

Algunos recuerdos sobre la vida académica y las aportaciones teóricas de Eberhard Struensee

Moisés Moreno Hernández*

Agradecimiento y dedicatoria:

Agradezco al Director de la Revista *Criminalia* de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Dr. Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS, por la amable invitación para escribir unas líneas sobre la vida y obra de nuestro querido amigo Eberhard STRUENSEE, quien recientemente ha abandonado el plano terrenal. Aunque la tarea era muy difícil de cumplir, porque se me dieron sólo 48 horas para escribir unas diez cuartillas, acepté con mucho gusto por tratarse de alguien con quien pudimos compartir muchos momentos académicos y que, por razones de salud, durante los últimos años prescindimos de su presencia física.

La ciencia del Derecho penal ha sido fuertemente golpeada en los últimos tiempos por la gran pérdida de algunos de sus principales cultivadores, que les han dado sentido a las discusiones sobre los temas centrales de la dogmática jurídico-penal y la política criminal. Entre esos destacados juristas se mencionan: José CEREZO MIR (España), Julio MAIER (Argentina), Klaus TIEDEMANN (Alemania), M. BAJO FERNÁNDEZ (España), W. HASSEMER (Alemania), Santiago MIR PUIG (España), Wolfgang SCHÖNE (Alemania), Sergio GARCÍA RAMÍREZ (México), Felipe VILLAVICENCIO (Perú), Claus ROXIN (Alemania), Eberhard STRUENSEE (Alemania), entre otros.

El motivo de estas líneas es para rendir homenaje a uno de los últimos que se ha ido, Eberhard STRUENSEE, Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Münster, Alemania, a quien me unen lazos de compañerismo, de formación académica y de amistad; además, por pertenecer al grupo formado en la escuela de Bonn bajo la dirección de los profesores Hans WELZEL y Armin KAUFMANN.

I.- RECORDANDO A EBERHARD STRUENSEE

1. Cómo conocí a Eberhard.- Nuestros primeros contactos en Alemania:

Antes que otra cosa, quisiera evocar algunos recuerdos de cómo conocí a Eberhard en la Universidad de Bonn, Alemania, cómo fue nuestra relación académica y de

* Director General del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM) y miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

amistad, que se inició hace más de 50 años. En este relato sobre Eberhard, por más que quisiera, no puedo prescindir hablar de mí.

a) Ciertamente, en el año de 1971 salí de México hacia Alemania, gracias a una beca que me otorgó el Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) del gobierno alemán, con la idea de realizar el doctorado en derecho penal en la Universidad de Bonn bajo la dirección del profesor Hans WELZEL y de su discípulo Prof. Armin KAUFMANN. Después de los obligatorios cursos del idioma alemán durante seis meses en el Instituto Goethe de la ciudad de Iserlohn, Sauerland, a principios de 1972 llegué a la ciudad de Bonn, donde una vez instalado acudí a la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn con el propósito de poder ver y conocer al Prof. WELZEL, ya que, por los antecedentes que me dio la Cónsul Honoraria de México en Bonn (Frau Weber), el hablar con un profesor de esa categoría resultaba muy difícil, según la experiencia de otro mexicano que antes que yo también llegó a la Universidad de Bonn y siempre quiso ver al citado profesor y no supo ella si lo logró o no en el año que el mexicano estuvo en Bonn.

b) A los pocos días de acudir a la Facultad de Derecho tuve la oportunidad de estar frente a las puertas del Seminario de Filosofía del Derecho, cuyo Director era el Prof. WELZEL, quien fue muy amable conmigo y con mis limitados conocimientos del idioma alemán le expuse los motivos de querer realizar los estudios de doctorado bajo su dirección, debido a que para entonces yo ya tenía alguna noción sobre su pensamiento, por haber cursado la materia de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana con mi maestro E. Raúl ZAFFARONI. Me abrió las puertas de su Seminario y también me puso en contacto con el Director del Seminario de Derecho Penal, el Prof. Armin KAUFMANN, quien al conocerlo igualmente me invitó a su Seminario y me presentó a sus asistentes, los Dres. Eberhard STRUENSEE y Wolfgang SCHOENE, entre otros. Fue allí donde conocí por primera vez a Eberhard, así como a Wolfgang, quien además fungía de intérprete de ambos profesores, porque hablaba perfecto español. Los estudios de doctorado los inicié bajo la dirección del Prof. WELZEL y los concluí con el Prof. KAUFMANN; y en todo ese trayecto de más de cinco años siempre conté con el gran apoyo de Eberhard y Wolfgang en mi formación académica sobre todo para que se me facilitara la forma de enfrentar los estudios en una Universidad alemana, pues para mí fue como empezar de cero; hasta que presenté mi examen doctoral hace exactamente 48 años (en 1977).

c) Además de la relación académica, tanto Eb. STRUENSEE como W. SCHÖNE también nos abrieron las puertas de la *amistad*, que permitió una convivencia frecuente mientras estuvimos en Alemania. A mi regreso a México en el año de 1977 me incorporé a la actividad académica tanto en el Instituto Nacional de Ciencias Penales como en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, del que fui su Director General. Desde esas instituciones pudimos mantener y fortalecer tanto la relación académica como la de amistad con ambos profesores alemanes.

2. Eberhard STRUENSEE en México:

a) En el año de 1997, otros colegas y yo, decidimos crear el *Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C. (CEPOLCRIM)*, desde donde empezamos a organizar diversos eventos académicos a nivel internacional, y desde entonces hasta los primeros lustros del Siglo XXI Eberhard STRUENSEE y Wolfgang SCHÖNE fueron nuestros más asiduos invitados y los conferencistas más abundantes.

b) Más adelante, Wolfgang SCHÖNE fundó en Asunción, Paraguay, un Centro de Estudios muy a la menara del CEPOLCRIM, pues le puso el nombre de *Centro de Ciencias Penales y Política Criminal*, reconocido por Ley No 3754/2009, que dirigió durante varios años y que, por razones de salud, tuvo que dejar y que ahora dirige la Dra. Claudia CRISCONI. Wolfgang falleció en 2021. Dicho Centro igualmente contó con la presencia constante de Eb. STRUENSEE como uno de sus principales docentes y conferencistas.

c) La existencia de estos dos Centros de Estudios permitió que con frecuencia se organizaran Congresos y Seminarios a nivel internacional con la presencia de los más destacados penalistas de Europa y América Latina, para discutir, ya sea en México o en Paraguay, temas de interés de *dogmática jurídico-penal* o de *política criminal*, con la idea de que las aportaciones puedan incidir tanto en las decisiones político-criminales de quienes tienen la función de generar las leyes penales (legisladores) como en las de quienes las aplican a los casos concretos (juzgadores). El interés común fue el de vincular la teoría con la práctica, es decir, de estrechar la relación entre la dogmática jurídico-penal y la política criminal en los países de la región.

II.- LAS APORTACIONES DE STRUENSEE A LA DOGMÁTICA PENAL

1. Formación y desarrollo académicos:

a) Eberhard STRUENSEE realizó los estudios de licenciatura en derecho en la Universidad de Bonn hasta 1962; es Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, *Alemania* (1970); desde 1964 se desempeñó como Asistente científico en las cátedras de los profesores Hans WELZEL y Armin KAUFMANN en la Universidad de Bonn.

b) Realizó gran parte de su actividad académica en la Universidad de Münster, Alemania, en cuya Facultad de Derecho fue profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal desde 1979, y desde donde él escribió diversos trabajos de investigación sobre temas de la teoría del delito, entre libros y artículos especializados, así como temas de derecho procesal penal. Igualmente, fue profesor visitante en diversas instituciones académicas de América Latina y colaborador permanente del CEPOLCRIM en México, donde impartió múltiples conferencias.

c) También fue Juez y Magistrado en el Tribunal de Distrito en Münster y socio de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas.

2. Obra escrita: Libros y artículos:

- a) *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, en JZ, 1987.
- b) *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, en GA, 1987.
- c) *El tipo subjetivo del delito imprudente*, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 40, Fasc/Mes 2, 1987, págs. 423-450.
- d) *Tentativa y dolo*, en Cuadernos de política criminal, N° 38, 1989, págs. 405-424.
- e) *Dolo de causar y causalidad putativa*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 43, Fasc/Mes 3, 1990, págs. 933-960.
- f) *Atribución objetiva e imprudencia*, en Cuadernos de política criminal, N° 44, 1991, págs. 449-458.
- g) *Dolo, tentativa y delito putativo*. Hammurabi, 1992.
- h) *La Prueba Prohibida*. Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales. Año II, números 3-4, 1993.
- i) *Actuar y omitir. Delitos de comisión y de omisión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996.
- j) *Exposición y abandono de personas*: acotaciones sobre el concepto de peligro concreto y de delito de puesta en peligro en el ejemplo del §221 del Código Penal alemán, 1998. Traducción al español de Marcelo A. Sancinetti.
- k) *Los delitos de tenencia*, publicado en “*Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho Penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal*”, coordinado por Friedrich-Christian Schroeder, Ken Eckstein y Andrés Falcone. Editorial Ad-Hoc, 1ra edición, Buenos Aires, 2016. Publicación original: “*Besitzdelikte*”, en Samson (ed.): *Festschrift für G. Grünwald zum siebzehnten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- l) *La punibilidad de la tentativa*, en Revista de Política Criminal y Ciencias Penales, Publicación especial núm 1, Ed. *Ius Poenale*, CEPOLCRIM, México, 1999.
- m) *Función e importancia de la dogmática penal*, en Revista de Política Criminal y Ciencias Penales, Publicación especial núm 1, Ed. *Ius Poenale*, CEPOLCRIM, México, 1999.

- n) *Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo*, en Moisés Moreno Hernández (Coord.), *La Ciencias penal en el umbral del siglo XXI*, Ed. *Ius Poenale*, México, 2001, pp. 355 y ss. También en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, No. 7, 2023.
- o) *Atribución objetiva y delito imprudente*, en Moisés Moreno Hernández (Coord.), *La Ciencias penal en el umbral del siglo XXI*, Ed. *Ius Poenale*, México, 2001, pp. 407 y ss.
- p) *Algunas reflexiones sobre los delitos de peligro: el abandono de personas*, en Moisés Moreno Hernández (Coord.), *La Ciencias penal en el umbral del siglo XXI*, Ed. *Ius Poenale*, México, 2001, pp. 469 y ss.
- q) *Ontologismus bei Normativisten* (El ontologismo en los normativistas), en Moisés Moreno Hernández, *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Ed. *Ius Poenale*, CEPOLCRIM, México, 2003.
- r) *El parámetro individual de la imprudencia*, en Moreno/Struensee/Cerezo Mir/Schöne, *Problemas Capitales del Moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*. Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004). Ed. *Ius Poenale*, CEPOLCRIM, México, 2005.
- s) *La estructura de los delitos de omisión imprudentes*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* No 16, 2005, pp. 243-261.
- t) *Restricciones y límites de la legítima defensa*, en *Cuadernos de política criminal* No. 92, 2007, pp. 127-142,
- u) *Consideraciones sobre el dolo eventual*, en Indret, *Revista para el Análisis del Derecho*, No 4, 2009.

3. Participación de Eb. STRUENSEE en eventos académicos organizados en México por el CEPOLCRIM:

a) El primer evento académico organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, en el que Eb. STRUENSEE tuvo muy destacada participación, fue el **Primer Seminario Internacional de Actualización en Derecho Penal**, que se realizó en la ciudad de Xalapa, Veracruz, en agosto de 1997, en el que igualmente participaron otros profesores de Alemania (como Bernd SCHÜNEMANN y W. SCHÖNE), de España (Carlos María ROMEO CASABONA), de Chile (Álvaro BÚNSTER), de El Salvador (Atilio RAMÍREZ) y de México (Moisés MORENO HERNÁNDEZ, Enrique DÍAZ ARANDA, María Elena LEGUÍZAMO, Raúl GONZÁLEZ SALAS, Francisco GALVÁN, Estuardo Mario BERMÚDEZ, entre otros). En ese evento el Dr. STRUENSEE expuso dos temas sobre

cuestiones actuales de la dogmática jurídico-penal; uno sobre *"Función e importancia de la Dogmática jurídico-penal"* y otro sobre *"La punibilidad de la tentativa"*.¹

b) **Segundo Seminario Internacional de Derecho Penal: *"La Dogmática Penal y la Política Criminal en su momento actual"*** (C. de México, febrero de 1999).

c) **II Congreso Internacional de Derecho Penal: *"La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI"*** (V. Tabasco, agosto de 1999), organizado por el CEPOLCRIM y el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, donde Eb. STRUENSEE presentó tres ponencias: *"Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo"*; *"Atribución objetiva y delito imprudente"*, y *"Algunas reflexiones sobre los delitos de peligro: el abandono de personas"*.

d) **I Jornada Internacional de Derecho Penal: *"Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del S. XXI"*** (Ciudad de México, octubre de 2002), organizado con la finalidad de confrontar el pensamiento de ROXIN y de JAKOBS en un foro abierto; por lo que, ellos fueron los principales protagonistas de la Jornada; además, participaron los profesores SCHÜNEMANN, GIMBERNAT ORDEIG y STRUENSEE, entre otros. Eberhard expuso dos ponencias: *"En torno a la estructura de la omisión culposa"* y *"El ontologismo en los normativistas"*.

e) **II Jornada Internacional de Derecho Penal: *"Problemas Capitales del Moderno Derecho Penal"*** (*Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y en la dogmática penal del siglo XXI*), C. de México, ULSA, agosto de 2004, en la que STRUENSEE expuso sobre *"El parámetro individual de la imprudencia"*.

g) **IV Congreso Internacional de Derecho Penal: *"Las Transformaciones de la Delincuencia Organizada y sus Implicaciones Político-criminales y Dogmáticas"*** (Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, agosto de 2007)

h) **Seminario Internacional: *"Las transformaciones del delito, de la política criminal y del derecho penal"*** (San Cristóbal, Chiapas, agosto de 2007)

4. El encuadre del pensamiento dogmático de Eb. STRUENSEE

a) Por razón de haberse formado bajo la escuela de WELZEL y KAUFMANN, no hay duda que la *filiación ideológica* del pensamiento de STRUENSEE tiene una muy estrecha relación con la de aquellos profesores. Ciertamente, de acuerdo con el sentido de muchos de sus escritos puede desprenderse que sus elaboraciones teóricas sobre los distintos temas penales que ha abordado, tanto desde la perspectiva jurídico-

¹ Publicados en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, Número Especial 1, Ed. *Ius Poenale*, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C., CEPOLCRIM, México, 1999, pp. 13 a 31.

dogmática como político-criminal, se guiaron por las bases fundamentales de dicha concepción; que, por una parte, se sustenta en la idea del *Estado de derecho*² y, por otra, en el *ontologismo* como base de la dogmática jurídico-penal, de la teoría del delito y de la política criminal, cuyo objetivo es fijarle *límites* a la potestad punitiva del Estado, concretamente a la potestad omnipotente del legislador³, según exigencias de Estados democráticos de derecho.

Entre los discípulos de KAUFMANN, destacan Eberhard STRUENSEE, G. DORNSEIFER, Diethart ZIELINSKI y W. SCHOENE, entre otros, con independencia de que cada uno tuviera sus propios puntos de vista que los diferencia, en menor o mayor medida, de sus Maestros, como sucedió con JAKOBS respecto de su maestro WELZEL, al rechazar los aspectos *ontológicos* de las categorías penales y tratar de someter todo a la *normatividad*, como si todo dependiera de la voluntad del legislador.

b) El *normativismo* de JAKOBS, así como el de ROXIN, se convirtió en una posición teórica que se contrapuso al *finalismo* y *ontologismo* de WELZEL desde las últimas tres décadas del siglo XX; por lo que las discusiones posteriores se han centrado en esta cuestión fundamental. Por ello, yo me detendré un poco en este punto para dedicarle unas líneas a nuestro querido amigo Eberhard.

Para ello, tomaré algunas ideas –o tal vez párrafos– de una conferencia que expuse en la VIII Jornada Internacional: *El Orden Jurídico Penal: Dificultades y Desafíos actuales*, que organizó el Centro de Ciencias Penales y Política Criminal, de Asunción, Paraguay, para rendirle homenaje póstumo al también recordado colega y amigo Dr. Wolfgang SCHOENE⁴, ya que ambos no sólo fueron contemporáneos, sino que formaron parte de la misma escuela de Bonn y siguieron la misma dirección. Además, dichas ideas encajan más en las alforjas de STRUENSEE, quien ha participado directamente en esta discusión entre *ontologismo* y *normativismo*, como sucedió en la Jornada Internacional de Derecho Penal que se realizó en la ciudad de México en el año de 2002, organizada por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C., y en la que participaron los profesores Claus ROXIN, Günther JAKOBS, Eb. STRUENSEE, B. SCHÜNEMANN y E. GIMBERNAT ORDEIG, entre otros⁵.

² Que concibe al hombre como *persona*, como *fin en sí mismo*, como un *ser libre* y *capaz* de tomar decisiones,

³ Podría decirse que esa fue también la característica del pensamiento de los discípulos de WELZEL (como: W. NIESE, G. BOLDT, G. STRATENWERTH, Armin KAUFMANN, H. Joachim HIRSCH, Ludwig SCHREIBER, Fritz LOOS, entre otros), así como de sus principales seguidores (como R. MAURACH, H.H. JESCHECK), con independencia de que cada uno ha tenido sus aportaciones propias. De esa misma escuela egresó, también, Günther JAKOBS, quien –como es sabido– decidió seguir una dirección distinta a la de su maestro.

⁴ Ver MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Algunas reflexiones sobre actualidad y futuro de la dogmática jurídico-penal en América Latina*, para el Libro-homenaje a Wolfgang Schöne, Asunción, Paraguay, 2021.

⁵ Véase la publicación de la memoria “*Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI*”, que contiene las aportaciones de dichos profesores.

III.- SOBRE LA CONFRONTACIÓN ONTOLOGISMO VS NORMATIVISMO

1. Los puntos de partida:

a) El problema se ha generado con lo afirmado por WELZEL en sus primeros escritos, en el sentido de que "... toda valoración requiere la adecuación de un objeto a un valor---"⁶; mientras que en su libro sobre "*Derecho natural y Justicia material*"⁷ WELZEL señaló que "cualquier valoración imaginable se vincula con datos ontológicos, que establecen los límites imperturbables de la valoración", y remató "... quien desee estandarizar conductas debe atender a la estructura ontológica del comportamiento ..."; con lo que, él configura la base metodológica y el estímulo para el desarrollo de la teoría final de la acción y que, según STRUENSEE, "constituye el credo de los finalistas"⁸. "El principio ontológico contiene, por tanto, un fuerte potencial crítico contra el poder absoluto que, de facto, tiene el legislador. Este aspecto ya aparece en la discusión sobre la "naturaleza de la cosa" y las "estructuras lógico-objetivas", y debe ser resaltado aquí, pues, a mi modo de ver, en su interior reside el atractivo imperturbable del ontologismo"⁹

b) Por lo que hace al *principio normativista*, JAKOBS escribió en la introducción a la primera edición de su manual de *Derecho penal, Parte General* (1983), "... la Dogmática penal ontologista fracasa, y ello con mayor radicalidad de lo que en general se ha constatado conscientemente hasta ahora"; con lo que, desde un inicio él resaltó su ruptura con el pensamiento de WELZEL. Y destaca STRUENSEE, que JAKOBS se aferra a este postulado también en la segunda edición (1991) y que representa una "ironía del destino" que sea uno de los alumnos más importantes de WELZEL quien se aparte de su programa metódico. El mismo WELZEL criticaba a MEZGER con motivo de la discusión en torno a la teoría de la acción final, porque éste sostenía una posición naturalista. Ahora, uno de sus alumnos le hace a él la misma crítica". A lo que nuestro homenajeado, con cierta cortesía, agrega que "a partir de esta circunstancia puede presumirse que, posiblemente, sólo se trate, en parte, de diferencias terminológicas".

c) Por su parte ROXIN, siguiendo una postura conciliadora, ha señalado en la Jornada celebrada en México (2003) que "... los esfuerzos de la sistemática penal en la posguerra han tendido a irse desligando cada vez más de los datos ontológicos previos y de las estructuras lógico-objetivas en los cuales el finalismo quería basar el Derecho penal, y también han tendido a tratar de desarrollar las teorías generales del Derecho penal a partir de puntos de vista normativos. Así, tanto las teorías de JAKOBS, que son caracterizadas por SCHÜNEMANN como "normativismo libre de em-

⁶ Über Wertungen im Strafrecht, en *Der Gerichtssaal*, T. 103, 1933, p. 340.

⁷ WELZEL, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1951, p. 197.

⁸ "El ontologismo en los normativistas", en Moisés Moreno Hernández, *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Ed. *Ius Poenale*, CEPOLCRIM, México, 2003, pp. 227 y ss.

⁹ *Ibidem*.

pirismo”, como también mi propia concepción que busca estructurar el sistema penal siguiendo parámetros valorativos, han sido entendidos por los finalistas –recientemente también por MORENO HERNÁNDEZ- como un “planteamiento normativo”.¹⁰ Y, acepta, “yo mismo postulo, tal como va a demostrarse más adelante, una incorporación amplia de lo empírico en la sistemática y dogmática de las teorías generales del Derecho penal”; y concluye: “Con ello me sitúo entre los frentes de un normativismo libre de lo empírico y un ontologismo que quiere dictar al legislador, de manera vinculante, soluciones determinadas por leyes del ser. Yo creo y espero, sin embargo, a través de algunos de mis trabajos, haber podido mostrar que esta posición intermedia es correcta y fructífera”.¹¹

d) Según lo anterior, JAKOBS predica que la ciencia del Derecho penal debe hacer a un lado todo lo que tenga que ver con la esencia o *estructura prejurídica*, para separarse del pensamiento de su maestro. Y, a diferencia de ROXIN, parece no reconocer que el mismo Derecho penal –como objeto del conocimiento y como algo que se da en el seno de una sociedad y que es parte de ella-, tiene su propia “razón de ser” y que esa razón de ser necesariamente tiene que ver con una “esencia prejurídica” de la que surge, que es la sociedad misma, entendida como “algo hecho y determinado”, a la que JAKOBS reconoce una “estructura dada” y que, por tanto, no debería depender de la norma o normatividad, pues ello implicaría reconocer que todo dependería de la voluntad del legislador, a menos que se diga y se explique que se está hablando de otro tipo de norma distinta a la jurídico-penal. Pues, como señala ZAFFARONI, “la ciencia del derecho penal, como cualquier otra, presupone un horizonte de trascendencia que se nutre de un ontologismo fundamental”¹².

2. Los momentos críticos de la dogmática jurídico-penal:

a) En esta confrontación del *finalismo* y *ontologismo* de WELZEL con el *funcionalismo* o *normativismo* de sus principales críticos, JAKOBS y ROXIN¹³, se destacan los momentos críticos de la dogmática jurídico-penal, que han motivado evaluaciones y transformaciones de la misma. Así, por ejemplo, los impulsores del llamado *sistema neoclásico* o teleológico del delito, que surgió a principios del siglo XX por influen-

¹⁰ ROXIN, C., “Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal”, en *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI*, Ed. Ius Poenale, México, 2003, pp. 23 y ss.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Y agrega: “Quien pretende trabajar científicamente pasando por alto la comprensión del ser en que se encuentra cualquier científico, está renunciando a hacer conscientes y claros los datos de que parte. Un derecho penal sin fundamentación filosófica puede tener cualquiera, con lo cual queda reducida a una pura técnica interpretativa, cuyas consecuencias son imprevisibles” (Tratado, p. 31).

¹³ Se hace referencia solamente a ROXIN y JAKOBS, por tratarse de los autores más representativos de la dogmática actual, cuyos enfoques *funcionalistas* y *normativistas* han encabezado desde hace más de 50 años el movimiento de oposición al pensamiento de WELZEL.

cias del *neokantismo*, cuestionó al “sistema clásico”, conocido también como *sistema causalista naturalista* iniciado por LISZT casi 30 años antes, por la aplicación del método propio de las ciencias naturales y por haber excluido ciertas consideraciones valorativas en la estructura del delito. Lo propio sucedió a principios de la década de los treinta, cuando la dogmática jurídico-penal alemana cumplía ya sus primeros 50 años de desarrollo, en que se puso en tela de juicio las bases filosófico-políticas y científicas del llamado “sistema causalista”, tanto en su vertiente “naturalista” como “normativista” o “teleológico”, –que para entonces tenía como principal representante a MEZGER–, sentándose las bases de un nuevo modelo de análisis del delito, que fue el *sistema finalista*, como lo han destacado el propio WELZEL, así como BUSCH, NIESE, GALLAS, JESCHECK, Armin KAUFMANN y U. KLUG, entre otros¹⁴, que trajo como consecuencia una reestructuración total del concepto general del delito y de sus elementos y una serie de consecuencias teórico-prácticas para el tratamiento de diversos problemas relacionados.

b) Cuando en la doctrina penal alemana el pensamiento de WELZEL se había impuesto y el *finalismo* se encontraba en su esplendor, empezaron a aparecer, desde la década de los sesenta y setenta, algunas observaciones críticas a dicho sistema, primero con las aportaciones de ROXIN¹⁵ y luego con las de JAKOBS¹⁶. Estos autores, con su concepción *funcionalista* y *normativista*, se propusieron poner en entredicho ciertos postulados del sistema finalista, sobre todo aquellos que tienen que ver con los aspectos *ontológicos*, destacando con ello una nueva *crisis* de la dogmática penal. Es decir, el debate volvió a tomar impulso en la parte final del siglo XX al surgir el modelo de análisis del derecho penal y del delito, conocido como *funcionalismo*, defendido por ROXIN y JAKOBS; y mientras que este último considera que las posiciones son irreconciliables, ROXIN (y SCHÜNEMANN) aceptan que entre ontologismo y normativismo puede haber una síntesis, esto es, que estas posiciones son reconciliables. Con ello, se generó un nuevo modelo de análisis del derecho penal en general y del delito en particular, que igualmente ha encontrado en la doctrina penal tanto seguidores como detractores y, por ende, que la discusión entre ellas continúa.

c) Ahora bien, después de más de 50 años de desarrollo de esta forma de conocer el derecho penal, habría igualmente que cuestionarse si el *funcionalismo* o *normativismo* –según el pensamiento roxiniano y jakobsiano¹⁷– realmente ha implicado la

¹⁴ Ver MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Sobre el estado actual de la dogmática jurídico-penal mexicana”, en Revista *Criminalia*, Año LVIII, núm. 3, sept.-dic., 1992, pp. 33 y ss.

¹⁵ ROXIN, Claus, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en ZStW, 1962.

¹⁶ JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Ziurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlín, 1983.

¹⁷ Aun cuando el pensamiento de ROXIN y de JAKOBS tienen un común denominador que es el *funcionalismo*, es necesario separar sus aportaciones y valorarlas por separado, pues cada una tiene sus propias fortalezas y debilidades, así como sus propios grados de diferencia con el pensamiento ontológico de WELZEL.

aplicación de un método más novedoso y una orientación filosófico-política más aceptable que los del *finalismo* y *ontologismo*, o si más bien ha representado la vuelta a modelos que se consideraban ya superados y que, por tanto, adolecen de las mismas debilidades. Asimismo, habría que cuestionarse si este nuevo modelo ha cumplido plausiblemente o no con los *objetivos* que se atribuyen a la dogmática penal¹⁸, o habrá que seguir buscando nuevos derroteros que garanticen logros más fructíferos. Y esta constante evaluación de los desarrollos teóricos habrá que seguirla haciendo, debido a que en este campo del conocimiento nada es definitivo o estático; en todo caso, habrá que procurar preservar lo que es esencial y permanente.

3. La discusión sobre los fundamentos y objetivos de la dogmática penal continúa:

a) Valoración de conjunto sobre sus objetivos político-criminales:

1) El modelo de WELZEL de base *ontológica* ha sido, sin duda, el principal objeto de análisis crítico y de rechazo por parte de JAKOBS y ROXIN, así como de sus seguidores, si bien con distintos alcances como se ha descrito supra. Un análisis más detenido de dicho modelo dogmático nos permitiría determinar si éste efectivamente ha contribuido de manera más fructífera a los objetivos político-criminales del Derecho penal y, por ende, que ha constituido una superación de aquél, o si solo se trata de una forma diferente de ver los problemas y las soluciones, que además retoma criterios teóricos de otras épocas, los cuales también han sido objeto de serios cuestionamientos y, por ello, han topado con los mismos o más obstáculos.

2) Desde una perspectiva generalizadora –y sin contar con el análisis detenido–, me atrevería a afirmar –con cierta cautela– que tanto la posición de ROXIN –a pesar de sus esfuerzos por generar un “sistema fructífero”, al vincular la dogmática penal con la política criminal y destacar los fines del derecho penal, así como al acercar las bases normativas con las ontológicas del derecho penal, y a pesar de los amplios e importantes impactos que ha logrado tener en el ámbito de la dogmática penal y de la política criminal comparadas– como la de JAKOBS –que proclamó el declive o quiebre de la dogmática de *base ontológica* y se ha esmerado en la “*normativización*” de los diversos conceptos en torno al delito y a la pena y de todas las instituciones dogmáticas, según los fines del derecho penal moderno, y no obstante su amplia gama de seguidores, quienes sin duda han enriquecido –o enrarecido– la posición original–, definitivamente no han implicado una superación determinante y plausible

¹⁸ Por ello, y toda vez que tales aportaciones son analizadas tanto desde la perspectiva de sus fundamentos como de sus implicaciones teórico-prácticas, resultaría conveniente recordar lo que se espera de la dogmática penal y, por ende, lo que justifica su desarrollo; es decir, cuál es el *rol* o *función* que le corresponde desempeñar y cómo la ha cumplido, sobre todo en sistemas penales como el nuestro.

en el desarrollo de la dogmática jurídico-penal, sobre todo si se las analiza desde la perspectiva de su función o de sus objetivos y desde la perspectiva de las realidades de nuestra región.

3) Esta atrevida afirmación, que seguramente será sin más rechazada por los partidarios de esa forma normativista –sobre todo extrema- de pensar, y que es apoyada por una gran cantidad de obras escritas, se hace particularmente desde la perspectiva de las bases filosófico-políticas del modelo dogmático elaborado por WELZEL. Esta opinión también la externó Eb. STRUENSEE en la Jornada Internacional de Derecho Penal celebrada en la Ciudad de México en 2002, ante la presencia de ROXIN y JAKOBS, donde también mostró su buen humor, al analizar los ejemplos de la “ceguera de hecho” y la “diferenciación entre delitos de comisión y delitos de omisión” de acuerdo con criterios normativos, de los que JAKOBS se ha ocupado y tiene su postura, a través de los cuales trata de mostrar que “el normativismo corre el peligro de perder contacto con la base ontológica de todas sus afirmaciones, y con ello abrir una puerta a la arbitrariedad”¹⁹.

b) La posición de STRUENSEE:

1) Cuando digo que Eberhard también hizo gala de su buen humor, es porque lo mostró en sus intervenciones. Así, por ejemplo, en un Seminario de Derecho Penal que se realizó hace 20 años en la ciudad de México, al abordarse como tema central “*el futuro de la teoría de la imputación objetiva*”, después de la exposición de SCHÜNEMANN y otros tocaba el turno a STRUENSEE, quien al tomar el micrófono dijo: “Señoras y señores, lamento mucho pero me he quedado sin tema, porque se me ha pedido que hable sobre el futuro de la teoría de la imputación objetiva y, para mí, “*la teoría de la imputación objetiva no tiene ningún futuro*””. Por supuesto, luego hizo una exposición crítica de la misma.

2) En la Jornada Internacional de Derecho Penal de 2002 en México, ante la presencia de ROXIN y JAKOBS, al exponer sobre “*el ontologismo en los normativistas*” afirmó que “la perspectiva ontológica y la normativa tienen su razón de ser, en tanto estén vinculadas una con la otra de manera inseparable”, es decir, “los criterios normativistas no pueden renunciar a un análisis ontológico”; pues, “si no obstante lo hicieran, se condenarían al decisionismo”.²⁰

¹⁹ STRUENSEE, Eb., “El ontologismo en los normativistas”, en Moreno Hernández, M. (Coord.), *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Ed. Ius Poenale, México, 2003, pp. 227 y ss.

²⁰ STRUENSEE, Eb., *cit.*, p. 227. De esta misma opinión es Marcelo SANCINETTI, *Fundamentos subjetivos del ilícito y desistimiento en la tentativa*, Bogotá, Colombia, 1995, según lo señala el propio STRUENSEE.

Y después de mostrar los déficits del tratamiento de la “ceguera de hecho” en JAKOBS, precisó que “salta a la vista que la máxima normativista acerca de lo interno no es defendible, cuando uno se pregunta cuál es la meta del principio de culpabilidad o cuál es –para JAKOBS y otros- la función del derecho penal: “ejercitar la confianza en la norma”, o bien “ejercitar el reconocimiento de la norma”, etc., concluyendo que la enumeración puede extenderse discrecionalmente, pero “ya está probado con estos pocos ejemplos: que *el normativismo produce ceguera de hecho*”.²¹

3) Seguramente por razón de las actuales discusiones entre la concepción fundamental del *finalismo* de WELZEL y el *funcionalismo* de JAKOBS y ROXIN, en 2011 se publicó por la editorial Ad-Hoc de Buenos Aires, un libro de 768 páginas cuyo título es “*Dogmática penal. Entre Naturalismo y Normativismo*” en homenaje a Eberhard STRUENSEE, dirigido por los profesores Julio MAIER, Marcelo SANCINETTI y Wolfgang SCHÖNE y coordinado por Ezequiel MALARINO y Alejandro KISS, quienes también tuvieron una muy cercana relación académica con Eberhard. Pero, considero que si realmente se quiso hacer referencia a la discusión que se ha dado entre el pensamiento de los autores antes señalados, tal vez el título debió ser “*Dogmática jurídico penal. Entre ontologismo y normativismo*”; pues, habrá que recordar que cuando WELZEL empezó a dar a conocer su pensamiento dogmático, escribió una obra que tituló “*Naturalismus und Wertphilosophie*”, precisamente para confrontar las bases en que se edificaron las concepciones teóricas de LISZT, BELING, RADBRUCH, así como de FRANK, MAIER, HEGLER y MEZGER, entre otros, frente a las que WELZEL desarrolló su teoría, rechazando la idea de la “omnipotencia del legislador” que se sostenía tanto por el positivismo jurídico como por el positivismo naturalista de fines del siglo XIX y principios del XX. En cambio, WELZEL hizo valer el reconocimiento de las estructuras ontológicas o lógico reales que se encuentran en ciertos contenidos, categorías o conceptos del derecho penal, para enfrentar los efectos de dicho positivismo, o incluso del normativismo o teleologismo de principios del siglo XX, a los que de alguna manera se vinculan las construcciones de ROXIN y JAKOBS.

4) Lo anterior me lleva a pensar que la visión ontológica de WELZEL sigue reconociéndose como imprescindible para fundamentar la dogmática penal y la política criminal; pero, además, debe reconocerse que WELZEL no desdeñó ni rechazó el componente normativo del fundamento dogmático, máxime que su punto de partida lo fue la legislación penal y la función que se atribuye al derecho penal. Es decir, el *finalismo* de WELZEL no ha dado preponderancia sólo a las consideraciones ontológicas en detrimento de las de carácter normativo; el punto de partida de sus construcciones teóricas ha sido siempre la ley penal, es decir, el Derecho penal, el cual está estructurado de contenidos normativos cuya razón de ser y sus alcances sólo se pueden explicar si se los analiza desde el plano de la realidad, esto es, el plano

²¹ STRUENSEE, *cit.*, p. 236.

ontológico. De ahí que, a varios de esos contenidos u objetos de regulación penal, como es la acción humana, se les reconozca *estructuras ontológicas* previamente dadas, que no dependen de la voluntad y decisión del legislador. En otros términos, existen contenidos *normativos* que requieren ser vinculados con los *datos de realidad* para ser explicados; esas estructuras lógico-reales deben ser tomados en cuenta por el legislador al momento de hacer sus regulaciones, precisamente porque también pueden jugar el importante papel de fijarle *límites* al ejercicio de su poder penal, que sin duda es uno de los aportes más importantes y permanentes del pensamiento de WELZEL.