esa gran variedad de contenidos axiológicos que introduce en el sistema de responsabilidad penal. E inmediatamente resalta un término, un adjetivo: *politico-criminal*. Nuestro autor dota a ese calificativo de un significado, de un contenido semántico, que lo hace sinónimo de todo lo que, en el derecho penal en general y en el sistema de responsabilidad penal en particular, deba suponer, a su juicio, una aportación valorativa o axiológica, con independencia de que estemos ante una reflexión o un componente principal o utilitario.

Esa equiparación conceptual entre lo axiológico y lo político-criminal, singularmente marcada cuando se trata de componentes valorativos introducidos *ex novo* o destacados específicamente por el autor, se puede fácilmente rastrear a lo largo de la gran mayoría de publicaciones de Roxin y, hasta cierto punto, hace ociosa su demostración<sup>3</sup>. De todos modos, dada la trascendencia que más adelante vamos a dar a ese hecho, procederé a continuación a recoger algunos ejemplos referidos a reflexiones, argumentos, conceptos y elementos diversos formulados en relación con el sistema de responsabilidad penal.

Si comenzamos por la caracterización general que hace de su orientación sistemática, calificada con mucha frecuencia de políticocriminal-teleológica<sup>4</sup>, no hay que ir

<sup>3</sup> Manifestaron tempranamente su desacuerdo con esa equiparación, STRATENWERTH, 1972, p. 197, quien, sin negar la presencia de numerosos criterios valorativos en el sistema de responsabilidad penal, y en el derecho penal en general, rechaza que todos esos criterios valorativos, en cuanto adecuados, hayan de ser considerados por eso mismo político-criminales; ZIPF, 1977, p. 710. Considera la reiterada referencia de Roxin al significante político-criminal un mero lugar común, un expediente retórico, que da más margen de actuación al intérprete sin generarle mala conciencia, pero que elude la cuestión central, a saber, una correcta determinación de lo que constituya la política criminal. ORTIZ DE URBINA, 2003, pp. 421-423; 2004, pp. 859-860, 864-866, 890.

Desde enfoques roxinianos, MOCCIA, 1995, pp. 76-84, de forma más matizada, vincula el conjunto de referencias político-criminales a las exigencias de un determinado programa ideológico de organización social, en concreto, el vinculado al estado social de derecho; por el contrario, estima que *lo político-criminal* es un significante que alude en Roxin a la necesaria vinculación a la realidad, tanto natural como socio-normativa, que ha de permitir una resolución justa del caso concreto, BORJA JIMÉNEZ, 2003, pp. 136-139, 142-145, 149.

<sup>4</sup> En ocasiones complementada por el adjetivo de *funcional*. Entre los más frecuentes términos empleados por Roxin para calificar su sistema están: *Zweckrationales (funktionales) Strafrechtssystem, teleologisch-kriminalpolitischer Systementwurf, kriminalpolitisch-teleologischer (funktionaler) Systementwurf, Wertungorientiertes System, teleologisch-kriminalpolitische Verbrechenlehre*. Véase ROXIN, 1998, p. 886; 2006, pp. 205, 221, 232, 234.

muy lejos para comprobar que él mismo la equipara con un enfoque sistemático orientado valorativamente<sup>5</sup>. Cuando quiere marcar diferencias entre su sistema y los precedentes insistirá, ante todo, en que lo específico de su sistema es que está estructurado en torno a determinadas valoraciones o criterios rectores normativos, que son calificados ineluctablemente como político-criminales<sup>6</sup>. Es la configuración del sistema en torno a esos contenidos valorativos político-criminales la que le permite superar, en primer lugar, las constricciones ontológicas de los sistemas causalista y finalista, que les conduce a soluciones valorativamente incorrectas en cuanto que son poco razonables políticocriminalmente. Y también le posibilita superar al sistema neoclásico, que se ha conformado con introducir, de manera aislada y descontextualizada, correcciones valorativas de naturaleza políticocriminal en el sistema causal positivista<sup>7</sup>.

Se podría pensar, con todo, que esta equiparación entre lo político-criminal y lo axiológico se restringe solo a una parte de los contenidos valorativos de su sistema. Más en concreto, a los que constituyen directrices, a los que persiguen fines u objetivos, y no a los que reflejan principios en sentido estricto. Así puede parecer en las frecuentes ocasiones en que los términos políticocriminal y teleológico están estrechamente vinculados, o en las que el autor parece pensar que la cualidad políticocriminal de su sistema reside en el protagonismo atribuido a las necesidades preventivas, a la teoría de los fines de la pena. Sin embargo, una lectura más cuidadosa de sus propuestas muestra de forma diáfana que atribuye a su sistema el carácter de político-criminal porque es capaz de introducir en la sistemática del delito una gran variedad de contenidos valorativos, tanto aquellos que intentan salvaguardar su utilidad preventiva como los que sientan los principios limitadores del *ius puniendi*. Todo ello se acompaña de una desmesurada ampliación semántica del significante *teleológico*<sup>8</sup>. En resumidas cuentas, y como dirá en alguna ocasión, todos los contenidos axiológicos a integrar o integrados en el derecho penal son, por ese mismo hecho, políticocriminales<sup>9</sup>.

Si, a continuación, nos ocupamos de las diversas categorías que configuran el sistema de responsabilidad penal, sabemos que es rasgo distintivo de la propuesta roxiniana que cada una de ellas aporte una o varias valoraciones específicas del comportamiento humano sometido a consideración, sin perjuicio de que acepte una limitada

<sup>5</sup> Véase ROXIN, 2006, p. 221.

<sup>6</sup> Véase ROXIN, 2006, p. 227; 1998, pp. 886, 889; 2002, p. 22; 2003, pp. 423, 432, 433.

<sup>7</sup> Véase ROXIN, 1972, pp. 19, 33-38, 77-78; 1973, pp. 48-49; 2006, pp. 205-206, 232-233; 1998, p. 886; 2002, pp. 22, 37; 2003, pp. 425-426.

<sup>8</sup> Véase ROXIN, 1972, p. 27-28, 33, 77; 2006, pp. 205-206, 222, 228, 234; 2002, pp. 22, 31, 26-37; 2003, pp. 429-436.

<sup>9</sup> Véase ROXIN, 2006, pp. 222, 1045.

Las afirmaciones precedentes le permiten a ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2003, pp. 864-866, 889-890, sostener que el atributo político-criminal, así entendido, no permite trazar diferencias entre los diversos sistemas penales pues todos podrían calificarse como político-criminales. Véase también, SILVA SÁNCHEZ, 1997, pp. 18-19.

movilidad intercategorial de algunos contenidos valorativos. Pues bien, todos esos criterios normativos rectores de las diversas categorías, con la única excepción de los correspondientes a la categoría de la punibilidad, son calificados como político-criminales<sup>10</sup>.

Así sucede ya con la categoría de la *acción u omisión*, en la que la exigencia de que el hecho pueda atribuirse a alguien en cuanto manifestación de su persona constituye una valoración que persigue una determinada finalidad político-criminal, dejar fuera de la categoría todo lo que no sea encuadrable en el ámbito de lo permitido o prohibido<sup>11</sup>. Lo mismo sucede con todos los criterios normativos rectores del *tipo*, a saber, la labor de determinación legal del comportamiento prohibido, su finalidad de concretar la nocividad social, el atribuido efecto directivo o motivador del comportamiento, su ponderación entre necesidades de intervención social y de protección de las libertades individuales, esto es, sus simultáneas funciones de garantía y motivación, incluso el papel en ocasiones atribuido dentro de él al principio de culpabilidad. Son innumerables los pasajes en que todos y cada uno de esos componentes axiológicos son calificados como criterios, funciones, postulados, conceptos, enfoques, programas, cuestiones, elementos... polítocriminales<sup>12</sup>. Una calificación similar se produce respecto a los criterios valorativos que han de abordar los conflictos sociales a resolver por la *antijuricidad* así como a la definitiva configuración del juicio de nocividad social a que ello conduce. En este caso hay un específico afán en poner de manifiesto que la frecuente procedencia no jurídico-penal de los intereses a ponderar no impide calificar la ponderación y la resolución del conflicto como polítocriminal en la medida en que se decide sobre la punición o no del comportamiento<sup>13</sup>. Y en la *responsabilidad (culpabilidad)* queda claro que el contraste característico entre garantismo y necesidades preventivas es un conflicto entre valores político-criminales todos ellos, por más que quepan matices sobre su carácter principal o utilitario<sup>14</sup>.

Un fenómeno semejante se registra respecto a los elementos o instituciones jurídicas que componen las diversas categorías. Junto a afirmaciones genéricas relativas a que su configuración debe estar determinada por aspectos valorativos relevantes polítocriminalmente<sup>15</sup>, menudean alusiones a ese condicionamiento en construcciones dogmáticas como la teoría de la imputación objetiva y el criterio del riesgo no permitido, el concepto de peligro abstracto, el dolo, la imprudencia, las causas de

<sup>10</sup> Véanse formulaciones generales en ROXIN, 1972, pp. 49-50; 2006, pp. 177-178, 1045; 2002, p. 22; 2003, pp. 427-429. Sobre la punibilidad, ROXIN, 2006, pp. 227, 1036, 1043-1050.

<sup>11</sup> Véase ROXIN, 2006, pp. 222-223.

<sup>12</sup> Véanse, entre otros muchos lugares, ROXIN, 1972, pp. 27, 39-40, 43-53; 1973, p. 45-46; 2006, pp. 206-207, 223, 227-228, 289-291; 1998, pp. 886-888; 2002, pp. 22, 31-32; 2003, pp. 432-434.

<sup>13</sup> Véase ROXIN, 1972, pp. 27-28, 40, 61-66; 1973, pp. 46-47; 2006, pp. 224-226, 289-291; 2002, pp. 32-33.

<sup>14</sup> Véase ROXIN, 1972, pp. 40-41, 66-74; 2006, pp. 207, 226-227; 1998, pp. 893-896; 2002, pp. 22, 23-25, 33-34; 2003, pp. 432-436.

<sup>15</sup> Véase ROXIN, 2002, p. 22.

justificación y sus diversos elementos, la capacidad de actuar de otro modo, la minoría de edad relevante, el error de prohibición, las causas de exculpación, la participación dolosa, el desistimiento en la tentativa, por citar solo algunos ejemplos<sup>16</sup>.

a.i. Si salimos del sistema de responsabilidad penal y acudimos a la determinación de los contenidos de tutela del derecho penal observamos un uso equivalente del significante *político criminal*. Así, el concepto material de bien jurídico propugnado por Roxin es uno material que establece límites a lo que el legislador puede o no penar, y precisamente por ello es un criterio, dice, político-criminal, que se diferencia del concepto metódico del bien jurídico porque éste carece de significado político-criminal al ser un mero criterio hermenéutico o sistemático. Por otra parte, cuando establece un valioso catálogo de referencias que privarían a determinados objetos de tutela de su carácter de bien jurídico penal, tales criterios los califica como orientaciones político-criminales, y su atenta consideración permite captar que están compuestos de contenidos valorativos, en su mayoría principales, pero también directivos; criterios axiológicos, además, que considera en gran medida fundados constitucionalmente. También el principio de subsidiariedad, que complementa al de exclusiva protección de bienes jurídicos, es calificado como un criterio político-criminal, cuya descomposición de elementos constituyentes permite ver que se trata de valores, dos de ellos de naturaleza principal y otro, directiva; elementos por lo demás, cuya consideración dará lugar, dice, a importantes consecuencias político-criminales<sup>17</sup>.

No ocurre cosa distinta con los pronunciamientos sobre el sistema de sanciones y su ejecución. El entendimiento de los fines de la pena y la evaluación de su pertinente incorporación al derecho penal se realiza explícitamente dentro de un discurso político-criminal y político-social que se desenvuelve en términos axiológicos directivos: la legitimidad de los efectos preventivos a lograr. A su vez, la introducción del principio de culpabilidad pretende establecer unos límites a la intervención penal que los fines preventivos no están en condiciones de suministrar: supone el empleo de un instrumento político-criminal sustancialmente de naturaleza valorativa principal -lesividad, culpabilidad estricta- que modera las exigencias valorativas directivas ligadas a la prevención de delitos. En suma, es deseable político-criminalmente que la pena se vea en todo caso limitada por el principio de culpabilidad<sup>18</sup>.

b. Está claro, por consiguiente, que para Roxin cualesquiera contenidos valorativos insertos en el sistema de responsabilidad penal, o en el derecho penal en su conjunto, merecen el calificativo de político-criminales. Podríamos preguntarnos, ¿cuál es el problema? Parece no haber inconveniente en que la rica aportación valorativa roxiniana al sistema de responsabilidad penal y al derecho penal en general se ampare

<sup>16</sup> Véase ROXIN, 1972, pp. 27-28, 43-51, 62-66, 68-74; 1973, pp.46-47; 2006, pp. 206-207, 224-226; 1998, pp. 886-888; 895; 2002, pp. 22, 31-32; 2003, pp. 425-426, 433-437.

<sup>17</sup> Véase ROXIN, 2006, pp. 13- 47.

<sup>18</sup> Véase ROXIN, 2006, pp. 69-100.

en un concepto como el de política criminal. Al fin y al cabo, la decisión de escoger aquellos valores, de los muchos posibles, que deben incorporarse al derecho penal es una decisión política, no importa si tiene un sentido estratégico o prudencial. Y, desde luego, es una decisión que incide específicamente en el ámbito penal o criminal.

El problema, sin embargo, surge porque el significante *políticocriminal* o *política criminal* no es un bien mostrenco, a disposición de quien lo quiera usar para atribuirle el significado que más le convenga. El significante políticocriminal y sus relacionados tienen una historia detrás, la cual le ha atribuido un significado o contenido semántico determinados. Su posible modificación, sea acotándolo, sea ampliándolo, sea transformándolo, necesita contar con buenas razones. Cambiar su significado con argumentos circunstanciales, pragmáticos, sirviéndose de un término prestigioso para cobijar contenidos semánticos muy diversos, supondría una desnaturalización del concepto *políticocriminal*. A continuación, nos ocuparemos de la medida en que el sistema roxiniano ha hecho un uso aceptable de los términos política criminal y políticocriminal.

## **2. Las discrepancias entre v. Liszt y Roxin sobre el deslinde entre política criminal y dogmática jurídico-penal**

a. En un trabajo previo he analizado el concepto de política criminal tal como fue formulado por su creador, v. Liszt<sup>19</sup>. Podemos resumir su postura del modo siguiente:

Este autor entiende las ciencias penales como el conjunto de saberes que permiten desarrollar una estrategia eficaz de control del delito y de los delincuentes mediante el derecho penal. Entre ellas, la política criminal ocupa un lugar preeminente como saber práctico que, con la ayuda de la criminología y la penología, está en condiciones de formular una correcta estrategia de lucha contra la delincuencia. Ese saber político-criminal tiene la función de asesorar al poder político, y en concreto al legislador, en la tarea de configurar el derecho penal. El autor identifica correctamente los tres ámbitos prescriptivos del derecho penal, a saber, la determinación de los bienes a proteger y la identificación de los comportamientos que los lesionan o ponen en peligro, el establecimiento de un sistema de responsabilidad por la conducta realizada, y la previsión de un sistema de sanciones. Aun cuando son competencia de la política criminal los tres ámbitos mencionados, lo cierto es que su atención se centra sustancialmente en el tercer ámbito, en concreto, en los efectos preventivos a lograr mediante un sistema de sanciones y medidas de seguridad correctamente diseñado y ejecutado. Al objetivo fundamental del derecho penal, la protección de bienes jurídicos, materia del primer ámbito prescriptivo, le atribuye una gran relevancia, pero no se detiene en el posible desempeño de la política criminal en la selección de esos

<sup>19</sup> Véase DÍEZ RIPOLLÉS, 2018, pp. 1-31.

objetos de protección y consecuente identificación de las conductas dañosas. En cuanto al segundo ámbito prescriptivo, la configuración del sistema de responsabilidad, encargado de establecer los límites de la intervención penal, deja en buena medida al legislador las manos libres siempre que respete determinadas realidades naturales. Por otro lado, a la dogmática jurídico-penal le atribuye la exclusiva tarea de interpretar y sistematizar los contenidos introducidos por el legislador en el derecho penal, con un estricto respeto al principio de legalidad: la aplicación de la ley penal de acuerdo al citado principio es lo que permite conformar al código penal como un baluarte frente a los abusos del estado, como un garante de los derechos y libertades individuales. Por lo demás, las políticas preventivas sociales a desenvolver al margen del derecho penal quedan fuera del ámbito de conocimiento de las ciencias penales.

Como he señalado, v. Liszt tiene el gran mérito de haber sentado las bases de la política criminal como disciplina determinante del control de la delincuencia. Sin embargo, la concepción de la que parte es en exceso restringida al menos por tres razones: a. Pese a que la política criminal es la asesora del legislador en la configuración del derecho penal, no se ocupa de elaborar axiológicamente sus contenidos. No lo hace con los dos primeros ámbitos constituyentes del derecho penal, y en cuanto al tercero, el sistema de penas y medidas de seguridad, lo fundamenta de forma prácticamente exclusiva en términos directivos e instrumentales. b. La disciplina por él creada se concentra en crear un sistema de sanciones y medidas cuyos efectos preventivos sean eficaces en el control de la delincuencia. Los otros dos ámbitos que configuran el derecho penal, la determinación de los contenidos de tutela y la configuración del sistema de responsabilidad, quedan desatendidos. c. Se niega a sacar a la política criminal del estrecho ámbito de la intervención jurídico-penal, por lo que no incluye en ella otros modos de intervención extrapenales de contrastada eficacia en la lucha contra la delincuencia<sup>20</sup>.

b. Un cabal entendimiento de la postura de Roxin sobre lo que sean y compete a la política criminal y a la dogmática jurídico-penal aconseja recoger en primer lugar la crítica que hace a los planteamientos de v. Liszt acabados de esbozar. Pues en gran medida, al menos en sus inicios, desarrolla su propuesta en contraposición a la de v. Liszt.

En opinión de Roxin, v. Liszt construye el concepto de política criminal a partir de su contraste con el de dogmática jurídico-penal. Así, esta última se desenvuelve en el ámbito de la aplicación del derecho penal vigente, y, sirviéndose de un método sistemático que ordena y elabora conceptualmente el derecho positivo, pretende fijar los presupuestos del delito, esto es, de la responsabilidad penal, de modo que se preserven las garantías individuales de los ciudadanos sometidos a la intervención penal. Por el contrario, la política criminal se dirige específicamente al creador del derecho penal, al legislador, y, con aportaciones en buena medida ajenas al mundo jurídico,

<sup>20</sup> Véase más detenidamente, DÍEZ RIPOLLÉS, 2018, *ibidem*.

pretende fijar los fines y contenidos del conjunto del derecho penal de modo que resulte un eficaz instrumento de lucha contra el delito y el delincuente, lo que logra especialmente a través de una correcta formulación del sistema de sanciones y su ejecución.

Sin embargo, ese contraste entre ambas disciplinas, formulado por v. Liszt con la loable intención de evitar que las necesidades de intervención social contra el delito terminaran socavando las libertades individuales, ya no es procedente para Roxin. Es cierto que esa tensión entre ambos objetivos, entre intervención y libertades, perdura, pero ya no pasa por la oposición entre política criminal y dogmática. Pues, ni la lucha eficaz contra el delito es una tarea exclusiva de la política criminal, como lo muestran los componentes directivos del comportamiento insertos en las categorías dogmáticas del delito, ni el establecimiento de límites a la intervención penal puede quedar exclusivamente en manos de la dogmática. Muy al contrario, ambas disciplinas se han de integrar en una unidad epistemológica, lo que se concreta en que los criterios valorativos<sup>21</sup> propios de la política criminal han de desempeñar un papel activo e inmediato en el razonamiento dogmático<sup>22</sup>.

Roxin, tras lo dicho, se detiene especialmente en criticar dos tesis de v. Liszt, la de que la política criminal no juega papel alguno en la configuración de la dogmática jurídico-penal, y la del gran valor que supone la elaboración por la dogmática de un sistema cerrado de conceptos para determinar la responsabilidad penal.

En cuanto a lo primero, rechaza que la política criminal se haya de centrar sustancialmente en asegurar un sistema de penas y medidas preventivamente eficaz: tarea político-criminal tan importante como esa es establecer los elementos limitadores de la intervención penal. La política criminal no persigue la lucha contra el delito a cualquier precio, sino solo conforme a los principios que rigen nuestro estado de derecho. De ahí que sea función de la política criminal asegurar esa conformidad, estableciendo los criterios valorativos que han de configurar el sistema de responsabilidad y de sanciones.

En cuanto a lo segundo, nuestro autor se manifiesta rotundamente en contra de la propuesta lizzteana de una dogmática de signo positivista, inspirada en la jurisprudencia de conceptos, que cierra el paso a introducir las dimensiones social y política en su seno. No es asumible que una subsunción y deducción sistemáticamente

<sup>21</sup> Más arriba creo haber demostrado que el uso roxiniano del adjetivo *políticocriminal* hace referencia a cualquier contenido valorativo, sea principal sea utilitario, que desempeñe un papel en las ciencias penales. En consecuencia, utilizaré el adjetivo *valorativo* y sus sinónimos para referirme a lo que Roxin califica como *políticocriminal*, siempre y cuando no me esté ocupando de deslindar entre dogmática y política criminal.

<sup>22</sup> Añadiré que no basta con introducir correcciones valorativas en los productos sistemáticos de la dogmática, pues ello supone mantener la disociación lizzteana entre ambas disciplinas, introduciendo un doble enjuiciamiento de una misma realidad objeto del derecho, la corrección dogmática versus la corrección político-criminal, lo que termina cuestionando tanto a una como a otra disciplina.

Expresa con contundencia esa equiparación epistemológica que Roxin lleva a cabo entre dogmática penal y política criminal, BORJA JIMÉNEZ, 2003, pp. 125-126, 145.

correctas a partir del derecho vigente den lugar a resultados injustos en el caso concreto, la alternativa es realizar esas tareas atendiendo a los componentes valorativos que han de estar presentes en cada uno de los elementos del sistema de responsabilidad. Por lo demás, es un error pensar que la inserción de elementos valorativos en el razonamiento dogmático debilita el pensamiento sistemático; al contrario, el desarrollo de tales pautas valorativas mejora la coherencia del sistema y su vinculación con la realidad objeto del derecho penal. Se trata de lograr un sistema abierto, a medio camino entre el sistema cerrado propuesto por Liszt y la tópica<sup>23</sup>, que logre una síntesis entre vinculación a la ley y corrección valorativa. Y esa síntesis es la que posibilita la integración entre política criminal y dogmática: Ni una elaboración sistemática de los criterios valorativos procedentes de la política criminal saca a estos de esta disciplina, ni una introducción de criterios valorativos en la dogmática hace que esta deje de desarrollar una labor sistemática<sup>24</sup>.

### 3. *La concepción roxiniana de la dogmática jurídico-penal y la política criminal*

a. Una primera consecuencia de esta integración entre dogmática y política criminal es que la política criminal pierde su autonomía epistemológica. Cuando Roxin enumera las ciencias penales, la *gesamte Strafrechtswissenschaft*, en su obra más comprensiva, su tratado de Derecho penal. Parte general, menciona el derecho penal material, el derecho procesal penal, el derecho de determinación de la pena, el derecho de ejecución de penas, el derecho penal juvenil y la criminología. No hay mención alguna a la política criminal, a la que en algún otro lugar negará expresamente su carácter de ciencia.

Hay que esperar al momento en que se ocupa específicamente de la tarea de la dogmática jurídico-penal y de la función a desempeñar por el sistema de responsabilidad penal para encontrarnos con el apartado en que trata de las relaciones entre dogmática y política criminal<sup>25</sup>.

b. De su propuesta epistemológica surge, por tanto, una dogmática profundamente reforzada, a la que nuestro autor va a prestar especial atención. Una dogmática, por un lado, que va a girar de modo casi exclusivo en torno al sistema de responsabilidad penal, dejando en un segundo plano el sistema de determinación de los contenidos de tutela al igual que el sistema de sanciones y su ejecución<sup>26</sup>. Esta dogmática de la responsabilidad penal, por otro lado, se desarrolla sustancialmente en el ámbito de la

<sup>23</sup> Sobre el componente tópico del sistema de responsabilidad penal de Roxin, véase DÍEZ RIPOLLÉS, 2021, *en prensa*.

<sup>24</sup> Véase ROXIN, 1972, pp. 15-34, 77; 1973, p. 45; 2006, pp. 227-230, 232-234; 2002, pp. 22, 31; 2003, pp. 431. Una temprana crítica a la propuesta de von Liszt, desde los postulados del proyecto alternativo alemán, en ROXIN, 1976, pp. 59-69.

<sup>25</sup> Véase ROXIN, 2006, pp. 4-7, 50, 227-230; 2007, p. 457. Algo más matizadamente, ROXIN, 1992, pp. 795, 803.

<sup>26</sup> Véase, en todo caso, *infra* apartado II.3.e.

aplicación del derecho. Y reivindica la introducción en ella de un conjunto de criterios axiológicos, tanto de naturaleza principal como utilitaria, todos ellos con el marchamo de origen *político-criminal*, encargados de asegurar que la aplicación del derecho penal vigente respete las garantías propias del estado de derecho y produzca, al mismo tiempo, efectos preventivos del delito. Eso le lleva a sostener con rotundidad la legitimidad de la argumentación político-criminal en el sistema de responsabilidad penal, de modo que, ante construcciones sistemáticas basadas en el análisis, ordenación y abstracción lógicos de la ley positiva vigente, opone una sistemática cuajada de valores que se imponen sin remilgos a meras deducciones conceptuales. La corrección meramente sistemática habrá de ceder en todo momento ante la corrección valorativa.

La dogmática así considerada cuestiona la usual concepción de que la política criminal se ocupa del derecho *que debe ser* mientras que la dogmática atiende a la correcta interpretación del derecho *que es*. En realidad, el dogmático que interpreta el derecho vigente no se limita a labores de sistematización conceptual y subsunción del caso aislado en la ley, sino que perfecciona, mejora, innova el derecho vigente, sea al configurar los contenidos valorativos de los diversos presupuestos del delito, sea al aplicar la ley al caso concreto, siempre ajustado a los principios y directrices marcados por el legislador. En suma, la distinción que encabeza este párrafo es exagerada en la medida en que fidelidad a la ley vigente y trabajo político-criminal creador no se excluyen. Oponer al derecho que debe ser el derecho que es constituye una disyuntiva exagerada, pues no son términos opuestos: el dogmático hace política criminal con ropaje de dogmática.<sup>27</sup>

c. Si nos preguntamos por cuáles son los límites de esta dogmática cargada político-criminalmente observamos que son dos: El dogmático debe atenerse a los principios y directrices establecidos por el legislador, y en ningún caso debe contradecir las restricciones derivadas del principio de legalidad. La inobservancia de cualquiera de esos dos límites supone que el intérprete, singularmente el juez, se convierte indebidamente en legislador. Al intérprete discrepante con la formulación o el sustrato valorativo de la norma vigente solo le queda proponer reformas legales al legislador.

No obstante, nuestro autor se apresura a destacar que los principios y directrices legislativos se plasman solo de una manera abstracta, vaga, general, en los textos positivos, incluso en ocasiones quedan sin expresión legal, de modo que se deja un amplio campo de interpretación al dogmático. Este fenómeno es aceptable, pues es a través de la interpretación, la cual confronta el texto positivo con los valores que han inspirado al legislador y con la realidad objeto del derecho, como se saca a la luz el derecho vigente, y como la dogmática lo perfecciona y lo renueva. En realidad, el

<sup>27</sup> Véase ROXIN, 1972, pp. 27-28, 33-34, 39-41, 57-59, 77-78; 1973, pp.45-48; 2006, pp. 194-195, 205-206, 213, 221-222, 227-230, 232-234; 1998, pp. 887-888, 893-896; 2002, pp. 22-23, 34, 37; 2003, pp. 429, 434, 436.

dogmático, al trabajar el texto positivo desde los valores que han inspirado al legislador pone de manifiesto principios, directrices, reglas o conceptos, coherentes con los criterios rectores del legislador, pero de los que este no era consciente. En ocasiones habrá que realizar interpretaciones que no podrán basarse en el texto positivo, pero que resultarán congruentes con decisiones legales adoptadas en contextos semejantes. De este modo progresa la dogmática y mejora el derecho vigente. En consecuencia, el autor nos dice que las decisiones del intérprete se fundan tanto en los usuales criterios interpretativos como en los resultados de la elaboración dogmática.<sup>28</sup>

d. Pero Roxin no se detiene aquí, sino que sostendrá que su dogmática políticocriminal no siempre deberá ajustar sus interpretaciones a los criterios axiológicos formulados por el legislador penal. Esto sucede, en primer lugar, porque las opciones valorativas constitucionales deben tener un acceso directo a la aplicación de derecho penal, también cuando complementan o contradicen al legislador penal. En segundo lugar, también la teoría internacionalmente reconocida de los derechos fundamentales debe tener un acceso directo a la aplicación del derecho penal: Determinados ámbitos de interpretación son afectados por el efecto expansivo de dicha teoría, aun cuando la interpretación no derive de, o contradiga, las previsiones legales. Y lo que es más importante, constituye una tarea inaplazable de la dogmática políticocriminal integrar en el sistema de responsabilidad penal esta teoría de los derechos fundamentales. Y en tercer lugar, el consenso jurídico en torno a los valores de la ilustración europea, que en buena parte ya ha sido acogido en las constituciones y en las leyes penales, debe fundar esa dogmática políticocriminal y, en consecuencia, el sistema de responsabilidad penal.

En último término, el autor mantendrá que si la ley y las pautas rectoras del legislador no respetan determinados principios garantistas internacionalmente asumidos, el intérprete deberá asegurar su observancia, pues de lo contrario la norma jurídico-penal se convierte en un mero ejercicio del poder. De ahí que no deba extrañar que el autor, polemizando con Jakobs, afirme que su dogmática político-criminalmente integrada no se limita a interpretar sistemáticamente el derecho vigente, sino que pretende decir cómo *debe ser* el derecho penal. Su dogmática político-criminal no capitula ante la praxis política dominante, sea en la legislación sea en la jurisdicción, pues los presupuestos valorativos de la responsabilidad penal no se pueden dejar en manos de decisores políticos, sino que son competencia de la ciencia del derecho penal.<sup>29</sup>

e. Naturalmente, la cuestión que surge a continuación es qué ámbito epistemológico resta a la política criminal tras esa profunda integración entre dogmática y política criminal.

<sup>28</sup> Véase ROXIN, 1972, pp.63-66, 75-76; 1973, pp. 48; 2006, pp. 213, 221-222, 229-230, 289, 854; 1998, pp. 891-893; 2002, pp. 23-27, 42-43; 2003, pp. 427-432.

<sup>29</sup> Véase ROXIN, 2006, pp. 205-206, 1045; 1998, pp. 891-893, 893-896; 2000, pp. 369, 387-389, 391-394; 2002, pp. 22-31, 33, 34-37; 2003, pp. 430-431, 435.

Desde luego, el autor reconocerá que la política criminal es más comprensiva que la dogmática, de modo que el saber dogmático es solo una parte del saber político-criminal. Y que debe distinguirse entre la tarea legiferante, llevada a cabo por la política criminal en estrecha relación con el legislador, y la tarea interpretativa del derecho penal vigente, propia de la dogmática. Pero no podemos tomarnos esta aseveración demasiado en serio: como acabamos de ver, su dogmática integradora de la política criminal va mucho más allá de la mera interpretación del derecho *que es*.

De todos modos, es cierto que asigna a la política criminal una importante y valiosa contribución en la determinación de los contenidos de tutela del derecho penal a partir de su enérgica defensa del concepto material de bien jurídico y de su protección subsidiaria. Frente a un concepto metódico de bien jurídico, que se limita a ser un instrumento para la interpretación del derecho positivo dentro del canon teleológico, reivindica la función crítica del concepto, que dialoga con el legislador a la hora de crear el derecho vigente. Y compete a la política criminal ese desarrollo teórico y función crítica:

Dado el cometido del derecho penal de asegurar una convivencia libre y pacífica de sus ciudadanos con respeto de sus derechos fundamentales y libertades públicas en el marco de un estado de derecho, concibe al bien jurídico como el instrumento que asegura, a la hora de fijar los comportamientos sobre los que incidirá el *ius puniendi*, que se aceptarán solo las intervenciones estrictamente legítimas. De ahí que el papel que Roxin atribuye al bien jurídico no sea tanto el de identificar los objetos merecedores de tutela cuanto el de limitar las pretensiones estatales de proteger penalmente más objetos de tutela que los legitimados. Su teoría del bien jurídico es, por consiguiente, una teoría que se construye inicialmente sobre valores principales que delimitan el ámbito de las decisiones del legislador y, también, de las mayorías sociales por él representadas; garantizadas esas exigencias, el principio de subsidiariedad admitirá aún ulteriores restricciones de los objetos de protección centradas, ahora sí, en directrices y consideraciones pragmáticas.

En principio, es la doctrina jurídico-penal y jurídico-constitucional la que está en condiciones de establecer esos límites. Pero nuestro autor busca fundamentar por muy diversas vías su teoría del bien jurídico en el derecho positivo, singularmente en la constitución: Ella parece marcar los confines hasta los que puede extenderse la reflexión teórica; lamenta que el tribunal constitucional no estime integrado en la constitución el concepto de bien jurídico, con las consecuencias negativas de ello derivadas para un mejor control de los límites del derecho penal por la jurisprudencia constitucional; y habrá que buscar el pertinente apoyo en la constitución en caso de que resulte conveniente superar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Por lo demás, reiterará que el concepto material de delito, tal como ha sido configurado dogmáticamente, resulta una herramienta muy útil para criticar las decisiones del legislador a la hora de fijar los contenidos de tutela.

Por otro lado, también admite que la configuración del sistema de sanciones y de su ejecución es una labor específica de la política criminal, conectando en este punto con v. Liszt. Pena y medida de seguridad tienen la misión político-criminal de generar los efectos socio-personales más adecuados para satisfacer las pretensiones de tutela del derecho penal. En consecuencia, dentro de la teoría de los fines de la pena y la medida se han de escoger aquellos efectos que se puedan justificar por su capacidad preventiva de comportamientos atentatorios contra los bienes jurídico-penales. Pero estos valores directivos precisan de un contraste principal, en virtud del cual se puedan establecer límites a los objetivos preventivos del sistema de sanciones y su ejecución. Tales límites, también de naturaleza político-criminal, se materializan en el principio de culpabilidad para las penas y el principio de proporcionalidad para las medidas. Con todo, Roxin no ha desarrollado de manera sistemática y detenida estas ideas en una concreta configuración del sistema de sanciones y su ejecución, a diferencia de v. Liszt<sup>30</sup>.

#### ***4. La fagocitación de la política criminal por la dogmática de la responsabilidad penal***

a. Resultaría distorsionador iniciar una crítica a los precedentes planteamientos de Roxin sobre el papel de la política criminal y la dogmática en las ciencias penales sin antes poner de manifiesto lo mucho que comparto de las muy relevantes contribuciones de nuestro autor, uno de los mejores penalistas de nuestro tiempo, al desarrollo del derecho penal moderno. Me limitaré a mencionar brevemente aquellas coincidencias, en muchos casos lecciones de él aprendidas, que tienen que ver con el asunto que nos ocupa.

Ante todo, su decidida opción por configurar el derecho penal sobre firmes bases axiológicas, marcando distancias con orientaciones precedentes que pretendían construir elementos fundamentales de este sector jurídico de un modo en exceso vinculado a realidades naturales o antropológicas. Su especial atención, a ese propósito, en lograr un equilibrio entre las necesidades de intervención social penales y el respeto de las garantías individuales forma parte también de ese acervo. En segundo lugar, su vigorosa reivindicación del sistema de responsabilidad penal como objeto de estudio de la política criminal, rechazando que esta disciplina deba enfocarse fundamentalmente en el sistema de penas y su ejecución, y en los efectos que se pueden lograr con ellos. Marca, en este sentido, un contraste con v. Liszt que debe ser compartido sin reservas. El apabullante enriquecimiento valorativo del sistema de responsabilidad penal es, en tercer lugar, otro de sus grandes méritos. Sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, nuestro autor ha hecho innumerables y acertadas aportaciones valorativas en muy diferentes aspectos o institutos específicos de la teoría

<sup>30</sup> Véase ROXIN, 2006, pp. 13-53, 69-100, 229; 2002, p. 22; 2003, pp.431-432; 2007, *passim*.

jurídica del delito. A ello hay que añadir su potenciación de la interpretación teleológica<sup>31</sup>, de la conforme con la constitución y las normas internacionales y, en general, de todos los cánones de interpretación más allá del propiamente gramatical<sup>32</sup>.

b. El autor, sin embargo, ha dado prioridad en su estudio y desarrollo de las ciencias penales a tres presupuestos que, dada la enorme influencia del autor, han desencadenado notables consecuencias sobre los contenidos epistemológicos de las ciencias penales. Y eso, aun cuando en algunos casos Roxin mismo no las haya pretendido. Esos presupuestos, de los que discrepo, son los siguientes:

b.i. Su concepción de la lucha contra el delito y la delincuencia se sirve exclusivamente de los instrumentos que le puede suministrar el derecho penal. Sin duda, es consciente de que hay otros sectores de intervención social que no pasan por actuaciones jurídico-penales. Pero eso no es objeto de su atención. Nuestro autor no ha fundamentado, yo diría que ni siquiera ha esbozado, una estrategia comprensiva de lucha contra la delincuencia que haga uso de todas las posibilidades que ofrece un estado social y democrático de derecho propio del estado de bienestar. En realidad, se mantendrá estrictamente vinculado a lo que se pueda conseguir mediante la pena y, en un grado menor, la medida de seguridad. Si en esto Roxin no se diferencia de v. Liszt, sí que lo hace al prestar atención a los efectos preventivos producidos por la mera conminación de las sanciones dentro de las categorías del sistema de responsabilidad penal.

b.ii. La genuina tarea del penalista se desenvuelve y produce sus frutos en el ámbito de la aplicación del derecho vigente, y no en el de la colaboración con el legislador en la configuración de lo que será el derecho vigente. Naturalmente, Roxin nunca pondrá en duda la exclusiva competencia del legislador en la formulación del contenido de la ley penal, y mantendrá en todo momento una actitud deferente hacia él. Pero atraerá la atención del penalista hacia la aplicación del derecho porque está convencido de que es mediante la interpretación de las normas vigentes como el derecho penal manifiesta sus contornos y, en último término, se transforma y progresa. La función desempeñada por el legislador es relevante en la medida en que sienta los fundamentos de la interpretación al formular la ley y al dejar traslucir mediante ella sus pretensiones. El legislador, sin embargo, solo puede plasmar en la ley criterios abstractos, generales e imprecisos; de hecho, en muchas ocasiones ni siquiera es consciente de las implicaciones que determinadas decisiones legislativas conllevan. De ahí que sea el intérprete el que finalmente conforme el derecho vigente.

Él es el que mediante la explicitación y reelaboración de esas pretensiones legislativas, la estructuración sistemática de los contenidos legales, y la incorporación de saberes argumentales y preferencias axiológicas externos a la ley penal y al legislador

<sup>31</sup> Sobre la cercanía entre los pretendidos contenidos político-criminales aportados por Roxin y el canon de interpretación teleológica, véase ORTIZ DE URBINA, 2004, pp. 866, 889-890.

<sup>32</sup> Se ha visto esto detenidamente en DÍEZ RIPOLLES, 2021, *en prensa*.

construye, crea, el derecho vigente<sup>33</sup>. En principio, el intérprete acomodará sus conclusiones al tenor de la ley y a la voluntad del legislador<sup>34</sup>, pero hay momentos en que esa vinculación se puede desdibujar en gran medida, incluso contradecir, si irrumpen, no solo acervos normativos suprapenales sino también construcciones teóricas prestigiosas.

En resumidas cuentas, no merece la pena que el penalista dirija su atención a la labor legislativa penal, pues ese no es el lugar en el que se crea el derecho penal. El deber ser jurídico-penal es tarea del proceder refinado y riguroso del intérprete, único agente capaz de alumbrar un derecho penal ilustrado y acomodado a la realidad objeto de su intervención. Solo en casos extremos los límites a la interpretación obligarán a deferir la decisión al legislador.

Podría pensarse que las afirmaciones precedentes pueden cuestionarse seriamente en razón de la atención que nuestro autor presta al concepto material de bien jurídico, propiamente dirigido al legislador, como ya hemos visto en apartado precedente. Pero una mayor atención a sus contenidos muestra que su teoría crítica del bien jurídico sustenta su argumentación sobre los objetos de protección previamente identificados y positivizados por el legislador. En primer lugar, su teoría material del bien jurídico no pretende propiamente identificar los objetos dignos de protección penal, sino trazar los límites de esa protección<sup>35</sup>. Por eso, en segundo lugar, su teoría material del bien jurídico tiene como punto de referencia fundamental los tipos delictivos ya existentes, a los que somete a un análisis crítico, muy acertado por lo demás, desde un conjunto de criterios que pretenden, sustancialmente, oponer a las necesidades de intervención penal la obligada protección de las libertades individuales. Salvo alguna excepción<sup>36</sup>, no se ocupa de los objetos de protección que deberían estar en el derecho positivo y no lo están, sino de proponer la eliminación o restricción de algunos que se han positivizado. Y, en tercer lugar, toda su argumentación crítica asentada en el concepto material de bien jurídico busca con especial ahínco apoyarse en el derecho positivo, desde luego en la constitución, pero también en un concepto material de delito obtenido a partir del derecho penal vigente.

b.iii. Por último, para nuestro autor el núcleo del derecho penal está constituido por el sistema de responsabilidad. Ello constituye una notable diferencia frente a v. Liszt, el cual, pese a sus relevantes contribuciones al sistema de responsabilidad,

<sup>33</sup> Lo que rige de un modo especialmente contundente en el ámbito de la parte general del derecho penal.

<sup>34</sup> Aunque no es el momento ahora de detenernos en ello, se aprecia por parte de Roxin, a mi entender, una actitud ambivalente ante la voluntad del legislador. A veces pareciera que se esfuerza por descubrirla en la ley, mientras que en otros casos más bien parece que se sirve de la ley, de la voluntad de la ley, para eludir la voluntad del legislador.

<sup>35</sup> Ciertamente sin compartir la propuesta más radical de VORMBAUM, 1995, pp. 746-747, entre otros autores, que conciben la ciencia del derecho penal como una ciencia de limitación de la punición. Véase ROXIN, 2006, p. 45.

<sup>36</sup> Como cuando se plantea la protección de ciertos intereses superadores del concepto de bien jurídico. Véase ROXIN, 2006, pp. 29-31.

siempre consideró que era el sistema de sanciones y su ejecución el gozne sobre el que había de girar la tarea transformadora del derecho penal. No se puede decir que Roxin no dé relevancia a la identificación de los contenidos de tutela del derecho penal, ni que desconsidere el sistema de sanciones y su ejecución, pero es indudable que el sistema de responsabilidad ocupa el lugar central de su pensamiento. Esa importancia de la teoría jurídica del delito tendrá además un cierto efecto expansivo sobre los otros dos pilares del derecho penal. Por ejemplo, las exigencias del tipo marcarán en muchos casos la viabilidad de los objetos de protección, el ámbito de los bienes jurídicos a proteger; y la inserción de los fines de la pena en la categoría de la responsabilidad, generalmente en términos negadores de los efectos preventivos en ciertas circunstancias, mediatizarán las conclusiones sobre los efectos de la pena en el sistema de sanciones<sup>37</sup>.

Si nos paramos a pensar, esta última opción de Roxin está más relacionada con la de v. Liszt de lo que parece. Pues uno de los principales motivos iniciales que condujeron a nuestro autor a dedicar tantos esfuerzos al sistema de responsabilidad fue su convicción de que se podía introducir en él la teoría de los fines de la pena, dando con ello una renovada configuración a la teoría jurídica del delito. Enlaza de este modo, desde otra perspectiva, con el protagonismo atribuido por v. Liszt a las sanciones en la configuración del derecho penal. Con todo, como hemos visto, otros criterios axiológicos no relacionados con las necesidades preventivas han ido ganando cada vez más peso en la construcción del sistema de responsabilidad en Roxin.

c. A partir de esos presupuestos no ha de extrañar que la dogmática, que se mueve nominalmente dentro de los márgenes del derecho vigente aplicando ese derecho mediante las técnicas de interpretación legal, y cuyo foco se dirige de forma predominante al sistema de responsabilidad penal, se convierta en la ciencia penal protagonista. La integración entre dogmática y política criminal por la que aboga Roxin significa que esta última disciplina constituye la percha de la que se cuelgan cualesquiera contenidos valorativos que el dogmático considera convenientes para la interpretación y reformulación del derecho vigente. Al asignar esos criterios axiológicos, sean principios sean directrices, a la política criminal, la dogmática puede superar el reproche que a ella se le podría hacer de que tales pautas no derivan de manera suficientemente clara de la ley penal.

Todo ello es coherente con una dogmática que, fundada en el segundo de los presupuestos supra aludidos: a. Pretende realmente ir más allá de la interpretación legal; b. aspira a alumbrar un derecho penal vigente acorde con una determinada concepción de la sociedad no necesariamente coincidente con la del legislador; y, c. se arroga en último término la competencia para diferenciar entre lo que es una norma jurídica o un mero ejercicio fáctico del poder<sup>38</sup>. El dogmático, en consecuencia, no

<sup>37</sup> No pretendo cuestionar ese efecto expansivo, sin entrar ahora en detalles sobre su contenido.

<sup>38</sup> Debería ser superfluo resaltar aquí que, naturalmente, es tarea legítima y deber del jurista ocuparse de

se conforma con mostrar las carencias de la ley al legislador, ni queda a la espera, crítica, de que éste decida corregirlas, sino que da por buenas las preferencias del intérprete y actúa en consecuencia.

d. Ese modo de operar dogmático hace que la política criminal se convierta en gran medida en una mera disciplina auxiliar de la dogmática. Su principal tarea consiste en ser el receptáculo que acoge los contenidos valorativos que la dogmática precisa para la interpretación del sistema de responsabilidad penal, y del derecho penal en general. Pero esos elementos constitutivos de la política criminal no tienen un origen extradogmático, sino que se han generado dentro de la actividad dogmática interpretadora de la ley, en el curso de la aplicación del derecho. Eso la convierte en una disciplina formal, sin apenas contenido propio, pues la mayoría de los criterios axiológicos en ella insertos han surgido en la interpretación y se han de emplear en ella. La política criminal se limita a acogerlos en su seno; como he apuntado, es el cajón de sastre donde la dogmática almacena los útiles valorativos de los que se sirve el intérprete a su conveniencia.

Se podría intentar contrarrestar afirmaciones tan contundentes alegando que la política criminal roxiniana se ocupa de elaborar aquellas pautas axiológicas que no derivan de la ley ni del legislador penal sino de fuentes o complementos jurídicos ajenos al derecho penal y a su creador, como la constitución, la teoría de los derechos fundamentales, el consenso jurídico ilustrado, etc. Pero eso elude el asunto central: Todos los materiales obtenidos de esos cuerpos legales o teóricos tienen significado, y son recibidos, en la política criminal en tanto en cuanto sirvan para mejorar la interpretación de las leyes. Su función como potenciales generadores directos de nuevo derecho queda, si no negada, sí desatendida. Y, lo que es más importante, el aprovechamiento de todos esos materiales, su estructuración y elaboración conceptuales, es llevada a cabo por el dogmático al hilo de las necesidades de interpretación del derecho vigente.

Distinto hubiera sido si, como parece apreciarse en algunos pasajes de los escritos del autor, esas fuentes o complementos jurídicos hubieran sido directamente integrados en los cánones de la interpretación legal, respetando los límites de estos. En lugar de introducirlos a través de la mediación de una política criminal que, al parecer, da patente de corso a una aplicación del derecho alejada de la voluntad de la ley y del legislador. En ese contexto, no producido, tendríamos una dogmática justamente cargada valorativamente, pero que dejaría seguir su propio curso a una política criminal desembarazada del monopolio del quehacer dogmático.

e. No es contradictorio con lo anterior, por último, sostener que Roxin es acreedor de la misma crítica que tan frecuentemente hizo a v. Liszt por su positivismo, por estar atado en exceso al tenor literal de la ley y a sus posibles deducciones lógicas y

las tres tareas acabadas de mencionar. Lo que aquí se cuestiona es que el jurista las desarrolle en su función de intérprete de la ley vigente.

sistemáticas a la hora de construir su sistema de responsabilidad. Ciertamente, esa crítica le llegaría a nuestro autor desde otra perspectiva. En concreto, repárese en que esa política criminal que ha quedado apenas reducida a ser auxiliar de la interpretación dogmática solo puede desplegar sus alas en la medida en que sus criterios valorativos tengan encaje, bien en los cánones de la interpretación legal bien en la asentada estructura categorial de la teoría jurídica del delito. Si aceptamos que las categorías delictivas deben de algún modo estar legitimadas por la ley positiva, la conclusión es que la política criminal no puede ir más allá de lo que el derecho positivo permite.

Es verdad que ese condicionamiento parece estar ausente en los casos, ya vistos, en que acepta que los cánones interpretativos y las elaboraciones dogmáticas consolidadas se vean contradichas por criterios axiológicos derivados de cuerpos legales o teóricos extrapenales. Pero el auxilio que en esas ocasiones presta la política criminal a la dogmática se funda en gran medida en contenidos jurídico-positivos –constitución, teoría de derechos fundamentales reconocida en textos legales internacionales- o contruidos sobre textos jurídico-positivos penales –consenso jurídico internacional dogmático-.

### ***5. El vaciamiento epistemológico de la política criminal***

El manejo que Roxin hace de la política criminal, subordinada a la dogmática, no es solo coherente con su rechazo a atribuir a aquella un saber autónomo, como ya vimos<sup>39</sup>. Además, la política criminal experimenta cambios sustantivos en su específico contenido epistemológico, pues el conjunto de conocimientos que abarca queda profundamente afectado. Ello se debe a que la intensa utilización de la política criminal para fines dogmáticos genera que los conocimientos aportados por la política criminal que no son útiles para la interpretación dogmática sean excluidos del saber político-criminal o, cuando menos, arrumbados<sup>40</sup>.

a. En primer lugar, al vincular tan estrechamente el saber político-criminal a la aplicación del sistema de responsabilidad criminal se produce un efecto reflejo sobre la labor interpretativa de los otros dos pilares del derecho penal, a saber, el ámbito de tutela de los bienes jurídicos, y el sistema de sanciones y de su ejecución. Las prestaciones que la política criminal pueda rendir en la hermenéutica de esos otros dos elementos constitutivos del derecho vigente no son negadas, ciertamente, pero tampoco experimentan un desarrollo conceptual significativo. Sería injusto atribuir cualquier pretensión en esa línea a nuestro autor, en cuyo descargo cabe añadir que,

<sup>39</sup> Crítico con la postura de Roxin, ZIPF, 1977, pp. 706-707, entre otros lugares. Por el contrario, comparte tesis roxiniana de que política criminal no es un conocimiento científico, adquiriendo tal carácter solo en la medida en que se vincule, bien a la dogmática bien a la criminología, BORJA JIMÉNEZ, 2003, pp. 149-150.

<sup>40</sup> Han llamado la atención sobre los escasos y vagos pronunciamientos de Roxin sobre el contenido propio de la política criminal, al margen de lo que aporta a la dogmática penal, GARCÍA PÉREZ, 1997, pp. 305, 308, 310-312; BORJA JIMÉNEZ, 2003, pp. 117-118, 120-121, 124-125, 132-133.

como hemos visto, ha prestado una moderada atención al papel de la política criminal en la interpretación de los bienes jurídicos protegidos en el derecho vigente, y que nunca ha negado su papel en la interpretación del sistema de sanciones en vigor, por más que no haya abarcado tal componente del derecho penal en su obra sistemática. El problema reside propiamente en que la especial atención prestada por Roxin al desempeño de la política criminal en el sistema de responsabilidad penal, unido al enorme prestigio del que gozan sus opiniones y elenco de temas a tratar, ha hecho que caigan en el olvido esas otras tareas de la política criminal. En realidad, un fenómeno parecido se ha producido, como veremos, con la criminología, puesta al servicio de las necesidades del sistema de responsabilidad penal.

b. En segundo lugar, pierde consistencia el ámbito operativo fundamental de la política criminal, que es la configuración y creación del derecho penal, y no la aplicación del derecho vigente. También en este caso hay que reconocer que nuestro autor afirma con rotundidad que la colaboración en la actividad legiferante es uno de los cometidos más importantes y exclusivos de la política criminal. Pero lo cierto es que no pasa de referencias genéricas a esa tarea, algo más precisas en relación con la determinación de los contenidos de tutela, sin que se detenga en momento alguno en elaborar una teoría argumental legislativo-penal, en categorizar las pautas de creación del derecho penal, y menos aún en describir y evaluar críticamente el efectivo proceder legislativo, sus agentes y sus etapas<sup>41</sup>. En suma, queda fuera de sus preocupaciones el dotar a la política criminal de instrumentos axiológicos y estratégicos que le permitieran influir de manera fundada y decisiva en la determinación del contenido de las leyes penales. Tras lo que ya hemos visto, no cabe extrañarse demasiado: Es la dogmática jurídico-penal, mediante los cánones interpretativos y la elaboración conceptual y categorial concurrente, la que da realmente forma al derecho penal vigente. En esas condiciones, la contribución de la política criminal a la conformación del derecho penal queda en gran parte vacía de contenido.

c. Por último, se le priva a la política criminal de su anclaje en el campo de las políticas públicas. En lugar de ser entendida como una política pública más, en el mismo plano que la política económica, sanitaria, educativa..., en este caso la específicamente dedicada a la lucha contra la delincuencia, la política criminal no pasa de ser una disciplina, entre otras, del derecho penal. Se pone al servicio del derecho penal, más exactamente al servicio de la dogmática interpretativa del derecho vigente. Se le priva, pues, de cobijar el conjunto de intervenciones sociales mediante las cuales los poderes públicos pretenden controlar la delincuencia, intervenciones entre las que la jurídico-penal juega un papel relevante, pero no exclusivo. En consecuencia, los diferentes modelos político-criminales, las diferentes estrategias de intervención dentro de cada modelo, las técnicas de prevención social, la gestión

<sup>41</sup> En el mismo sentido, objetando a Roxin, ZIPF, 1977, pp. 708-709; con una actitud más comprensiva hacia Roxin, SANZ MORÁN, 2007, pp. 731, 740.

institucional de la lucha contra la delincuencia, la implementación de los diferentes programas de actuación, la evaluación de sus resultados, y tantos otros elementos de una política pública no parecen formar parte de la política criminal o, al menos, no son considerados<sup>42</sup>.

En realidad, no es solo que la política criminal quede encerrada dentro de los límites del derecho penal. Además, se desenvuelve únicamente en un plano valorativo, que, por añadidura, se mueve entre dos polos, uno principal, los principios garantistas propios del estado de derecho, y otro directivo, utilitario, la teoría de los fines de la pena. Sin embargo, una política criminal de sustancia jurídico-penal no puede descuidar el plano instrumental, el relacionado con la efectiva realización de los objetivos perseguidos, singularmente una legítima y eficaz lucha contra el delito mediante el empleo de sanciones penales. Volviendo de nuevo a su contraste con v. Liszt: Si a este autor había que reprocharle que configurara una política criminal ayuna en exceso de contenidos axiológicos<sup>43</sup>, la política criminal roxiniana padece el defecto contrario, una carencia de atención a los aspectos instrumentales.

## 6. *Los agentes de la política criminal*

La configuración resultante de las dos disciplinas, política criminal y dogmática jurídico-penal, tiene otros efectos, ahora referidos a quiénes son los agentes o colectivos sociales que han de diseñar el derecho penal, instrumento considerado determinante, como hemos visto, de la política criminal. La concepción de Roxin trae como consecuencia, en cierta medida no pretendida por el autor, que el legislador no tiene la última palabra en esa tarea, la cual pasa fundamentalmente a manos de los dogmáticos o intérpretes del derecho penal vigente.

a. Recapitulemos algunos puntos de vista del autor, ya recogidos en párrafos precedentes: El legislador marca en principio el contenido y límites del derecho penal, los cuales no pueden ser ni ignorados ni rebasados. Al intérprete no le corresponde la labor legislativa; si ciertas previsiones legales no le parecen acertadas solo le queda proponer la correspondiente reforma legal al legislador. Este punto de partida tan tajante, sin embargo, tiene importantes matices.

En primer lugar, considera que el intérprete perfecciona el derecho vigente y lo termina innovando al reflexionar sobre los elementos constitutivos de la ley y al enfrentarse al caso concreto. Ello se debe a que los criterios legislativos plasmados en la ley han de ser abstractos y necesariamente vagos. En ocasiones el intérprete adoptará decisiones basadas en criterios legales de cuyas implicaciones el legislador no

<sup>42</sup> Discrepando de Roxin, ZIPF, 1977, pp. 708-709 quien incluye la política criminal en el marco, más amplio, de la política jurídica; BORJA JIMÉNEZ, 2003, pp. 130-131, 134-136, 146-149, quien la considera y le atribuye contenidos propios de una política pública; DONINI, 2004, pp. 75-79, quien condiciona la legitimidad de la más reducida *política penal* a la previa implementación de una *política criminal* entendida como política pública de amplio espectro.

<sup>43</sup> Véase supra apartado II.2 a, y DÍEZ RIPOLLÉS, 2018, *passim*.

ha sido consciente al aprobar la ley; otras decisiones interpretativas no tendrán un apoyo legal pero serán congruentes con otros criterios legales adoptados. En segundo lugar, el intérprete puede ir más allá de lo plasmado por el legislador en la ley, tanto para lograr interpretaciones conformes con la constitución o con la naturaleza expansiva de la teoría de los derechos fundamentales, como para coincidir con el consenso jurídico-penal ilustrado radicado en la doctrina nacional e internacional. En tercer lugar, el dogmático intérprete del derecho penal vigente se constituye en garante de que la norma penal no sea un mero reflejo de un poder arbitrario. A tales efectos, su criterio experto se habrá de imponer, si es preciso, sobre la praxis legislativa o jurisdiccional dominante. En concreto, los criterios valorativos que rigen la responsabilidad penal no pueden quedar en manos de decisores políticos, deben estar a cargo de la ciencia penal<sup>44</sup>.

b. Una vez más, sin cuestionar la conveniente profundización en los cánones de interpretación legal ni la insustituible tarea estructuradora de la dogmática jurídico-penal, se ha de recordar que es el legislador el que configura la política criminal, lo que reza también para el derecho penal en todos sus extremos. Es él el que toma las decisiones político-criminales que implican, entre otras cosas, escoger los criterios valorativos en torno a los cuales luego pasa a conformar los contenidos de tutela del derecho penal y su sistema de responsabilidad y de sanciones. A ello no es obstáculo que en ocasiones debamos acomodar decisiones del legislador ordinario con otras del legislador constitucional e incluso del internacional.

Pero no basta con reconocer esto genéricamente. Si se atribuye al legislador ese cometido, y consideramos al mismo tiempo que la labor interpretativa y estructuradora del derecho penal vigente puede hacer importantes contribuciones a su mejora, es preciso deslindar bien las actividades que se desenvuelven en el ámbito de la creación o de la aplicación del derecho.

En ese sentido, conviene, ante todo, diferenciar entre la función de la jurisdicción, cuyos actores procuran aplicar de manera previsible la legislación vigente sirviéndose de los cánones de la interpretación y de la elaboración dogmática disponible, y el desempeño del dogmático, que se ocupa de estructurar el derecho vigente haciendo uso tanto de los cánones de la interpretación como de una pericia adicional que le permite clarificar conceptualmente y ordenar sistemáticamente el material jurídico.

Los *actores jurisdiccionales*, sin duda, precisan, matizan y enriquecen el derecho vigente al confrontarlo mediante la interpretación con el caso concreto sometido a su consideración. De ese modo, ponen en práctica y desarrollan los criterios valorativos plasmados en la ley, que son resultado de decisiones político-criminales adoptadas

<sup>44</sup> Véase ROXIN, 1972, pp. 60-66, 75-76; 1973, pp. 47, 48; 2006, pp. 194-195, 205-206, 221-222, 228-230, 232-235, 289, 854; 1998, pp. 891-895; 2000, pp. 369, 387-389, 391-394; 2002, pp. 22-27, 29-31, 33, 35-37, 41-43; 2003, pp. 427-432, 435, 436-437.

por el legislador. Pero en ningún caso es admisible que sus opiniones y decisiones desborden el ámbito de la interpretación. En ocasiones, sin embargo, discrepan de la regulación vigente, sea porque no comparten los criterios valorativos que la explican sea porque, aun compartiendo el punto de partida axiológico, piensan que otras reglas lo habrían recogido más fielmente. Es muy útil que esas reflexiones lleguen a conocimiento del legislador. También que se conozcan por el dogmático para que este, si las comparte, las medite y formule de un modo más sofisticado. Pero en ninguno de estos dos últimos casos el actor jurisdiccional está interpretando la ley, sino participando, legítimamente, en el debate político-criminal.

El *dogmático*, además de su labor estructuradora del derecho vigente, y en buena parte como consecuencia de ella, abandona con frecuencia la perspectiva *de lege lata*, de conceptualización y sistematización del derecho vigente, y entra en una perspectiva de *lege ferenda*. En ese momento ya no se comporta como un dogmático, pues deja de aceptar el derecho vigente como dogma. De ahí que el concepto de dogmática creadora sea un oxímoron. Por supuesto que es legítimo, y necesario, contraponer un *ius ferendum* a un *ius latum*, pero cuando el dogmático escoge el primer enfoque hace política criminal, no dogmática. Los problemas comienzan cuando ese dogmático en funciones de político criminal, en lugar de dirigir sus propuestas al legislador, elige como destinatario de ellas al intérprete, y se cree con derecho a exigir o recomendar al aplicador del derecho que lo aplique de acuerdo a sus propuestas de *lege ferenda*, prescindiendo en mayor o menor medida del derecho vigente<sup>45</sup>.

c. Pues bien, la concepción de Roxin genera una fuerte tendencia a desplazar la tarea de creación del derecho penal y, por tanto, de una sustancial parte de la política criminal, del ámbito político a un determinado ámbito experto, el de la dogmática jurídico-penal. Es el dogmático, con la autoridad obtenida por su previa labor interpretativa y estructuradora del derecho vigente, quien ha de determinar los contenidos del derecho penal<sup>46</sup>.

Sin duda, los científicos del control social penal, entre ellos los juristas penalistas, practicantes o no de la dogmática, son el cuerpo experto más preparado para asesorar en la configuración de la política criminal y, dentro de ella, del derecho penal y de los criterios valorativos que deben inspirarle. Por lo que se refiere a los juristas penalistas, nos encontramos con una corporación profesional cuyas propuestas suelen estar profundamente arraigadas en la tradición ilustrada europea, en la concepción del estado social y democrático de derecho y en la teoría de los derechos

<sup>45</sup> Comparte sustancialmente estas reflexiones en un contexto crítico con Roxin, ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2003, pp. 434, 438, 439.

<sup>46</sup> A veces los dogmáticos acuden a una ambigua pretensión justificadora de sus propuestas: les atribuyen una legitimidad derivada de que se han obtenido a partir de un derecho vigente ya previamente legitimado por el legislador. Pero con frecuencia sus conclusiones carecen de apoyo legal y tienen pendiente la legitimación legislativa.

fundamentales. Materiales sobresalientes, entre otros, para construir una razonable política criminal y un convincente derecho penal<sup>47</sup>.

El problema reside, sin embargo, en que estos profesionales tienden fácilmente a adoptar una postura elitista, contramayoritaria si es preciso, que se resiste a someter sus propuestas al debate público, al contraste con otras opiniones sociales legas o ajenas al mundo jurídico y, en último término, a aceptar las mayorías sociales como fuente de legitimación de los contenidos del derecho penal. El legislador queda obligado a seguir las indicaciones de un colectivo, el que refleja el consenso jurídico ilustrado, que, dado su conocimiento experto, tiene suficiente autoridad para decir al legislador cómo debe ser el derecho penal. Se estima, erróneamente, que la convincente fundamentación de las propuestas y su amplia acogida en los círculos expertos exime de obtener la legitimación política en la que ha de fundarse toda decisión colectiva.

Ciertamente, el que estas pretensiones estén con frecuencia lejos de materializarse en la actividad legislativa penal no obsta a las graves disfunciones que generan en el discurso y en la práctica político-criminales en general, y jurídico-penales en particular<sup>48</sup>.

### III. Criminología y dogmática jurídico-penal

#### 1. *La criminología entre las ciencias penales*

a. A diferencia de lo que sucede con la política criminal, para Roxin la criminología forma parte del elenco de ciencias penales. Frente al resto de ciencias penales, todas ellas de naturaleza normativa en cuanto que se ocupan de las reglas jurídicas, la criminología es una ciencia empírica que se ocupa de la realidad que está detrás de las ciencias precedentes. Su utilidad, al margen de formulaciones más amplias<sup>49</sup>, reside en que aporta conocimientos sobre las causas reales de la criminalidad y sobre la forma de reconducir al infractor a la legalidad.

<sup>47</sup> En ese sentido, la labor de reflexión teórica o aplicada, y las propuestas a que da lugar, de los científicos del control social penal y, específicamente, de los juristas penalistas, resultan imprescindibles.

<sup>48</sup> Queda fuera de este estudio el análisis de los epígonos de este pensamiento roxiniano, que ha dado lugar a lo que Mañalich, críticamente, ha denominado el *principalismo político-criminal*. Uno de sus defensores, Robles Planas, ha expresado muy esclarecedoramente la vinculación de este último enfoque con el pensamiento de nuestro autor, cuando afirma que “el conocido horizonte trazado por Roxin desde la década de los años 70, esto es, la introducción de consideraciones político-criminales en la dogmática resulta, por lo menos, abiertamente incompleto: se trata también de la introducción de consideraciones dogmáticas en la política criminal”, a cuyos efectos se habla de una *dogmática de la política criminal*, una *meta-política criminal*, que permite a los dogmáticos legitimar o no las decisiones legislativas a partir de un esquema conceptual superior, la *racionalidad dogmática*, que trasciende al sistema de creencias socialmente compartidas, al juego de las mayorías políticas y a los acuerdos ideológicos. En ese sentido, ROBLES PLANAS, 2012, pp. 19-21, 47. Entre los defensores de esta corriente, véanse SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 17-65. Críticamente, MAÑALICH, 2018, pp. 59-71; MIRÓ LLINARES, 2019, pp. 19-22.

<sup>49</sup> Se adhiere a la de KAISER, 1996, p. 1 que establece como objeto de la criminología el saber experimental sobre el delito, el infractor, las actitudes sociales hacia ambos, y el control de tales comportamientos.

Ahora bien, el derecho penal material constituye la ciencia básica de todas las ciencias penales. Sus reglas son las que determinan cuál sea el comportamiento punible, sin el cual las demás ciencias no tienen siquiera asunto del que ocuparse<sup>50</sup>. Y eso vale también en esencia para la criminología, por más que se tienda a reconocerle un objeto más amplio<sup>51</sup>.

Este punto de partida va a tener trascendentes consecuencias en el ámbito epistemológico atribuido a la criminología en su interacción con la dogmática. Veámoslo con más detenimiento.

b. No faltan afirmaciones en las que Roxin parte de una secuencia de contribuciones epistemológicas de las diversas disciplinas penales que podría sintetizarse del modo siguiente: Los conocimientos criminológicos sientan las bases de las exigencias político-criminales, las cuales darán lugar a la configuración dogmática del derecho penal, sea *de lege lata* sea *de lege ferenda*. En principio no hay contraposición entre criminología, política criminal y dogmática, sino que son tres estadios sucesivos y complementarios<sup>52</sup>. Junto a afirmaciones que expresan lo acabado de decir, otras cercanas dirán que la política criminal, el razonamiento preventivo y la teoría de los fines de la pena, que justificadamente pretenden argumentar en el ámbito dogmático, son las que abren el paso a la criminología, o que en la construcción de las categorías del delito, la dogmática se ha de aprovechar de los hallazgos empíricos y de los postulados político-sociales. Del mismo modo sostendrá que la teoría de la pena y su fundamento preventivo solo se legitima si se puede acreditar empíricamente que el derecho penal produce efectos preventivo-generales, intimidatorios o integradores, con sus normas y sus conminaciones penales<sup>53</sup>.

c. Por otra parte, cuando se trata de dotar de contenido a los diferentes elementos del comportamiento que han de fundamentar la responsabilidad penal, el autor pone especial interés en garantizar que se asegura una aproximación empírica a ellos, asentada en su realidad natural, psicológica o social. Así sucede con el riesgo permitido en la imputación objetiva, los delitos de peligro abstracto, el dolo, la culpabilidad en sentido estricto, los límites de la minoría de edad, el error de prohibición, la determinación de la ausencia de efectos preventivos dentro de la responsabilidad en sentido estricto, la tentativa..., entre otros. Dirá que una dogmática que pierde contacto con la realidad es una ficción, contraria a la seguridad jurídica y a los presupuestos limitadores de la pena. Es más, llegará en algún momento a afirmar que los criterios

<sup>50</sup> Por más que admita que ni un entendimiento completo de la administración de justicia penal, ni una correcta solución de los problemas jurídicos del derecho penal material se pueden lograr sin el concurso de las otras disciplinas, entre ellas la criminología.

<sup>51</sup> Véase ROXIN, 2006, pp. 4-7.

<sup>52</sup> En estos momentos me ocupo del contenido de los diversos saberes, sin hacer un problema de la medida en que nuestro autor los considera, cada uno, un saber autónomo. Del mismo modo utilizaré el sustantivo política criminal y el adjetivo político-criminal como el autor lo emplea, aunque, como ya ha habido ocasión de decir, no comparta ese uso.

<sup>53</sup> Véase ROXIN, 1972, pp. 39, 77; 1998, pp. 885, 889, 896; 2002, pp. 44.

valorativos se ven en ocasiones prefigurados, anticipados en su aparición, por la misma realidad<sup>54</sup>.

d. Ahora bien, a medida que el sistema teleológico-funcional de Roxin se muestra más consolidado, al saber criminológico se le demanda algo más. Ya no se trata tanto de que la realidad empírica que aporta la criminología sirva de presupuesto de las decisiones valorativas que sustentan el derecho vigente o de que suministre el armazón sobre el que se asientan relevantes conceptos de la responsabilidad. Ahora se le pide que acomode la realidad empírica sobre la que incide el derecho penal a las opciones valorativas previamente adoptadas, de modo que los resultados de la aplicación del derecho se ajusten a ellas.

Eso se explica por una nueva comprensión de cómo se hacen operativos el derecho penal, las categorías del delito y los diversos conceptos jurídicos que las dotan de contenido. A la cabeza de cada una de esas construcciones jurídicas hay uno o varios criterios rectores valorativos, deducidos del derecho vigente, y que acotan el segmento de la realidad que se considera jurídico-penalmente relevante. En ese sentido, funcionan como un cedazo axiológico que solo deja pasar aquellos aspectos de la realidad empírica que son pertinentes para esa toma de postura previa valorativa.

Sin embargo, esos criterios rectores son incompletos, pues su contorno final solo lo adquieren tras su confrontación con el material jurídico, con esa realidad previamente seleccionada. Ese material empírico la criminología lo ha de modelar, lo ha de ordenar por grupos de casos, siguiendo las indicaciones axiológicas, y solo entonces, una vez ajustada la realidad, el criterio rector valorativo puede perfeccionarse, desarrollarse en toda su integridad<sup>55</sup>. Alcanzado ese estadio puede decirse que el sistema es uno orientado a las consecuencias, flexible, pues logra resultados diferenciados, adecuados a la realidad y al caso concreto. Esa flexibilidad hará que ninguna realidad vital relevante quede finalmente fuera del sistema. Lo dirá de otro modo cuando afirme que su sistema es consciente y tiene en cuenta la “resistencia de la realidad”<sup>56</sup>.

Todo lo anterior le permite sostener que su sistema se sitúa a medio camino entre el normativismo y el ontologismo, dos aproximaciones metodológicas que resultan complementarias en su dogmática saturada empíricamente<sup>57</sup>.

## 2. *Una criminología al servicio de la dogmática*

a. No se puede negar la genuina preocupación de Roxin por lo que él llama con frecuencia el *material jurídico*, por la realidad natural, psicológica y social que es

<sup>54</sup> Véase ROXIN, 1998, pp. 887-888, 893, 895; 2002, pp. 36-37, 39-41, 43-46; 2003, pp. 434-436

<sup>55</sup> La agrupación de los diversos supuestos de legítima defensa, el dominio del hecho en la teoría de la autoría y la participación, el desistimiento en la tentativa, son algunos de los supuestos expresamente mencionados por el autor.

<sup>56</sup> Véase ROXIN, 1972, p.78; 2006, pp. 233-235; 2002, pp. 37-39, 41-43; 2003, pp. 427-428, 436.

<sup>57</sup> Véase ROXIN, 2003, pp. 428-429, 436-437.

objeto de la intervención penal. De hecho, no es posible entender cabalmente su sistema si no se capta en sus verdaderos términos esa característica<sup>58</sup>.

Sin embargo, cuando se trata de asignar a la criminología, la única ciencia penal a la que atribuye naturaleza empírica, sus cometidos, de inmediato se aprecia la secundaria importancia que le atribuye. Es cierto que no faltan afirmaciones genéricas que parecen otorgar a esta ciencia un considerable ámbito de autonomía y una proyección que le coloca más allá del derecho penal vigente, incluso sentando los fundamentos en los que éste debe orientarse. Pero falta un reconocimiento del estatus epistemológico que merece un saber que va a identificar y explicar un cierto tipo de conflictos sociales graves y los comportamientos de quienes están envueltos en ellos, y que va a suministrar medios y técnicas decisivas para contrarrestar tales fenómenos sociales, entre otras funciones. Todo ello en el marco de una determinada estrategia de intervención social en la que el legislador y los ejecutores de su política deberán servirse de variados instrumentos, entre los que el derecho penal es uno muy importante pero no exclusivo.

En contrapartida, la relevancia que otorga al conocimiento del derecho penal material vigente, como elemento que determina el ámbito de actuación del conjunto de ciencias penales, hace que la dogmática pase a ser la disciplina central. Si eso ha tenido consecuencias determinantes en la privación de autonomía a la política criminal, como ya hemos visto, también las tiene en la criminología., pese a que esta mantenga una cierta autonomía epistemológica. Su tarea fundamental pasa a ser auxiliar a la dogmática, servir a los fines de esta.

Esta afirmación tan contundente se podría intentar contrarrestar alegando que Roxin solo se refiere al contenido epistemológico de la criminología como disciplina justamente auxiliar de la dogmática, pero que a la criminología le corresponden otros ámbitos de desarrollo de gran proyección y que no tienen que ver con su contribución a la dogmática. Ciertamente, es plausible suponer que nuestro autor comparte lo acabado de decir. Pero hay que recordar que sus opiniones sobre la criminología antes citadas no se formulan en el estrecho contexto del sistema de responsabilidad o de sanciones, sino en el momento, más general, en el que menciona y ordena los elementos constitutivos de las ciencias penales, de la *gesamte Strafrechtswissenschaft*.

Como, por otra parte, ya conocemos que la política criminal ha sido absorbida por la dogmática, siendo una mera caja de herramientas a disposición de esta, no nos debería de extrañar el llamativo rasgo de que la criminología carezca de un contacto autónomo, directo, con la política criminal. Sus contactos solo se producen a través del filtro de las necesidades dogmáticas, por más que estas puedan ser *de lege lata* o *de lege ferenda*.

Esa subordinación de la criminología a la dogmática da lugar a una inevitable pérdida de relevancia de la criminología. A esta se le asigna una tarea limitada,

<sup>58</sup> Véase DÍEZ RIPOLLÉS, 2021, *en prensa*.

mantener la correspondencia del sistema de responsabilidad y de sanciones con la realidad. Siendo esta labor necesaria, está lejos de satisfacer la autocomprensión de una disciplina que se atribuye empeños mucho más ambiciosos y que, por consiguiente, no está dispuesta a aceptar un ámbito epistemológico tan reducido o tan centrado en ese aspecto. Se produce aquí un claro contraste con la actitud liszteana hacia la criminología, disciplina que nace estrechamente unida, hasta confundida, con la política criminal, y a la que más tarde, pese a entender de un modo en exceso restrictivo, asigna tareas mucho más relevantes<sup>59</sup>.

En resumen, los datos empíricos que importan en las ciencias penales son aquellos que están en condiciones de aportar soluciones al derecho penal vigente, sin perjuicio de que en su marco quepan propuestas de *lege ferenda*. Estamos, pues, ante un fuerte proceso de selección de contenidos a tenor de las necesidades de estructuración dogmática e interpretación legal.

b. Si descendemos a las demandas que se hacen a la criminología en estos ámbitos, ya hemos visto cómo en ocasiones nuestro autor condiciona la estructuración del derecho penal, incluso el sistema de responsabilidad y de sanciones, a ciertos presupuestos empíricos. Pero, como debe ser<sup>60</sup>, finalmente la configuración del sistema de responsabilidad se realiza en un plano axiológico, y la criminología se ve confinada a asegurar que los conceptos dogmáticos previamente escogidos para referirse al comportamiento responsable tengan un sustrato empírico incuestionable. En esas condiciones, la criminología otorga un aval *a posteriori* a previas decisiones valorativas.

De todos modos, la preocupación de Roxin por la realidad se manifiesta también en una fase posterior, más cercana a la aplicación del derecho. Y nace cuando comprueba que la estructura sistemática objeto de la dogmática, aun siendo respetuosa con el sustrato empírico de los conceptos que maneja, no siempre está capacitada para lograr resultados justos, adaptados a la realidad del caso concreto, o dicho de otro modo, cuando percibe que la realidad se le escapa al sistema. Para afrontar ese hecho se ve obligado, en un primer momento, a no cerrar los conceptos valorativos, a no dar por definitiva su formulación. Dejados así, parcialmente en suspenso, acude de nuevo a la realidad con la pretensión de que, mostrando esta todos sus perfiles y variaciones, se pueda reorganizar y clasificar de un modo más accesible a su comprensión valorativa. Entonces, las decisiones valorativas ya adoptadas no se

<sup>59</sup> Véase al respecto mi análisis en DÍEZ RIPOLLÉS, 2018, pp. 2-7, 22-26, 31.

Creo que no es osado decir que esa desconexión entre cómo se ve la criminología a sí misma y cómo la ven algunos ilustres estudiosos del derecho penal fomenta la tendencia, de raíz anglosajona, de desvincular a la criminología del derecho penal, incluso de la política criminal, acercándola cada vez más a la sociología general, lo que, en un círculo vicioso, acentúa su irrelevancia entre las ciencias que se ocupan del delito y la delincuencia.

<sup>60</sup> Sobre los puntos de partida normativos de las categorías del delito y sus conceptos derivados, sin perjuicio de aproximaciones empíricas en su configuración, véase ampliamente DÍEZ RIPOLLÉS, 1990, *passim*, y especialmente pp. 295 y ss.

abandonan, pero sí se hacen más complejas para poder encajar todos los aspectos de la realidad. De este modo, como nuestro autor<sup>61</sup>, la sistemática desemboca en la tópica, el sistema se descompone en casos. En la medida en que la criminología haya de colaborar en esta tarea, algo que no está suficientemente aclarado por el autor, la vemos de nuevo realizando una labor estrechamente condicionada por las necesidades dogmáticas.

c. Por otra parte, es justamente este manejo de los datos empíricos que conduce del sistema al caso el que da pie al reproche de normativización formulado al sistema de Roxin. En ese sentido, no convence su afirmación de que su sistema se sitúa en un lugar intermedio entre normativismo y ontologismo. Su sentida preocupación porque su sistema se ajuste a la realidad y complejidad del comportamiento humano se logra a través de una fuerte normativización del sistema. Normativizar no es usar contenidos valorativos para configurar las categorías y elementos constitutivos del sistema de responsabilidad, algo acertado e imprescindible. Ni siquiera tiene por qué reducirse a ser la sustitución de un juicio empírico por un juicio valorativo, si se quiere, una constatación por una atribución. Normativizar es también generar un sinnúmero de distinciones y subdistinciones axiológicas que, en su afán por seguir la pista a las innumerables variaciones de los fenómenos reales, difumina a estos bajo la referencia valorativa correspondiente, la cual, a su vez, en su especificidad, resulta cada vez más difícil vincular a las referencias valorativas generales o categoriales. En último término, surge esa sensación de arbitrariedad vinculada a que para la resolución de cada caso siempre hay disponible, si es necesario, un nuevo criterio valorativo, por él llamado político-criminal<sup>62</sup>.

#### IV. Conclusiones

Hemos verificado cómo el significante *políticocriminal* tiene para nuestro autor un significado omnicompreensivo de cualesquiera contenidos axiológicos, tanto principales como directivos, introducidos en el sistema de responsabilidad penal, y en el derecho penal en general. Una comprensión tan amplia y vaga del citado significante conlleva una desnaturalización de lo que sea la política criminal, con importantes consecuencias. Esa desnaturalización tiene como presupuesto tres opciones metodológicas que, cuando menos, resultan de la influyente actividad científica de Roxin: la primera es que la lucha contra el delito y el delincuente se ha de concentrar en el uso que se haga del derecho penal; la segunda nos dice que es a través de la aplicación del derecho penal como este manifiesta sus verdaderos contornos, se transforma y progresa, desempeñando la creación del derecho penal un papel

<sup>61</sup> Véase DÍEZ RIPOLLÉS, 2021, *en prensa*.

<sup>62</sup> SILVA SÁNCHEZ, 1997, pp. 23-29, desde un enfoque considerablemente más normativista, considera que Roxin mantiene un normativismo moderado, pues acepta límites infranqueables derivados directamente del material jurídico, de los conocimientos empíricos de las ciencias sociales y naturales.

subordinado; la tercera expresa que es el sistema de responsabilidad penal el núcleo del derecho penal, y no el sistema de tutela o de sanciones.

En esas condiciones, la dogmática pasa a ser la ciencia penal protagonista, sobre la que descansa la configuración del derecho penal más allá de la interpretación legal y de las pretensiones legislativas. La política criminal se convierte en una disciplina auxiliar de la dogmática, sin autonomía epistemológica, que recoge aquellas pautas axiológicas, en buena medida procedentes de otras fuentes jurídico-positivas, que le son de utilidad al dogmático para la estructuración del derecho vigente.

Esa instrumentalización de la política criminal por la dogmática da lugar, como era de esperar, a un vaciamiento epistémico de aquella. Todos aquellos conocimientos que no sean útiles para la estructuración y aplicación del sistema de responsabilidad penal quedan excluidos del saber político-criminal o, cuando menos, arrumbados. No se desarrollan las aportaciones que el saber político-criminal puede hacer a los otros dos pilares del derecho penal, los sistemas de tutela y de sanciones. Se renuncia a profundizar en las prestaciones que la política criminal puede realizar en la elaboración de la legislación penal. Y la política criminal pierde su anclaje entre las políticas públicas, al quedar encerrada dentro de los límites del derecho penal.

En último término, la política criminal pasa a ser tarea de un cierto colectivo de expertos, los dogmáticos penalistas, quienes se arrogan la función de sustituir al legislador en la creación del derecho penal legítimo en un contexto elitista, contramayoritario si es preciso.

La criminología, pese a ver reconocida su autonomía epistemológica, no escapa a estas transformaciones. El papel que se le asigna, en principio limitado a mantener la correspondencia de los sistemas de responsabilidad y de sanciones con la realidad sobre la que estos inciden, acaba desembocando en el de ser instrumento facilitador de una orientación tópica y normativizadora. Muy lejos, en cualquier caso, de la autocomprensión que esta disciplina tiene de su contribución a las ciencias penales.

### **Bibliografía citada**

- ATIENZA RODRÍGUEZ, M.; RUIZ MANERO, J. (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona
- BORJA JIMÉNEZ, E. (2003), “Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. LXVI, pp. 112-150.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JL. (1990, 2007) *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, B de F, Montevideo
- DÍEZ RIPOLLÉS, JL. (2018), “El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología RECPC*, 20-12, pp. 1-31

- DÍEZ RIPOLLÉS, JL. (2021), “Realidad, principios, utilidad y sistema en Roxin”, *en prensa*.
- DONINI, M. (2004), *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffré editore, Milano
- GARCÍA PÉREZ, O. (1997), *La punibilidad en el derecho penal*, Aranzadi, Pamplona
- KAISER, G. (1996), *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, C.F. Müller, Heidelberg
- V. LISZT, F. (1893, 1970) „Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts“, en v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2. Band, Walter de Gruyter, Berlin, pp. 75-93.
- MAÑALICH, JP. (2018), „El principialismo político-criminal como fetiche“, *Revista de estudios de la justicia*, nº 29, pp. 59-71
- MIRÓ LLINARES, F. (2019), “Recensión a Jesús María Silva Sánchez, ‘*Malum passionis*’. *Mitigar el dolor del derecho penal*,” *Indret*, 1-2019, pp. 15-24
- MOCCIA, S. (1995), “Función sistemática de la política criminal”, en Schünemann; Figueiredo Días (coords.), Silva Sánchez (ed.): *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro homenaje a C. Roxin*, JM Bosch, Barcelona, pp. 73-98
- MUÑOZ CONDE, F. (1972), “Introducción”, en Roxin: *Política criminal y sistema de derecho penal*, Bosch casa editorial, Barcelona, pp. 5-14
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2003), “Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada”, en Ontiveros; Peláez ( coords.): *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin*, T.I, Instituto nacional de ciencias penales, Ciudad de México, pp. 415-444
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2004), “La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo”, en Octavio de Toledo y Ubieto; Gurdiel Sierra; Cortés Bechiarelli (coords.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant, Valencia, pp. 859-894
- ROBLES PLANAS, R. (2012), “Dogmática de los límites al derecho penal”, en la “Introducción” de su edición española de v. Hirsch, Seelmann, Wohlers (eds.), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, pp. 19-47
- ROXIN, C. (1972), *Política criminal y sistema del derecho penal*, Bosch casa editorial, Barcelona.
- ROXIN, C. (1973), “Nachwort”, en ROXIN: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, pp. 45-50
- ROXIN, C. (1976), “Franz von Liszt y la concepción policriminal del Proyecto alternativo”, en Roxin: *Problemas básicos del derecho penal*, Reus, Madrid, pp. 37-70
- ROXIN, C. (1991, 2006), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Auflage, C.H. Beck, München. (Hay traducción de la segunda edición alemana, ROXIN, C. (1997), *Derecho penal. Parte general, T. I*, Luzón Peña; Díaz García.Conlledo; de Vicente Remesal (trads), Cívitas, Madrid).
- ROXIN, C. (1992), “Acerca del desarrollo reciente de la política criminal, *Cuadernos de política criminal*, nº 48, pp. 795-810
- ROXIN, C. (1998), „Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems“, en Albrecht; Dünkel; Kerner; *et al* (Hrgs), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und*

- Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Bd. 2, Duncker und Humblot, Berlin, pp. 885-896
- ROXIN, C. (2000), „Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft“, en Eser, Hassemer, Burkhardt (Hrgs.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Verlag C.H. Beck, München.
- ROXIN, C. (2002), „Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute“, en Schünemann, (Hrg): *Strafrechtssystem und Betrug*, Centaurus Verlag, Herbolzheim, pp. 21-50
- ROXIN, C. (2003), “Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik“, en Dölling (Hrg): *Ius Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für E J Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin, pp. 423-437
- ROXIN, C. (2007), “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?, en Hefendehl (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, pp. 443-458
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2012), *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid
- SANZ MORÁN, A, (2007), “Algunas consideraciones en torno a la política criminal”, en Pérez Álvarez, F, (ed.): *Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 729-740
- SILVA SÁNCHEZ, JM. (1997), “Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en Silva Sánchez (ed.): *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, JM Bosch, Barcelona, pp. 17-29
- SILVA SÁNCHEZ, JM. (2018), ‘*Malum passionis*’. *Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona
- STRATENWERTH, G. (1972), „Buchbesprechung: Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem“, *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 55 Jahrgang, Heft 4, pp. 196-197
- VORMBAUM, Th. (1995), „‘Politisches’ Strafrecht“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 107, pp. 734-760
- ZIPF, H (1977), „Literaturbericht: Kriminalpolitik“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 89, pp. 706-712