

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/340582640>

Prólogo al libro: "Anti-dogmática. El derecho penal en el banquillo de los acusados".

Book · April 2020

CITATIONS

0

READS

55

1 author:



[Minor E. Salas](#)

University of Costa Rica

36 PUBLICATIONS 33 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Contra-Corriente (Canal de YouTube) [View project](#)

Lex

BIBLIOTECA DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

ANTI-DOGMÁTICA EL DERECHO PENAL EN EL BANQUILLO DE LOS ACUSADOS

MINOR E. SALAS



Ediciones
Olejnik

MINOR E. SALAS
Catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho
Universidad de Costa Rica

ANTI-DOGMÁTICA

LA DOCTRINA PENAL EN EL BANQUILLO DE LOS ACUSADOS

Ediciones
Olejnik

ANTI-DOGMÁTICA. LA DOCTRINA PENAL EN EL BANQUILLO DE LOS ACUSADOS

© MINOR E. SALAS

© Ediciones Olejnik
Huérfanos 611, Santiago - Chile
E-mail: contacto@edicionesolejnik.com
Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

Primera edición: 2017

ISBN: 978-956-7799-63-3

Diseño de Carátula: Ena Zuñiga
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Argentina 2017 Printed in Argentina

Para mi hijo Enrique:

Con la esperanza de que su nombre selle el inicio de una grandeza humana mayor de la que su padre fue capaz.

*El fanático es incorruptible: tanto si mata por una idea o si es
asesinado por una; en ambos casos, tirano o mártir, es un
monstruo.*

E. CIORAN

*Todo giraba alrededor de contar historias, y de convencer a
la gente para que las creyera.*

YUVAL NOAH HARARI

Todo buen razonamiento ofende

STENDHAL

*No creo que sea exagerado decir que, de alguna forma, este es
el tema -o la tarea- central de la filosofía: la lucha contra el
engaño, la crítica del conocimiento; la filosofía, para
desesperación de algunos, no es tanto un saber positivo
cuanto negativo, consiste más en destruir que en construir, y
de ahí que el oficio filosófico sea, más que nada, un arte de la
refutación.*

M. ATIENZA

ÍNDICE

PRÓLOGO DEL AUTOR	15
-------------------------	----

CAPÍTULO I CUESTIONES METODOLÓGICAS DE LA DOGMÁTICA PENAL

§ 1. La dogmática jurídico-penal:	
¿Un viaje fantástico al reino de Absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?	23
I. ¿Qué es y para qué sirve la dogmática penal? Algunas definiciones usuales	24
II. La corriente justificacionista de la dogmática jurídico-penal ..	28
III. La corriente crítica (¡y poco popular!) de la dogmática jurídico-penal	36
IV. Conclusiones	47
§ 2. Problemas, soluciones y unicornios en el Derecho Penal	48
I. Alcance e importancia del tema (una breve introducción) .	48
II. Características de los problemas de carácter (científico-) cognitivos	51
III. Características de los problemas jurídico-dogmáticos	57
IV. Características de las soluciones jurídico-dogmáticas	71
1. Atributos tradicionales de las soluciones jurídico-penales .	72
2. Exigencias científicas y exigencias axiológicas del saber penal	80
V. Conclusiones	82

CAPÍTULO II POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA JURÍDICA

§ 3. Mitomanías de la política criminal moderna	87
I. Existen muy distintas políticas criminales (no existe solo una), todas ellas contradictorias parcial o totalmente entre sí ...	89

II.	La política criminal es parte de la política general y, por lo tanto, tan a-rracional como esta última.	93
III.	El contenido fundamental de cualquier medida político-criminal es esencialmente simbólico	94
IV.	Conclusiones	95
§ 4.	¿Para qué sirve el proceso penal?	98
	(Notas polémicas contra la ideología -¡mentirosa!- de los fines del proceso)	98
I.	Planteamiento del problema	98
II.	La doctrina tradicional de los fines del proceso penal	101
III.	Crítica a la doctrina tradicional. Su función ideológica-mitologizante	110
IV.	Conclusiones	116

CAPÍTULO III EL ASUNTO DE LOS FINES DEL DERECHO PENAL

§ 5.	La teoría de los fines de la pena:	
	Un intento por combatir sus vicios argumentativos	121
I.	¿Cuál es el problema? Dos ejemplos y una advertencia	122
II.	¿Por qué es importante la pregunta por los fines de la pena? .	124
III.	Las respuestas tradicionales al problema	126
IV.	Los vicios argumentativos de la teoría tradicional de los fines de la pena	130
	1) La teoría de los fines de la pena: ejemplo de un absurdo o pseudo-problema jurídico	133
	2) La teoría de los fines de la pena: ejemplo de falsa generalización	136
	3) La teoría de los fines de la pena: ejemplo de confusión entre juicios de valor y juicios de existencia	139
	4) La teoría de los fines de la pena: ejemplo de una ideología normativa disfrazada	142
V.	¿Qué queda de la teoría tradicional de los fines de la pena? ...	143
VI.	Conclusiones	147
§ 6.	La pena de muerte en el derecho penal:	150
	Un estudio sobre las trampas lógicas del debate	150
I.	Aclaración metodológica preliminar	151

II. Presentación del problema	152
III. Las dos actitudes básicas que se pueden adoptar respecto a la pena de muerte	155
(1) La negación por principio	155
(2) La negación por vía de los argumentos (a favor y en contra)	160
IV. Conclusiones	176

CAPÍTULO IV CRÍTICA DE ALGUNAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS

§ 7. La acción en el derecho penal:	181
Crítica de un dogma y de sus vicios argumentativos	181
I. El problema (explicado mediante ejemplos)	182
II. Las distintas respuestas a la pregunta sobre qué es una acción penal	186
III. Las distintas respuestas a la pregunta sobre cuáles funciones cumple la acción	190
IV. ¿Son las teorías de la acción expuestas un ejemplo de mal razonamiento?	192
V. Conclusiones	201
§ 8. La mortalidad de la imputación penal	206
I. Bases para una filosofía de la norma penal	206
II. Análisis del «quien» de la norma penal	207
III. De los sustratos analíticos, o de las distintas formas en que la norma penal presupone el «quien»	208
IV. Crítica a los sustratos hasta el momento analizados.	
Sus insuficiencias	219
V. Conclusiones	226

CAPÍTULO V DEBATES ACTUALES DEL DERECHO PENAL

§ 9. Sin Derecho ni Razón	
Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real	231
I. Presentación del tema	231
II. Hipótesis básicas a examinar (presentadas en forma provocativa)	235

—ANTI-DOGMÁTICA: LA DOCTRINA PENAL EN EL BANQUILLO DE LOS ACUSADOS—

III. Los sentidos del garantismo	239
IV. Los vicios en que incurre Luigi Ferrajoli	246
V. Conclusiones	277
§ 10. Ni Roxin ni Jakobs	279
¿Necesita la dogmática jurídica otro repertorio	279
más de fórmulas vacías?	279
I. Tres ideas fundamentales de Claus Roxin	280
1. Primera idea: la orientación teleológica del derecho penal ..	281
2. Segunda idea: la relación íntima entre política criminal	
y derecho penal	285
3. Tercera idea: el bien jurídico desde la perspectiva	
constitucional	290
II. Tres ideas fundamentales de Günther Jakobs: o Jakobs	
podría ser un autor interesante, pero... ..	294
1. Primera idea: el concepto de pena y la función del derecho	
penal	301
2. Segunda idea: el concepto de bien jurídico	304
3. Tercera idea: el derecho penal del enemigo	307
III. Conclusiones	314
BIBLIOGRAFÍA GENERAL DE LA OBRA	317

PRÓLOGO DEL AUTOR

Cuando el dogma entra en el cerebro, cesa toda actividad intelectual.

ROBERT A. WILSON

Quien en la [actividad intelectual] esté dispuesto a sacrificar las reglas de juego porque sus convicciones preferidas se ven amenazadas de muerte, voluntariamente se separa de la empresa, aunque esté anclado institucionalmente en ella.

HANS ALBERT

Sólo cabe recordar que la obligación, si es que hay alguna, más recomendable para un 'pensador' de profesión es mantener la cabeza fría frente a los ideales dominantes, aun los más majestuosos, en el sentido de que él ha de conservar la capacidad de 'nadar contra la corriente' si es necesario.

MAX WEBER

Los seres humanos son raros. Extrañas criaturas que pueden producir cosas maravillosas, viajar a la luna (o incluso pron-
to a otros planetas), crear obras extraordinarias: computadoras,
aviones, barcos, hacer trasplantes de corazón, curar enferme-
dades, mirar las galaxias lejanas y las profundidades del mar;
auscultar la materia visible e invisible, observar los átomos, e
investigar los goznes mismos del universo. También es un ser
extraño que cree -contra toda evidencia- en cosas que no exis-
ten: como dioses en el cielo, ángeles y demonios en la tierra,
corporaciones y sociedades. Acostumbra a realizar rituales in-
sólitos, y por eso un filósofo español, a quien admiro mucho, lo
llamó «ese animal que guarda muertos» (M. Unamuno). Inventa
religiones, profesa filosofías y credos políticos, ama con locura
los productos de su imaginación y concibe quimeras que termi-
nan luego dominándolo y esclavizándolo. «*Am Ende hängen wir
doch ab von Kreaturen, die wir machten*» (Al final terminamos
adorando las criaturas que nosotros mismos inventamos:
Goethe).

Empero, y este es el aspecto que nos interesa en esta obra, los
seres humanos pueden también ser malos. Es una especie psicópata,
un «asesino ecológico en serie» (Y. N. Harari) que en su recorrido por
este planeta ha logrado, en unos pocos milenios, arrasar y destruir
casi todo lo que se había generado biológicamente por millones de
años. Es voraz y peligroso. Rapaz y fiero. No solo con su entorno, sino
también con los otros individuos que le rodean. Capaz del mal y de la
crueldad, por la crueldad misma. No se detiene ni cede frente al dolor
ajeno, sino que inclusive en ocasiones lo busca, lo causa y lo disfruta.
Con no poca razón ha dicho ese rumano pesimista y solitario que
vivió en París, que «*el hombre segrega (suda, transpira) desastre*»
(Cioran). Casi todo lo humano trashuma, pues, sufrimiento. He aquí
una verdad histórica.

Pero acá no voy a referirme, cosa de la cual indudablemente
no trata esta obra, del «mal» como problema antropológico, filosó-
fico o metafísico, ni siquiera del mal en un sentido *moral*. El libro
trata de una expresión; o sea, de una manifestación del «mal» (to-

mado puramente en su significado jurídico, como aquello que se opone a lo legalmente establecido); esa manifestación del mal se llama el **delito**. La disciplina que estudia el delito es el *derecho penal*. Y este es un libro de y sobre derecho penal. En él se dicen cosas sobre la disciplina que estudia el derecho penal. Esa disciplina, por su parte, se llama *dogmática jurídico-penal*. Y de eso es justamente de lo que hablaré acá.

Es probable que el estudio de la dogmática jurídico-penal (por ejemplo, las reflexiones que se ofrecen aquí sobre la «acción penal», sobre «la teoría de los fines de la pena», sobre la «imputación», la «causalidad», el «funcionalismo» y el «garantismo») no suscite el interés ni tampoco tenga el *pathos* filosófico y la emoción literaria que puedan tener temas de mayor alcance y grado de generalidad, como un tratado sobre el mal metafísico (y otros tantos temas que hoy se discuten en la filosofía y en las ciencias sociales). Sin embargo, albergo la esperanza de que esta obra no sea aburrida en grado sumo y que algún interés suscite entre lectores no especializados en asuntos técnicos propios de la dogmática jurídica.

Para tales efectos, he intentado abordar todos y cada uno de los tópicos expuestos en este libro desde una óptica un poco distinta, heterodoxa si se quiere, como tradicionalmente se hace. La línea roja –para ponerlo en esos términos– de toda mi obra es una y la misma: el intento sistemático por *examinar críticamente* los temas, buscando descubrir siempre cuáles son los *problemas* de fondo que se quieren resolver y cuáles las *soluciones* ofrecidas para resolver dichos problemas. Yo parto del supuesto, del cual ya nos habló extraordinariamente Karl Popper en esa sugerente obra titulada: *Alles Leben ist Problemlösen* (Todo en la vida es solución de problemas) que casi todo en la existencia humana consiste en una empresa gigantesca y colectiva por resolver problemas de vital importancia para las personas.

En este examen crítico que realizo he sucumbido, y creo que en no pocas ocasiones (*mea culpa*), a la *provocación* como un elemento del análisis. Pude haber actuado distinto, más

neutral y menos drástico en mis juicios categóricos. Más sabio. No obstante, no ha sido así. Cada vez y conforme más viejo me vuelvo en estos senderos del derecho y de la vida, comprendo con mayor claridad que, tal y como decía el gran literato francés Stendhal: «*Todo buen razonamiento ofende.*» No es, por supuesto, mi ánimo el de ofender. Incluso en capítulos de este libro un poco vehementes como mi crítica a Roxin, a Jakobs y a Ferrajoli, nunca ha sido mi intención lesionar el valor de persona como tal. Mi único enemigo permanente es el pensamiento dogmático.

De allí el título de este libro: **Anti-dogmática**, el cual consiste en un conjunto de ensayos. No es una monografía, ni una tesis. No aborda, ni mucho menos, un solo tema. Más bien se exponen aquí distintas ideas, unidas por ese elemento común: el deseo de oponerme a ese pensamiento dogmático. Y acá la palabra «dogmático» debe entenderse en un doble sentido: como aquella veta del pensamiento que no acepta la crítica, que rechaza la oposición, que anula la resistencia y la diferencia. Autoinmune y cegado. Obstinado y caprichoso. Contra esta modalidad del pensamiento humano, fuente de todo sectarismo, intolerancia e intransigencia, mi más absoluto no. Frente a este, yo opongo:

«[e]l pensamiento [...] subversivo y revolucionario, destructor y terrible, [que] no tiene piedad con los privilegios, las instituciones establecidas y los hábitos cómodos. [Este] pensamiento [es] indiferente a la autoridad y no le importa la sabiduría acumulada por los siglos. El pensamiento [que] mira al abismo del infierno y no le tiene miedo.»¹

Pero también, el término «dogmático» hace referencia a la labor estrictamente cerrada, ortodoxa, canónica de la disciplina jurídica. Contra esta forma de ver el ejercicio del derecho penal también opongo, en los ensayos que a continuación se ofrecen al lector, mi voto de censura y mi reserva.

¹ Russell, B., *Sobre Dios y la religión*, trad. de J. Fibla, editorial Martínez Roca, Barcelona, 1992, p. 19.

PRÓLOGO DEL AUTOR

Deseo agradecer al Profesor Carlos Antonio Agurto Gonzáles, de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima (Perú) y a Ediciones Olejnik de Chile y Argentina, por haberme invitado a publicar esta obra bajo su sello editorial, y dejo que sea el lector quien juzgue el valor de lo que acá se ofrece.

Avenida Escazú, San José, 25 de mayo de 2017.