

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA CULPABILIDAD¹: REFLEXIONES SOBRE LA DOGMÁTICA PENAL

Dr. JOSÉ HURTADO POZO *

1. Definir qué es el derecho y decidir si la ciencia jurídica es una ciencia son dos problemas que suscitan aún una viva discusión².

Los juristas están generalmente convencidos de que su actividad —estudiar el derecho para hacer más fácil su aplicación— es una actividad de carácter científico. En sus escritos se refieren con frecuencia a la ciencia jurídica o dogmática jurídica y a la doctrina o jurisprudencia.

En Alemania Federal y en los países fuertemente influidos por el pensamiento jurídico germánico, se emplea con asiduidad la expresión “dogmática jurídica” en un sentido positivo. Esta expresión es sinónimo de ciencia. En Francia, por tradición, se utiliza raramente el término “dogmática”³ para designar los trabajos consagrados a exponer e interpretar el derecho. Suponiendo el carácter científico de dichos trabajos, se prefiere hablar de doctrina o ciencia.

¹ El presente trabajo es traducción del texto que preparamos para dictar nuestra lección inaugural, al ocupar la cátedra de derecho penal y de procedimientos penales en la Universidad de Fribourg (Suiza). La versión original ha sido publicada en la *Revue Pénale Suisse* (1987, págs. 23-56). Si bien en un principio pensamos en reelaborar este trabajo, hemos creído conveniente poner al alcance de los lectores de habla española el texto primigenio, ligeramente modificado. Esperamos, en un futuro cercano, dar a la luz una versión en la que se hayan corregido errores y complementado vacíos. Estos nos han sido señalados, particularmente, cuando hemos expuesto nuestras ideas en España (Universidad de Zaragoza) y en Colombia (Universidad de Santo Tomás-Bogotá).

* Profesor de la Universidad de Fribourg (Suiza).

² Al respecto HART dice que son pocos los interrogantes relativos a la sociedad humana planteados de manera tan constante y que hayan sido objeto, de parte de los estudiosos, de respuestas tan dispares, extrañas y aun paradójicas, como la pregunta ¿Qué es el derecho? *The concept of Law*, Oxford, 1961. Traducido por Genaro Carrió: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1965.

³ Es el caso, en particular, de los “*précis*”, “*manuels*” o “*tratados*” consagrados al derecho positivo. En las obras de introducción al derecho, se habla frecuentemente de dogmática jurídica. Esta es definida, por ej., por LEÓN RAUCENT (*Pour une théorie critique du droit*. Gembloux 1975, 16), de la manera siguiente: “La dogmática se propone buscar el sentido de la regla de derecho vigente en un país determinado: es decir, de un lado, fijar la lista de hechos sociales a los que se aplica dicha regla y, de otro lado, precisar lo que esta prescribe en relación con esos hechos. Un estudio de esta índole permite ciertas incursiones históricas o sociológicas, pero estas se encuentran orientadas hacia una mejor aplicación del derecho vigente”.

Al término dogmática se le da igualmente una significación peyorativa⁴. Con este objeto y con base en los progresos realizados por las ciencias sociales, se niega el carácter científico al estudio del derecho. Se reprocha a los juristas su "dogmatismo", su incapacidad para elaborar un sistema susceptible de tener en cuenta los factores sociales e, igualmente, su ineptitud para evitar el formalismo tautológico⁵. Se señala como característica fundamental de su actividad la práctica de análisis extremadamente teóricos tendientes a formular verdades absolutas⁶. Calificar, en consecuencia, a un jurista o al resultado de su trabajo de dogmático, constituye un juicio de valor negativo.

Resulta interesante destacar que, desde este punto de vista, no sorprende que el razonamiento y los métodos de los juristas sean, frecuentemente, comparados con los de los teólogos que estudian y enseñan "dogmática". Se reconocen sus diferencias esenciales; pero se les atribuye una característica común: respetar, por principio, lo que emana de una autoridad: la de la revelación y la de la legislación. El jurista, al concebir el derecho como un conjunto de mandatos legislativos, no se despojaría sin padecimiento del llamado "complejo de Sinaí", complejo que consiste en presentar al legislador como el creador todopoderoso del derecho⁷. LESZEK NOWAK⁸ dice: "parece que la interpretación realizada por un teólogo es una interpretación del mismo tipo. Este admite también sin reserva el principio de la racionalidad del texto analizado que proceda sea de Dios o de la persona reconocida, en la interpretación, como santo, profeta, etc. El teólogo, igual que el jurista, interpreta los textos sagrados a la luz de los conocimientos modernos más dignos de confianza". Concluye NOWAK diciendo: "así como el jurista, el teólogo está listo a atribuir al autor del texto sagrado la jerarquía de valores de más confianza, que es prácticamente la profesada por el intérprete".

⁴ Según WINFRIED HASSEMER (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, 84), "A los juristas se les reprocha haber perdido contacto con la sociedad y con la realidad, así que el término "dogmática" deviene un insulto".

⁵ Cf. UMBERTO CERRONI, *Introduzione alla scienza sociale*, Roma, 1976, 159.

⁶ MARC ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3e éd., Paris, 1981, 211, 215/16. Traducción española: *La nueva defensa social (un movimiento humanista de política criminal humanista)*. Buenos Aires, Edit. La Ley, 1961.

⁷ CESARINI SFORZA, "Dogmática. Teoria generale e filosofia del diritto, Stato di giustizia". *Atti del IV Congresso nazionale di filosofia del diritto. I Relazioni generali*, Milano, 1963, 41.

⁸ "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique", en *Logique et analyse*; Nouvelle série, N° 45, mars 1969, 85. En relación con las ciencias sociales en general, CLAUDE LEVI-STRAUSS dice en su obra *Anthropologie structurale II* (Paris, 1973, reimpresión, 1985, 361): "Prohibiendo toda complacencia, sea de tipo epistemológico, con relación a su objeto, las ciencias humanas adoptan el punto de vista de la inmanencia; mientras que las ciencias sociales, otorgando un destino en particular a la sociedad del observador, atribuyen a esta un valor trascendental. Esto es muy claro en el caso de los economistas que no dudan en proclamar, para justificar la estrechez de su perspectiva, que la racionalidad económica constituye un estado privilegiado de la naturaleza humana, aparecido en un cierto momento de la historia y en un cierto lugar del mundo. Y esto no es menos claro en el caso de los juristas que parten, para describirlo, del postulado que dicho estado no podría cubrir contradicciones. Por esto, también los han comparado a los teólogos".

2. EL empleo del término "dogmática", a veces, para aludir al carácter científico de la actividad de los juristas, y otras veces para negarle dicho carácter, no es siempre el resultado de una reflexión previa⁹. Mediante esta palabra se puede aludir a una manera especial de razonar o al objeto materia del análisis: el dogma¹⁰. Además, este es comprendido ya sea como la expresión de una idea verdadera o ya como la declaración formulada por una autoridad.

El cuestionar la ciencia del derecho (dogmática jurídica) no es sin embargo de naturaleza puramente lingüística. Por esta vía se llega a discutir los fundamentos mismos de la actividad de los juristas y la importancia de su función social. Esto permite comprender más fácilmente el aferramiento de los juristas al defender el carácter científico de sus trabajos¹¹. Lo que no debe hacernos olvidar la lucidez con la que LEVI-STRAUSS¹² confiesa, al final de una vida consagrada enteramente a las ciencias sociales y humanas, "no sentir embarazo alguno en reconocer que entre dichas ciencias y las ciencias exactas o naturales, no se puede simular una verdadera paridad; que estas son ciencias y las otras no lo son; y que si se les designa no obstante de la misma manera, es en virtud de una ficción esquemática y de una esperanza filosófica que no es aún confirmada; en consecuencia de esto, el paralelismo implicado ...revela una representación quimérica de la realidad".

3. En este trabajo intentaremos presentar algunos aspectos de la problemática evocada anteriormente. Nuestro objetivo es comprender mejor, en particular en el dominio del derecho penal, en qué consiste la actividad de los juristas. Presentar, aun esquemáticamente, todos los aspectos de dicha problemática, es imposible.

En primer término trataremos de precisar la temática, de un lado, presentando el contexto histórico de la dogmática y, de otro lado, indagando sobre su significación tradicional; sin dejar de interrogarnos sobre las funciones que le son atribuidas. Para mejor comprender el problema, expondremos brevemente la teoría de la infracción.

⁹ KONRAD ZWIEGERT ("Rechtsvergleichung. System und Dogmatik", en *Festschrift für Bötticher*, 1969, 444) afirma correctamente que "Dogmática es una palabra tanto de un uso muy frecuente como objeto de poca reflexión".

¹⁰ Las nociones de "dogma" y de "dogmática" han sido especialmente analizadas en teología. El adjetivo, comenzó a ser sobre todo utilizado en el siglo XVII en relación con la teología en su parte esencial. Esta última se limita a reunir y a interpretar los documentos de la tradición sin proponer una explicación sistemática. La teología dogmática, según K. RAHNER ("Dogmatik I, Begriff", en *Sacramentum Mundi* I, 917), es la ciencia de los dogmas de la Iglesia, se caracteriza por su método que consiste en presentar y analizar el contenido de la Escritura de modo orgánico, es decir sistemático. Consultar: WOHLMUTH/KOCH, *Leitfaden Theologie*, 1975, 112 y ss.; L. BOUYER, *Dictionnaire théologique*, 2e. éd., 1963, 207/208; PANNENBERG, *Wissenschaftstheorie und Theologie*, Frankfurt 1973, 412 y ss.; KARL BARTH, *Die Kirchliche Dogmatik*, Bd. I, 1. HALBBAND, 7. Aufl. 1955, 280-283; DIETER DE LAZZER, "Rechtsdogmatik" en *Dogmatik und Methode*, 1975, 87. El término *dogma* designa la verdad que el magisterio extraordinario de la Iglesia define como perteneciente a la fe. La concepción reformada desconoce, de una parte, el papel de intermediario de la Iglesia y, de otra, no admite como dogmas el enunciado (eclesial) de la Iglesia como comunidad según la Biblia.

¹¹ CARLOS SANTIAGO NIÑO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, 1974, citado: *Consideraciones*, 15.

¹² *Op. cit.*, 341.

En segundo lugar compararemos la idea que se tiene de la dogmática con la manera concreta de proceder de los juristas. Lo haremos mediante el estudio de tres temas muy atractivos para la dogmática penal: el principio de la legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad.

Esperamos que este análisis comparativo nos permitirá entender mejor la naturaleza de la actividad de los juristas e, igualmente, precisar sus objetivos.

1. BREVE VISIÓN HISTÓRICA

La forma particular de la ciencia jurídica y su método constituyen el resultado de una larga evolución. Sobre el particular, recordemos algunos hechos: antes de la Revolución Francesa, las principales fuentes del derecho penal eran las costumbres y ciertas disposiciones fragmentarias contenidas en las ordenanzas y en los edictos reales¹³. Los criminalistas de aquella época, sobre todo los prácticos, se inspiraron ampliamente en el derecho romano con respecto tanto a la parte general como a la especial del derecho penal. Pero muy pocos autores se interesaron, durante el *Ancien Régime*, por el derecho penal. Solo a comienzos del siglo XVIII, algunos comenzaron a sistematizar las numerosas normas jurídico-penales con el fin de eliminar las incoherencias de la doctrina¹⁴.

El derecho penal del *Ancien Régime* no solo se caracterizó por ser inorgánico sino también por la severidad de las penas, la arbitrariedad de los jueces y la desigualdad en el procesamiento.

Los pensadores del siglo XVIII, y en particular los publicistas, cuestionaron los fundamentos del sistema socio-económico de la época. La Revolución fue precedida por un intenso movimiento de nuevas ideas que promovió, en el ámbito jurídico, la renovación de las leyes y la creación de sistemas jurídicos basados en algunos axiomas fundamentales.

Para elaborar estos sistemas, los juristas no tuvieron en cuenta la imperfecta e incompleta legislación vigente entonces. Su pretensión era que fueran racionales, universales e ideales.

Los trabajos de codificación alcanzaron su apogeo durante el período de formación de los Estados europeos que comportó el ascenso de las burguesías nacionales. El logro más importante de este esfuerzo legislativo fueron los códigos napoleónicos que llegaron a ser considerados como el reflejo, casi siempre, fiel de los sistemas perfectos elaborados mediante la razón. Así, mediante la ley se lograba, al fin, salir del caos legislativo y garantizar el respeto de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos.

¹³ La "Grande Ordonnance" de 1670 era un código de procedimientos penales y no un código penal; cf. PIERRE BOUZAT/JEAN PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, *Droit pénal général*, 2e éd., 1970, 88.

¹⁴ GASTON STEFANI/GEORGES LEVASSEUR/BERNARD BULOE, *Droit pénal général*, 11e éd., 1980, 68.

La ley debía prever por tanto una respuesta a toda cuestión jurídica. Fácil resultó luego admitir que las normas jurídicas eran "dogmas" indiscutibles. Fueron sobre todo miembros de la denominada "escuela exegética" los que defendieron esta concepción del derecho. Inspirados ampliamente por el racionalismo, trataron de hacer del derecho un sistema deductivo copiado directamente de los modelos axiomáticos elaborados por la filosofía¹⁵.

Si Francia tenía su escuela exegética, en Alemania la "escuela histórica"¹⁶, representada por HUGO y SAVIGNY, y el movimiento pandectista, del que WINDSCHEID fue uno de sus promotores, se esforzaron en elaborar una ciencia jurídica racional. PUCHTA y JELLINEK participaron en este empeño mediante la creación de la jurisprudencia de los conceptos¹⁷. Esta ejerció una influencia preponderante en la evolución de la dogmática.

2. DOGMÁTICA TRADICIONAL

Si se consideran las críticas más frecuentes formuladas contra la dogmática, se aprecia que están dirigidas contra ciertos aspectos de la llamada dogmática tradicional. Esperando no caricaturizarla, señalemos resumidamente las notas que se le atribuyen¹⁸.

Primero, concebir el derecho como un sistema perfecto que proporciona soluciones o respuestas a todos los casos jurídicos imaginables.

Segundo, admitir que la ley adquiere —una vez dictada— vida autónoma y que su significado evoluciona de acuerdo con los cambios sociales.

Tercero, considerar como función de los juristas —científicos del derecho— la de describir y fijar esta evolución.

Cuarto, reconocer que la misión del juez o del comentarista se limita a descubrir la regla general que será aplicada al caso concreto.

Según esta concepción los juristas realizan, mediante los métodos propios de su actividad científica, una abstracción de primer orden es decir, a partir del material de base constituido por las normas legales, formulan conceptos jurídicos claros y ciertos. Luego, utilizan estos conceptos para elaborar abstracciones de un nivel superior. El resultado final es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, formado exclusivamente sobre la base de normas jurídicas positivas. Además y

¹⁵ CHAIME PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 1976, 23 s. Traducción de José Luis Díez Picazo; *Logica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, 1979. ALESSANDRO BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, 8-11.

¹⁶ KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5e éd., 1983, 11s. Traducción de la 2ª edición de M. Rodríguez Molinero, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1980.

¹⁷ KARL LARENZ, *op. cit.*, págs. 19s.

¹⁸ CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones...*, ed. cit., 30s; ALESSANDRO BARATTA, *op. cit.*, págs. 6 y ss.; ALF ROSS, *Towards a realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, 1946, 46-48, 62-63; A. CASAMIGLIA, "Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico" en *Metodología y derecho privado, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, N° 22, Granada, 1982, 237.

debido a la complejidad de la aplicación de la regla al caso concreto, deben proceder a la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos jurídicos que forman parte de todo el orden jurídico. Dicho de otra manera, el juez o el intérprete debe ser capaz de sintetizar los elementos ofrecidos por el orden jurídico.

El método dogmático constituye así un proceso de tres etapas: en primer lugar, determinación de las premisas o de los "dogmas", punto de partida del razonamiento dogmático; en segundo lugar, deducción mediante el razonamiento "lógico-deductivo", de los conceptos y principios implícitos en los "dogmas" y, por último, formulación de un sistema completo y coherente.

Una elaboración dogmático-penal, muy apreciada por los juristas, es la teoría de la infracción [*Verbrechenslehre*]. Su evolución constituye un buen ejemplo de la manera como los penalistas consideran que desarrollan una labor de carácter científico. Por esto creemos necesario presentar sucintamente los principales pasos dados por los penalistas en este dominio. Así mismo, esta presentación constituirá una introducción al estudio detallado de los tres temas que hemos escogido, es decir, el principio de la legalidad, la causalidad y la culpabilidad.

3. LA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN

Este aspecto de la labor intelectual de los juristas se percibe mejor al analizar la manera como ellos recurren a la elaboración de "teorías"¹⁹.

Primero es de señalar la ligereza con que este término es utilizado. A veces se tiene la impresión de que los juristas presentan sus opiniones bajo la designación de teorías con la idea de que describen un aspecto de la realidad, el funcionamiento o la naturaleza de una institución o de un concepto jurídicos. En la medida que la descripción concuerde con la realidad, la teoría sería científica.

La llamada *Teoría del delito* aparece, por ejemplo, como la descripción de la infracción penal. La dogmática trata así de ofrecer una definición general válida y necesariamente aplicable a todo derecho positivo. Este enunciado doctrinal, esta teoría sería —luego de haber sido elaborada sobre la base de una ley— aplicable a todas las demás. Esto no podría ser de otra manera puesto que toda ley, para ser eficaz y justa, debe tener en cuenta la descripción objetiva establecida por la teoría. Esta aparente paradoja es propia a la dogmática penal.

Al interior de la teoría de la infracción²⁰ se han elaborado otras teorías o subteorías. Por ejemplo, la teoría de la culpabilidad. De esta manera se habría

¹⁹ CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones...*, 55, 77s; GENARO CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1976, 74.

²⁰ La ley es así considerada como la base sobre la cual la teoría de la infracción debe ser elaborada por ejemplo; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 3e ed., Berlin, 1978, 157 ("La teoría general del delito debe deducirse de la ley"). Traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde; *Tratado de derecho penal. Parte General*, 2 vols. Cf. OSKAR A. GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, 1942, pág. 21. En Francia el análisis de la noción de infracción ha sido hecho según el mismo procedimiento. Así, VIDAL/MAGNOL (*Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, 9e ed., 1947, 76) definen la infracción como la violación de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, producto de un acto externo del hombre, positivo o negativo, socialmente imputable, no justificándose por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho y sancionado con una pena por la ley".

logrado perfeccionar este instrumento conceptual, así como reforzar la idea de que no hay pena sin culpabilidad.

Pero, si es cierto que toda ley penal moderna consagra, más o menos claramente, el principio de la culpabilidad, es también evidente que no todas las leyes han sido formuladas de acuerdo con la misma teoría. El Código Penal suizo fue redactado, por ejemplo, en una época en que la concepción psicológica predominaba. Esto no impide, sin embargo, que se interpreten sus disposiciones a la luz de la concepción normativa o de la teoría finalista.

En la perspectiva de los juristas, estas dos últimas teorías constituirían una explicación más completa del elemento culpabilidad, y, al mismo tiempo, permitirían inferir los criterios que se hayan implícitos en la ley.

a) *En Alemania Federal*. Al centro del derecho penal esta la infracción y, en consecuencia, al centro de la dogmática penal la teoría de la infracción o *Verbrechenstheorie*. Según la definición dogmática de la infracción, esta es una acción humana (comisiva u omisiva), conforme a la descripción hecha por el legislador en la ley penal (tipicidad o legalidad), contraria al orden jurídico (ilícita) y culpable.

Esta definición es calificada de dogmática porque es deducida de la ley penal considerada como dogma. El art. 1º del Código Penal suizo estatuye que la infracción es un acto o una omisión. De acuerdo con esta disposición y aquellas contenidas en la parte especial del Código, el acto inculminado debe estar expresamente descrito en la ley. Los arts. 32 y 34 prevén, a *contrario*, la naturaleza ilícita del comportamiento. Por último, los arts. 11, 12 y 18 norman el problema de la culpabilidad.

¿Cómo se ha llegado a formular esta noción de infracción? A finales del siglo XIX, bajo la influencia de las ideas científicas predominantes entonces, los juristas se esforzaron en descubrir los "elementos naturales"²¹ de la infracción. Las nociones utilizadas procedían de la física o de la biología²². Si es de fijar la fecha —cierto, de modo más o menos arbitrario— en que aparece la teoría de la infracción, sería de considerar, sin duda, la de la publicación del *Lehrbuch* de FRANZ VON LISZT²³. La misma que tuvo lugar diez años después de la entrada en vigor del

²¹ En la historia de la ciencia, es de recordar, p. ej., que la química no tuvo el rango de ciencia sino con el descubrimiento del oxígeno por LAVOISIER y con la elaboración de la noción de "elemento" químico. Respecto a la doctrina francesa, véase a JACQUES-HENRI ROBERT, "L'histoire des éléments de l'infracción", en *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1977, págs. 269-284.

²² Las ciencias naturales lograron entonces convertirse en autónomas en relación con la filosofía natural [*Naturalphilosophie*]. La filosofía botánica o zoológica es remplazada por la botánica o la zoología; la alquimia por la química; etc. Esta evolución supuso la eliminación técnica de las "preconcepciones" mediante el recurso a la investigación experimental e histórica. La reconstrucción metodológica propuesta a la mitad del siglo XIX busca dar a las ciencias humanas las bases independientes de las ciencias naturales, pero inspirándose en su metodología. Véase a UMBERTO CERRONI, *op. cit.*, 29-30.

²³ *Lehrbuch des Strafrechts*, 1e ed., 1881. La traducción francesa (1911) de la 17e ed. alemana de 1908, de R. LOBSTEIN, es todavía muy consultada en Francia. En el mundo de habla hispánica, la influencia de VON LISZT se debe a la traducción de QUINTILIANO SALDAÑA (t. 1) y JIMÉNEZ DE ASÚA (ts. 2 y 3), *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1914-1929.

Código Penal alemán de 1871. Refiriéndose a las ideas de IHERING²⁴, VON LISZT distinguió en su libro las nociones de culpabilidad y de antijuricidad. En 1906, ERNST VON BELING²⁵ propuso un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces la infracción es concebida como una acción humana (controlada) por la voluntad típica, ilícita y culpable. Mediante la expresión “típica”, se hace referencia a la conformidad de la acción con el tipo legal (descripción de dicha acción en la norma penal) *Tatbestand*²⁶. Este último aporte fue, en su época, considerado como un descubrimiento revolucionario. La culpabilidad, aspecto subjetivo del comportamiento (suceso físico exterior), es la relación psicológica existente entre el autor y su acción. La ilicitud o antijuricidad fue explicada con la ayuda del positivismo jurídico, para cuyos representantes el derecho no era sino el conjunto de normas promulgadas por el legislador. El comportamiento es así considerado ilícito cuando viola el derecho positivo.

La descripción naturalista de la infracción fue —conforme al sistema conceptual del positivismo jurídico²⁷— la base de las investigaciones de los juristas. Su esquema (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) ha sobrevivido hasta ahora con ciertas modificaciones en cuanto al contenido de las nociones empleadas. Se puede decir que esta concepción clásica del delito proviene de la idea del positivismo jurídico que se caracteriza, respecto al análisis de los problemas jurídicos, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas [“*Begriffsjurisprudenz*”]. El descrédito de la concepción LISZT-BELING se produce a fines del siglo pasado e inicios del presente. Su abandono progresivo se debió, en primer lugar, a las críticas formuladas a su fundamentos filosóficos²⁸. Estas provenían de la llamada “teoría neokantiana del conocimiento”, cuya idea básica era la separación radical de la realidad [*Sein*] y del mundo normativo [*Sollen*]. La primera conclusión extraída a partir de este

²⁴ *Das Schuldmoment im römischen Strafrecht, Eine Festschrift*, Giessen, 1867.

²⁵ *Lehrbuch vom Verbrechen*, 1906.

²⁶ La tipicidad [*Tatbestandsmäßigkeit*] es así comprendida como la conformidad del acto concreto con la “descripción circunstanciada” del aspecto exterior u objetivo del acto incriminado [*Tatbestand*]. Esta noción es diferente de la que comprende el conjunto de condiciones requeridas por la ley penal y que se asemeja a la noción francesa de “elemento legal de la infracción”.

²⁷ La noción del positivismo es ambigua. La concepción dogmática supone la aceptación del llamado positivismo ideológico o seudo positivismo. Este consiste en reconocer fuerza obligatoria a toda norma legal por el solo hecho de existir. Este aspecto del pensamiento dogmático no impide que los dogmáticos del derecho defiendan ideales provenientes del derecho natural. Cf. NORBERTO BOBBIO, *Il problema del positivismo giuridico*, 1967, 43; ALF ROSS, *op. cit.*, LXI/LVI, 258, 242; CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980, citado: *Introducción*, 322 s., en particular 325/326.

²⁸ Cf. KARL LARENZ, *op. cit.*, 82s. Entre los juristas que aceptaron esta concepción filosófica, se puede citar a GUSTAV RADBRUCH, cuya obra tuvo una gran influencia en el derecho penal: *Rechtsphilosophie*, 3e ed., 1932. Traducción de W. Rocés, *Filosofía del derecho*, México, 1974. Este autor sigue las ideas de EMIL LASK, “Rechtsphilosophie”, en *Gesammelte Schriften*, vol. 1, pág. 310; a HEINRICH RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 1902, y a RUDOLF STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2e ed., 1932. Traducción de W. Rocés, *Tratado de filosofía del derecho*, México, 1980.

criterio fue la constatación de que no se podía, de un análisis empírico de la realidad, establecer una medida normativa idónea para apreciar axiológicamente dicha realidad. La noción de infracción fue, de esta manera, analizada en consideración a los fines axiológicos del derecho penal. Fines que no están plenamente previstos en la ley, contrariamente a lo que pensaban los partidarios del positivismo jurídico.

La nueva definición del delito, denominada neoclásica o teleológica²⁹, se funda en tres “descubrimientos” esenciales. Primero, en el dominio de la “tipicidad”, la determinación de los elementos normativos del tipo legal [*Tatbestand*]. Segundo, la constatación de que la antijuricidad es tanto material (violación de bienes jurídicos) como formal (violación de normas). Tercero, el reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad. Esta constituye un reproche contra quien libremente actúa contra el orden jurídico.

Los defectos de esta concepción fueron criticados por la “teoría finalista”³⁰. A la distinción radical entre el mundo normativo y la realidad concreta defendida por el neokantismo, HANS WELZEL opone dos ideas básicas; primero, la de las “estructuras lógico-objetivas” previas a toda regulación jurídica y, segundo, la de la “naturaleza de las cosas”. Según WELZEL³¹, el comportamiento humano debe ser tomado en cuenta por el legislador al elaborar las normas legales. La idea clave de esta concepción es la referente a la acción humana. Esta es caracterizada esencialmente por su estructura finalista. Esto significa que su autor tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en relación con ellos. La capacidad del autor está en relación con sus posibilidades de prever las consecuencias de su acto y con el conocimiento que tiene de la causalidad.

Los criterios de WELZEL implican variaciones esenciales en la sistemática de los elementos de la infracción. La tipicidad no puede ser más concebida como la descripción objetiva del acto incriminado. Debe también comprender su finalidad para llegar a integrar sus aspectos esenciales. Por esto, resulta indispensable prever junto al tipo legal objetivo un tipo legal subjetivo.

En los delitos intencionales, la finalidad de la acción —que no es otra cosa que la intención o dolo— constituye el elemento central del tipo legal subjetivo.

²⁹ Véase a EDMUND MEZGER, *Strafrecht, I, Allgemeiner Teil*, 3 Aufl., 1949. Traducción de J. A. Rodríguez Muñoz. *Tratado de derecho penal*, vol. 2, Madrid, 1935. La tercera edición fue traducida por J. A. Rodríguez Muñoz (vol. 1) y Quintano Ripollés (vol. 2). Madrid, 1955-1957. El vocablo “neoclásico” ha sido utilizado por HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 163.

³⁰ HANS WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4 Aufl., 1961, cit.: *Das neue Bild: Aktuelle strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, 1953. Traducción de José Cerezo Mir, *El nuevo sistema de derecho penal*, Barcelona, 1964. “Die deutsche strafrechtsdogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre”, en *JuS*, 1966, pág. 421; NIESE, *Vorsatz, Finalität und Fahrlässigkeit*, 1951; PIOTET, “La doctrine dite finaliste de l’infraction”, *RPS* 71 (1956) 385; GÜNTER STRATENWERTH, “Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht”, *RPS* 80 (1965) 179.

³¹ *Das deutsche Strafrecht*, 10e aufl., 1967, 30. Traducción (11ª ed.) de Juan Bustos y Sergio Yañez, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile. Cf. ARTHUR KAUFMANN, *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965.

Junto a la intención, los elementos de naturaleza subjetiva (por ejemplo, el móvil) llegan a ser, de esta manera, partes integrantes de la tipicidad.

Las modificaciones en el dominio de los delitos culposos han sido igualmente importantes. La nueva estructura de la tipicidad hace necesario que se distinga claramente entre las infracciones dolosas y las culposas. La naturaleza ilícita de estas últimas no puede ser reducida al hecho de causar un resultado perjudicial para un tercero. Para completar este vacío, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber general de no dañar los intereses jurídicos de los demás.

La concepción finalista logra así eliminar de la noción de culpabilidad los elementos psicológicos que habían sido conservados por la concepción neokantiana y cuyo origen se encuentra en las tesis positivistas. La culpabilidad es, en consecuencia, concebida como un puro juicio de reproche formulado contra el autor del acto típico.

Además el finalismo obligó a explicar, separadamente, las infracciones de omisión pues su naturaleza especial exigía un análisis específico. Así, se afirma la diferencia substancial que existe entre las infracciones de comisión y las de omisión. Estas constituyen siempre la no realización de un comportamiento exigido por el orden jurídico. La naturaleza normativa del comportamiento omisivo impone la revisión de cada uno de los elementos de la infracción. Los "descubrimientos" del finalismo permitieron, de alguna manera, la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias al neoclacismo.

En los trabajos de estos últimos años se advierte una renovación de la teoría de la infracción. La nota esencial es el abandono del razonamiento axiomático-deductivo del finalismo. Autores, como ROXIN³², tratan de renovar la noción de infracción recurriendo a criterios que presuntamente se encuentran en la base de todo sistema penal racional y liberal. Esta nueva orientación se inspira en los progresos incontestables efectuados en el dominio de la política criminal y de la criminología.

b) *En Francia.* En este país los juristas también han elaborado una noción de infracción. Sus elementos tienen diversos orígenes y han sido concebidos en periodos distintos. En una primera etapa se afirmó que todo delito estaba formado por dos elementos: de un hecho que constituía el aspecto material del delito y de la intención, previa al hecho y determinante de la moral. Esta idea, inspirada por la filosofía cartesiana, comportó la distinción, en el sentido clásico, de la *imputatio facti* y de la *imputatio iuris*. Los juristas franceses lograron por esta vía sistematizar una concepción global de la infracción. Según JACQUES HENRI ROBERT³³, fue VÍCTOR MOLINIER quien, en 1851, inventa esta sistemática. Retomando las

³² *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2 Aufl., 1973. Traducción de F. Muñoz Conde, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Barcelona, 1972. GÜNTER JAKOBS, *Strafrecht*, A. T., 1983, citado: *Strafrecht*; cf. W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und kriminalpolitik*, 1974, 133-142; GÜNTER STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, 30. Traducción de E. Baciagupo, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, 1982. BERND SCHÜNEMANN, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, 45.

³³ *Op. cit.*, pág. 273.

palabras del presidente Barris, según ROBERT, MOLINIER afirmó: "Todo hecho inculpativo y penado mediante la ley presenta dos elementos: un elemento material constituido por los actos externos; un elemento puramente moral, referente al autor y que constituye la culpabilidad".

A estos dos elementos se agregó posteriormente el llamado "elemento legal": la violación de la ley. Este elemento es condición indispensable para la realización de la infracción. Así, la infracción es definida con base en el "célebre trío de elementos": legal, material y moral.

En la doctrina francesa este análisis clásico ha sido ampliamente aceptado. Sin embargo, no se lo ha dejado de criticar.

Ciertos autores rechazan el elemento legal. Según ellos, en primer lugar, el hecho de admitirlo significaría que la ley es parte de la infracción. En segundo lugar, decir que es un elemento de la infracción, "no es más que una manera de hablar, y no la mejor para recordar el principio de la legalidad de las infracciones"³⁴.

Otros juristas, al mismo tiempo que excluían el elemento moral, agregaron a la noción de infracción el elemento injusto. Fue GARRAUD quien tomó la iniciativa al explicar, influido por las ideas germánicas, que la infracción envuelve también la violación del bien jurídico protegido por la norma. En realidad, según GARRAUD, el elemento injusto no es sino una condición negativa: el acto inculpativo no es justificado por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho³⁵.

La negación del elemento moral de la infracción fue sin duda condicionada por el hecho de que los juristas consagraban al análisis de la personalidad del delincuente un capítulo separado del dedicado al estudio de la infracción. La índole psicológica de dicho análisis hizo superfluo el análisis del elemento moral como factor constitutivo de la infracción.

El retorno al "trío de elementos" solo fue posible gracias a una reestructuración del elemento moral. Con parte del material perteneciente a este elemento (estudio de la irresponsabilidad y de los menores) se elaboró la teoría del delincuente, concebida independientemente de la de la infracción. Los demás aspectos (dolo, error, coacción, etc.) fueron considerados como la materia del elemento moral. El desinterés de la doctrina por el elemento moral, en opinión de ROBERT, no fue sino "pasajero"³⁶.

La doctrina penal francesa es frecuentemente juzgada negativamente por los dogmáticos germanos y por quienes están bajo su influencia. Es de reconocer, sin embargo, que existe un desconocimiento recíproco. Este resulta de la historia y de la tradición cultural de cada una de las dos naciones.

Las dos concepciones jurídicas de la infracción divergen claramente. Existen entre ellas, sin embargo, semejanzas en cuanto al método y las técnicas utilizadas

³⁴ ROBERT VOUIN, *Manuel de droit criminel*, Paris, 1949, 231.

³⁵ RENÉ GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. II, 3e éd., Paris, 1914, núm. 433; *Précis de droit criminel*, 15e éd., 324s.

³⁶ JACQUES-HENRI ROBERT, *op. cit.*, 180.

para sistematizar las nociones obtenidas mediante la abstracción. Nada sorprende entonces que ambas formas de análisis sean criticadas por un abuso de formalismo jurídico y, en consecuencia, por su rechazo a tener en cuenta la realidad social. Un estudio comparativo de las doctrinas francesa y alemana sobrepasa los límites del presente estudio. Nos limitaremos, en particular, a reflexionar sobre la dogmática penal germana, de mayor influencia en nuestro derecho que la doctrina francesa.

¿Es posible, a partir de esta descripción de la teoría de la infracción, enjuiciar seriamente la dogmática penal? No, con toda certeza. Resulta, por tanto, necesario observar de más cerca en que consiste el análisis practicado por los penalistas.

4. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

a) *Consecuencias*. El principio de la legalidad, “no hay crimen, no hay pena sin ley” es de origen político³⁷. Después de su consagración en la legislación revolucionaria francesa, fue acogido en casi todos los códigos penales y constituciones.

De acuerdo con su significado primigenio, la consecuencia principal para el legislador fue la obligación de describir con precisión los actos incriminados. Es decir, de indicar con exactitud, en la ley, cuáles son los actos penalmente prohibidos. De esta manera se reconocía a cada uno el derecho de saber cuáles son los actos permitidos y cuáles los prohibidos. El incumplimiento de dicha obligación constituye una injusticia y es contraria a la concepción liberal del derecho penal.

Para el juez, significó el ser fiel a la ley. Según MONTESQUIEU, el juez no es sino la “boca que pronuncia las palabras de la ley”. El efecto inmediato fue la prohibición de interpretar la ley o la obligación de hacerlo restrictivamente.

b) *Evolución*. Influidos por la evolución social y por los nuevos conocimientos jurídicos, los penalistas han debido flexibilizar las consignas deducidas del principio de la legalidad.

Un factor debe ser necesariamente mencionado: el reconocimiento de la naturaleza específica del lenguaje³⁸, como medio de transmisión de las prescripciones legales. El lenguaje no es el instrumento preciso que se creyó utilizar cuando se estimó que las leyes debían ser redactadas en un lenguaje popular y claro. Por el contrario, se trata de un instrumento imperfecto para describir o reproducir con la exactitud deseada la realidad de la que se habla. Además, las normas legales no son sino fórmulas generales elaboradas mediante un proceso bastante complejo de abstracción y de concretización.

Hoy en día, los juristas afirman aun la necesidad de conservar y de reforzar el principio de legalidad como garantía de los derechos de la persona frente al

³⁷ MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et punir*, 1975, 98. Traducción: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid, 1982.

³⁸ El análisis del lenguaje ha influido mucho los estudios jurídicos. Es el caso sobre todo de la llamada “filosofía analítica”. Sus orígenes están en los trabajos de WITTGENSTEIN: primero su *Tractatus logico-philosophicus*, luego sus *Philosophische Untersuchungen*. Cf. ALF ROSS, *op. cit.*, XXIV, 108; GENARO CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1968.

poder punitivo del Estado. Lo utilizan, igualmente, como criterio para determinar si una legislación, en la medida que lo admite o desnaturaliza, es justa y liberal. Sin embargo, admiten al mismo tiempo, de una parte, que el legislador describa bastante esquemáticamente los actos prohibidos y, de otra parte, que es indispensable reconocer al juez un amplio poder de apreciación en relación con la aplicación de la ley.

c) *Ejemplo Suizo*. Suiza³⁹ constituye un caso muy interesante de la evolución del principio de legalidad. Esta evolución ha sido, en principio, facilitada por el hecho de que las leyes son redactadas en los tres idiomas oficiales y que los diferentes textos no coinciden siempre de manera perfecta. Según un criterio formalista y de acuerdo con el sentido originario del principio de la legalidad, se debería admitir que el texto aplicable debería ser el redactado en la lengua materna del procesado; pues mediante la ley se trata de decir a las personas lo que es permitido y lo que es prohibido. La doctrina y la jurisprudencia rechazan este criterio. El Tribunal Federal ha afirmado, por ejemplo, que el juez no está obligado a aplicar la versión redactada en la lengua materna del acusado, sino aquella que contiene el texto “justo” de la “ley”⁴⁰.

De esta manera se plantea el problema del papel que desempeña el texto de la ley. Este es el medio de comunicación —más o menos fiel— del pensamiento de quien lo estatuye. Los textos legales contienen, por tanto, mandatos del órgano constitucionalmente competente para dictarlos. En sus fundamentos, el principio de legalidad supone la claridad y la precisión de la ley. Una gran parte de la doctrina, en particular la doctrina alemana⁴¹, admite que el límite de la interpretación está constituido por el “posible sentido” del texto legal. En Suiza, DESCHENAUX⁴² sostiene que “el sentido literal posible, es decir la pluralidad de sentidos comprendidos por el texto representa el límite de la interpretación. Sobrepasarlo implica colmar las lagunas de la ley”.

Considerar la letra de la ley como límite de la interpretación es, empero, un criterio rechazado por la doctrina dominante en Suiza⁴³, donde se admite generalmente el método objetivo que considera, en primer lugar, la ley independiente de la voluntad del legislador y estima, luego, que el sentido de la ley evoluciona

³⁹ Ver OSKAR GERMANN, *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch*, 1953, I, 8 zu Art. 1; HANS SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, 4e éd., Berne 1982, I, citado: *Einführung*, 52; GÜNTER STRATENWERTH, “Zum Streit der Auslegungstheorien”, en *Festschrift für O. A. Germann*, 1969, 257; PETER NOLL, “Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht”, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 93 (1974) II 249.

⁴⁰ RO 69 IV 180 / JdT 1943 IV 117; 72 IV 182 / JdT 1947 IV 146; 76 IV, 241 / JdT 1950 IV 121s.

⁴¹ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 126.

⁴² “Le titre préliminaire du Code civil”, en *Traité de droit civil suisse*, II, 1, Fribourg, 1969, citado: “Titre préliminaire”, 76.

⁴³ OSKAR GERMANN, *Methodische Grundfragen*, Bale, 1946, citado: *Grundfragen*, 16s; *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, Berne, 1965, 66s; ADOLF KELLER, *Die Kritik Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, Zürich, 1960, pág. 180s. Cf. CLAUS TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, 174s.

conforme al desarrollo de las circunstancias sociales. En esta perspectiva, "la ley será —anota críticamente DESCHENAUX⁴⁴— como una envoltura cuyo contenido se transformaría bajo la influencia de las nuevas ideas y necesidades".

d) *Interpretación*. Esta manera de interpretar permite alcanzar una notable independencia en relación con el texto de la disposición legal. Se le considera como la expresión o el portador del sentido de la norma legal. Fijar su sentido verdadero es, justamente, la misión del intérprete cuyas conclusiones pueden perfectamente ir más allá del sentido (estrictamente) literal de la ley. El sentido posible del texto legal no representa más el límite de la interpretación. Un examen detenido de la jurisprudencia muestra que, según el Tribunal Federal⁴⁵, la ley puede tener un significado diferente del que expresa su texto literal. De donde se desprende que el catálogo de infracciones, consultado para establecer el carácter delictuoso de un comportamiento, comprende, además de una incriminación expresa [*Gesetztabestand*], otra incriminación que se obtiene mediante una "justa interpretación de la ley" [*Auslegungstatbestand*]. En consecuencia, el "acto conforme al [*Auslegungstatbestand*]" es punible como si hubiera sido expresamente reprimido por la ley en el sentido del art. 1^o⁴⁶.

Así el art. 144 del Código Penal prevé que "quien haya adquirido, recibido en donación o en prenda, disimulado o ayudado a negociar una cosa, que sabía o debía presumir haber sido obtenida mediante una infracción penal, será penado...". Según, diversas decisiones del Tribunal Federal, esta disposición debe ser entendida como si hubiera sido redactada de la manera siguiente: "quien haya adquirido, recibido en donación, en prenda o en préstamo⁴⁷, disimulado o impedido de recobrar⁴⁸, ayudado, a negociar, a ofrecer o a consumir una cosa, que sabía...".

Otro ejemplo significativo es el célebre caso Nehmad⁴⁹. Esta persona se negó a devolver 30.000.00 francos que le habían sido registrados equivocadamente en su cuenta corriente. Se trataba entonces de saber si podía aplicársele el art. 141 del C. P., que reprime el "détournement de crédits" (apropiación indebida de cosa adquirida por error o caso fortuito).

El criterio generalmente admitido por el Tribunal Federal era de considerar como "cosa" solo los objetos corporales y los documentos de valor, pero no los derechos ni los créditos⁵⁰. En el asunto Nehmad, el Tribunal varió su opinión. En su decisión es de destacar dos constataciones: primero, que nada se opone a que se dé al término "cosa" un sentido diferente en derecho penal y en derecho

⁴⁴ "Le titre préliminaire", 79.

⁴⁵ RO 95 IV 73 / JdT 1969 IV 82.

⁴⁶ PHILIPPE GRAVEN, texto mimeografiado, *Fascículo 1*, Genève, 1985, 90. El ejemplo que citamos después es también del mismo autor.

⁴⁷ RO 68 IV 137 / JdT 1943 I 218.

⁴⁸ RO 83 IV 148 / JdT 1957 IV 105.

⁴⁹ RO 87 IV 115 / JdT 1962 IV 11.

⁵⁰ RO 81 IV 158 / JdT 1956 IV 40.

civil; o más a ún, en diversas normas de la misma rama del derecho; segundo, que en derecho penal ningún método de interpretación está excluido, pues basta con recurrir al que permite, en el caso particular, definir mejor el verdadero sentido de la norma. El Tribunal Federal concluye, en el caso Nehmad⁵¹, por la aplicación del art. 141, afirmando que el art. 1^o del C. P. no se opone a que en materia de *détournement* se dé a la palabra "cosa" un sentido que corresponda a la evolución de la vida económica y que sea más amplio que aquel expresado inicialmente por el legislador. Esta disposición permite una interpretación conforme al verdadero sentido de la ley; el mismo que se deduce de su texto, de su lógica interna y de su finalidad.

Si recordamos que la dogmática tradicional es caracterizada, primero, por concebir el derecho como un sistema que da respuesta a todo problema jurídico y, segundo, por considerar que la ley una vez promulgada adquiere vida autónoma, bien podríamos decir que la interpretación de la ley practicada por el Tribunal no hace, en realidad, sino descubrir el verdadero sentido que está oculto en el texto legal. Este material no es sin embargo considerado como base y límite de la labor interpretativa, sino como un punto de partida para renovar su sentido hasta comprender casos que no habían sido previstos originalmente. Esto permite comprender la opinión de GERMANN⁵², quien dice: "La valoración que se encuentra a la base del art. 141, en relación con los casos típicos, debe ser aplicada también al caso similar aquí tratado; pues si bien este no es comprendido por el texto legal entendido en el sentido convencional, resulta siéndolo mediante una interpretación que tiene en cuenta la realidad económica; la misma que es más conforme a las «necesidades» del Código Penal".

Si, por el contrario, se niega que la interpretación consista en deducir el sentido implícito de la ley, sería de preguntarse si esta manera de interpretar no supone una modificación de la ley, ¿nos encontraríamos finalmente frente a una nueva disposición legal? Los autores que no están de acuerdo con el criterio aplicado por el Tribunal Federal en el caso Nehmad, responden afirmativamente. Según SCHWANDER⁵³, mediante los diversos métodos de interpretación se puede hacer variar el alcance de la ley; pero únicamente dentro del marco establecido por el legislador. Puesto que si se comienza, dice este autor, a extender la noción de "cosa" hasta comprender los "créditos pecuniarios", ¿por qué no comprender también todos los derechos patrimoniales? En la opinión de SCHUBARTH⁵⁴, el procedimiento interpretativo empleado por el Tribunal Federal constituye un buen ejemplo de abuso a que puede conducir la aplicación del método objetivo. El hecho de referirse a los valores que inspiran la ley, a la *ratio legis*, comporta el riesgo

⁵¹ RO 87 IV 118 / JdT 1962 IV, 12-13.

⁵² "Zum Straftatbestand der Unterschlagung", RPS 77 (1962) 415. Cf. HANS SCHULTZ, "Der Begriff der Sache im Strafgesetzbuch Art. 169", RPS 72 (1957) 51.

⁵³ VITAL SCHWANDER, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2e éd., Zürich 1964. N. 333a, 533b, 545a y 548b.

⁵⁴ "Reformbedürftigkeit der Vorschriften über die Aneignungsdelikte?", RPS 87 (1972) 29 y 295.

de "considerar como la *ratio legis* el resultado deseado y, luego, constatar con satisfacción que, mediante la interpretación, se ha logrado determinar el «resultado deseado».

En derecho penal es frecuente encontrar problemas de interpretación similares a los que venimos de evocar.

Al centro del debate doctrinal y de la argumentación practicada por los jueces, se encuentra sobre todo el respeto al principio de la legalidad. Este fija el límite de la actividad creadora del juez penal. A falta de disposición legal escrita o de una norma consuetudinaria, el juez no puede estatuir "según las reglas que él establecería si hubiese tenido que legislar" (art. 1º, al 2º *in fine* del C. C.); ya que se prohíbe precisamente al juez crear nuevas infracciones. La interpretación no puede ser utilizada para burlar esta prohibición.

Para comprender mejor la práctica interpretativa del Tribunal Federal, resulta conveniente recordar la concepción según la cual el legislador es siempre racional. En países como Suiza, donde la imagen del legislador se ha despersonalizado notablemente, se llega a aceptar con naturalidad que el "orden jurídico" se caracteriza también por ser racional y sistemático.

5. RACIONALIDAD DEL LEGISLADOR

Propio de los juristas es creer que la ley prevé un gran número de casos y, así mismo aquellos que el legislador no podía imaginar al momento de elaborar y promulgar la ley. Esto ha sido claramente aceptado por los defensores de la concepción conceptualista, al admitir la ficción según la cual el legislador obra siempre racionalmente⁵⁵: el legislador es concebido como un ser excepcional, todopoderoso, onnisapiente, justo, dotado de un gran sentido práctico y destinado a crear obras de una gran coherencia.

En verdad casi no existen juristas que defiendan abiertamente esta imagen ideal del legislador racional. Pero esta ficción sobrevive aún en el razonamiento jurídico actual.

El filósofo del derecho, LESZEK NOWAK⁵⁶, explica este hecho diciendo: el principio de la racionalidad "es admitido, por ejemplo, por los economistas que examinan la actividad de las empresas industriales... En todo caso, el economista verifica el principio de la racionalidad de las personas implicadas (empresarios); si lo acepta, lo hace condicionalmente, pues tiene siempre en cuenta la posibilidad de rechazar ese principio en caso que la verificación resulte negativa. Sucede, en consecuencia, que el economista proclame ciertas tesis basadas sobre la hipótesis que las personas, por él consideradas, se comporten de modo irracional. La función social de los

⁵⁵ No se trata evidentemente del legislador real (persona o conjunto de personas) que, en el marco de un sistema jurídico dado, tiene el deber de dictar normas. El legislador llamado "racional" es una criatura imaginaria; es decir, un ser ideal, "caracterizado por los postulados de la teoría del comportamiento racional, presupuesto por la cultura jurídica dada"; LESZEK NOWAK, "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique", en *Logique et analyse*, mars 1969, núm. 45, pág. 81.

⁵⁶ *Op. cit.*, 82-83.

juristas —continúa NOWAK— excluye esta posibilidad. El jurista no considera el principio de la racionalidad del legislador como una hipótesis que debería ser verificada y, en caso de resultado negativo, rechazarla. La tesis de la racionalidad del legislador real es, para un jurista, un principio casi hipotético que admite dogmáticamente sin esforzarse de verificarlo. Dicho de otra manera, concluye NOWAK, ningún jurista admite como tesis que para justificar una afirmación sea necesario admitir —al menos implícitamente— que un legislador real es irracional".

Por ejemplo, ¿cómo se justifica que las normas referentes a las medidas de seguridad o al procedimiento deben ser aplicadas retroactivamente? El argumento decisivo consiste en afirmar *a priori* que las nuevas normas son mejores que las derogadas, pues se estima que el legislador ha tomado en cuenta el *dernier cri* de las ciencias humanas o que ha buscado acelerar la administración de justicia. La situación no es diferente cuando se afirma que dichas normas son siempre establecidas en favor del procesado. En este caso, se sobreentiende que la decisión del legislador es también forzosamente racional. Con base en estas ideas, las nuevas disposiciones son automáticamente aplicadas, en el dominio de las medidas de seguridad y del procedimiento, sin tener en cuenta las desventajas que podrían representar para el procesado⁵⁷.

El análisis de la actividad de los penalistas, que venimos de realizar, nos permite destacar: de una parte, que restauran, mediante la confirmación del principio de la legalidad, el papel esencial de las normas jurídicas como base de sus elaboraciones dogmáticas; de otra parte, que se atribuyen una gran libertad para interpretar y completar la ley. Hechas estas precisiones cabe preguntarse si es correcto afirmar que el resultado final de la actividad dogmática es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, elaborado exclusivamente sobre la base de normas jurídicas positivas. Más aún, es de interrogarse si es justo afirmar que los penalistas consideran la ley como un dogma indiscutible e intocable.

6. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

a) *Teorías*. Si la ley penal prevé que la acción o la omisión produzca un resultado, se admite que la infracción (por ejemplo, homicidio, lesiones) solo se consuma si se produce un perjuicio (por ejemplo, muerte, daño corporal). En este caso, es necesario indagar si existe una relación de causa a efecto entre el comportamiento

⁵⁷ PAUL LOGOZ (LOGOZ/SANDOZ, *Commentaire du code pénal suisse*, P.G., 2e éd., 1976, 36), dice, por ejemplo: "Con ocasión de una revisión o de la introducción de una nueva ley, se admite que las nuevas medidas o las revisadas, que tienen en cuenta las experiencias pasadas, son más adecuadas: son pues estas las que se aplicarán, como lo ha decidido el Tribunal Federal; cf. sobre todo RO 91 I 921 ss". Según GÉRARD PIQUERIZ (*Traité de procédure pénale bernoise et jurassienne*, t. 1, 1983, 46): "Se admite de modo general que la adopción de una nueva ley procesal o una revisión aun parcial tiene por objeto asegurar una mejor administración de justicia y que debe también ser presumida como hecha en favor del interés del individuo y de la sociedad, razón por la que conviene aceptar el principio de la aplicación inmediata..."

del autor y el resultado. Contenga o no la ley una norma que describa esta relación de causalidad, es de precisar las condiciones que permitan admitir su existencia. La legislación suiza no contiene norma de dicha naturaleza. Veamos cómo ha sido resuelto este problema por la doctrina y la jurisprudencia.

Su punto de partida es la constatación de que en la vida todo suceso es precedido de circunstancias que se encadenan las unas con las otras. Es decir, todo acontecimiento tiene su causa⁵⁸. La noción científica de causa no sería otra que la establecida por las ciencias naturales. Según DESCHENAUX⁵⁹, "en principio, el derecho no tiene sino que recepcionar la noción de causa formulada por los científicos". En este sentido, el resultado debe ser considerado como causado por el comportamiento, ya que es suprimido hipotéticamente este último desaparecería igualmente el resultado. Se trataría pues de una relación natural o necesaria entre el resultado y su causa (circunstancia anterior). En doctrina⁶⁰, se denomina a esta concepción "causalidad natural" o de la "equivalencia de las condiciones". El Tribunal Federal⁶¹ habla de "causa natural".

Para evitar los excesos a que conduce necesariamente la teoría de la causalidad natural, los juristas han tratado de fijar criterios limitativos. Así, la doctrina⁶² y la jurisprudencia⁶³ helvéticas la han completado acudiendo a la teoría de la causalidad adecuada. Según esta concepción es de constatar, en primer lugar, que el comportamiento es la causa natural del resultado. En segundo lugar, se debe precisar, en el caso concreto, si dicho comportamiento es idóneo, de modo general, para provocar un daño de tal naturaleza o si, por el contrario, no es sino el efecto de una circunstancia extraordinaria. Se trata, en realidad, de determinar en qué circunstancias el comportamiento del procesado (una de las causas naturales) puede ser considerado como la causa del resultado.

La teoría de la causalidad adecuada no constituye, de acuerdo con la concepción tradicional de las ciencias naturales, una teoría sobre la causalidad.

⁵⁸ PIERRE GIOVANNONI, "La causalité dans la responsabilité civile extra-contractuelle", ZBJV 98 (1962) 249 ss.

⁵⁹ "Norme et causalité en responsabilité civile", en *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse*, Bale, 1975, citado: "Causalité", 408. En la evolución de las ciencias naturales, la substitución de la idea de la "causalidad natural" permite, según H. HUXLEY, el progreso de las ciencias modernas. Los fenómenos naturales son entonces considerados como una sucesión continua de causas y efectos. El objeto de las ciencias es el descubrimiento de este encadenamiento. Citado por UMBERTO CERRONI, *op. cit.*, 31, note 31. Ahora, se habla del abandono de esta noción científica de causalidad. Se prefiere hablar de constatación de relaciones funcionales regulares. Cf. HANS WALDER, "Die kausalität im Strafrecht", RPS 92 (1977) 122 y la bibliografía citada en la nota 14.

⁶⁰ PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht*. A. T. 1, Zürich 1981, citado: *Strafrecht*, 70; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, A. T. 1, Berne, 1982, citado: *Strafrecht*, § 9, núm. 23 s.; VITAL SCHWANDER, *op. cit.*, núm. 34; HANS WALDER, *op. cit.*, 118.

⁶¹ Por ejemplo RO 94 IV 26 / JdT 1968 I 416s; 73 IV 232 / JdT 1948 IV 58; 91 IV 118 / JdT 1965 IV 130s; 95 IV 142 / JdT 1970 I 453.

⁶² GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht*, § 9, núm. 26s; VITAL SCHWANDER, *op. cit.*, núm. 135; HANS WALDER, *op. cit.*, 145; LOGOZ/SANDOZ, *op. cit.*, 63; PETER NOLL, *Strafrecht*, 71.

⁶³ RO 78 IV 7 / JdT 1952 IV 134s; 91 IV 117 / JdT 1965 IV 130; 100 IV 279 / JdT 1975 I 422, 455; 103 IV 291 / JdT 1979 IV 69 s.

Ante las insuficiencias de las dos teorías presentadas, los especialistas siguen tratando de precisar el criterio que permitiría resolver con más claridad los problemas referentes a la causalidad. Es el caso de la llamada "teoría del riesgo"⁶⁴ [*Risikoerhöhungstheorie*].

Conforme la opinión de sus defensores (NOLL, ROXIN, STRATENWERTH, el comportamiento del autor sería causa del resultado si crea el riesgo de que el resultado se produzca o si aumentan las probabilidades de su realización.

b) *Críticas*. El estudio detenido de la jurisprudencia penal permite constatar que los esfuerzos realizados hasta ahora no han podido proporcionar a los jueces los medios suficientes para solucionar los problemas de la causalidad. Sin embargo, es de reconocer que las dificultades solo surgen, prácticamente, en los casos límites. Estos son sobretodo frecuentes en el dominio de las infracciones culposas. Por ejemplo⁶⁵, estacionar un automóvil al borde de una carretera principal, muy transitada y donde se conduce de manera veloz, puede impedir a los demás conductores una visión clara de lo que sucede al borde de la carretera. Considerar dicho obstáculo como causa del accidente del que es víctima un peatón que intenta cruzar la avenida a la altura del vehículo estacionado, no resulta tan evidente. Nadie duda, por el contrario, que el hecho de tirar con un arma de fuego a la cabeza de una persona constituya la causa de su muerte. Sería incorrecto pensar, sin embargo, que los problemas de causalidad solo se dan en relación con los actos culposos.

Cuando se trata de delitos intencionales, la teoría de la equivalencia de las condiciones se halla implícita en la base del análisis jurídico. De acuerdo con el esquema fundado en el modelo de las ciencias naturales, parece así "natural" considerar como causa de la muerte el acto de disparar sobre la víctima.

Por el contrario, si se ignora la causa del resultado, es decir, si el hecho precedente no es reconocido como idóneo para provocar el resultado, la teoría de la equivalencia de las condiciones resulta incapaz de explicar la relación de causalidad⁶⁶. Por ejemplo, ¿es de considerar como causa de los daños ocasionados al feto el medicamento que —por prescripción médica— ingirió la madre durante el embarazo? Dudas surgen igualmente cuando el resultado es efecto de varios sucesos simultáneos. La víctima muere, por ejemplo, apuñalada por tres individuos que actúan al mismo tiempo.

Los correctivos utilizados para eliminar las imprecisiones de la teoría de la equivalencia de las condiciones no han dado los resultados esperados. La concepción de causalidad adecuada supone, como ya lo hemos indicado, el abandono de los

⁶⁴ CLAUD ROXIN, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en *Festschrift für R. Hönl*, 1970, 132; PETER NOLL, *Strafrecht*, 72; GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht*, § 9 núm. 31. Traducción de Gladys Romero, *Derecho penal. Parte general. T. 1, El hecho punible*, Madrid, 1982. HANS-JOACHIM RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, A. T., 2e éd., 1977, ver § 1, núm. 65.

⁶⁵ RO 90 IV 230 / JdT 1965 I 425; 95 IV 139 / JdT 1970 I 453; 91 IV 117 / JdT 1965 IV 130.

⁶⁶ PETER NOLL, *Strafrecht*, 70; HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 226. Cf. FEDERICO STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazioni causale nel diritto penale*, 1975, 22s.

critérios puramente naturalistas en favor de criterios normativos⁶⁷. Estos criterios, substitutos de los criterios naturalistas propios de la teoría de la causalidad natural o de la equivalencia de las condiciones, no son sin embargo suficientemente claros. Su imprecisión es debida a la carencia de pautas para establecer con cierta facilidad “el carácter excepcional o no de la relación causal”. Dicho de otra manera, para decidir si el acto “era adecuado para, en el curso ordinario de las cosas, causar el resultado”.

Evidentemente, estas nociones no pueden ser precisadas de modo absoluto. El Tribunal Federal decide en esta materia con gran libertad de criterio. En su opinión, para apreciar el desenvolvimiento de los hechos, el juez debe observarlos como lo haría un observador neutro, con la experiencia necesaria en la vida y en las cosas. Pero, ¿cuáles son los conocimientos que este observador neutro debe poseer? Según el Tribunal Federal, es necesario, a veces, que posea los conocimientos de un experto. En este sentido, sería de aceptar que podría admitirse la causalidad adecuada en caso de “consecuencias extraordinarias”, pero, “extraordinarias para el profano”⁶⁸.

Siguiendo a PIERRE GIOVANNONI⁶⁹, “en todo caso, es posible preguntarse, de manera general, si el esfuerzo dialéctico realizado por el Tribunal Federal para alcanzar una objetividad plena, no conduce peligrosamente a ampliar tanto los límites de la causalidad adecuada que no se le podría distinguir más de la causalidad material o natural”.

c) *Nueva perspectiva*. El carácter de la noción de causalidad es percibido en relación con las infracciones de comisión por omisión⁷⁰. El resultado es, en este caso, atribuido a la abstención del autor que está obligado a obrar en un momento determinado. El no evitar el resultado, equivale a producirlo. Por ejemplo, la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido.

Después de constatar que, desde un punto de vista puramente mecanicista, una omisión no puede ser en sí la causa de un resultado, los juristas se han visto obligados a recurrir a una ficción. Así, han afirmado frecuentemente, por ejemplo HAFTER⁷¹, que existe causalidad, en el ámbito jurídico, “cuando el resultado dañino no se habría producido sin la omisión incriminada. Es decir, sería de afirmar, aplicando también la teoría de la causalidad adecuada a la omisión, que esta es causa del resultado —según circunstancias del caso particular— cuando la ejecución del acto omitido hubiera muy probablemente impedido su realización”. NOLL⁷²

⁶⁷ HENRI DESCHENAUX, “Causalité”, 408-409.

⁶⁸ PHILIPPE GRAVEN, *op. cit.*, Fascículo 2, Primera parte, 1985-1986; PETER NOLL, *Strafrecht*, 71. Según este último autor, “La teoría de la causalidad adecuada, en la forma como la emplea el Tribunal Federal, no desempeña prácticamente función alguna. Aun en los casos de procesos causales inhabituales, el Tribunal Federal los juzga como adecuados”.

⁶⁹ *Op. cit.*, 261.

⁷⁰ PETER NOLL, *Strafrecht*, 74.

⁷¹ ERNEST HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, A. I., 1946, 83.

⁷² *Strafrecht*, pág. 74.

ha sostenido, con más precisión, que la pretendida causalidad de la omisión no significa aportar la prueba de un suceso real. Se trataría, por el contrario, de una simple hipótesis; “no se hubiera producido el resultado si el comportamiento omitido hubiera sido ejecutado”.

De esta manera, nos encontramos lejos del punto de partida de los análisis dogmáticos. La manera de proceder de los juristas se justificaría —según LOGOZ⁷³— “por los fines que son propios al derecho (diferentes de los de la ciencia); este puede, también en este dominio, emplear la noción de causalidad en un sentido diferente al que le atribuyen las leyes naturales. El derecho puede considerar la omisión como «causal», desde su punto de vista, si esta desencadena ciertos fenómenos que constituyen, en realidad, la causa natural del resultado delictuoso”.

Una relación de causalidad hipotética probable no puede ser más considerada como una relación de causalidad asimilable a la aceptada tradicionalmente por la ciencia, y admitida en general por las diferentes teorías sobre la causalidad.

Estas últimas suponen simplemente que es imposible negar la existencia concreta de la causalidad. Basta, en efecto, descubrirla. Todos los intentos hechos para lograrlo constituirían un progreso hacia una mejor comprensión de la realidad de la infracción. Esta convicción está tan profundamente interiorizada en el espíritu de los juristas, que solo tardíamente han pensado en cuestionar el dogma de la causalidad. Esto, a pesar de que ya había sido controvertido en las ciencias naturales y en las sociales. Citemos como ejemplo la opinión muy conocida de KARL POPPER⁷⁴: “No vamos a defender ni contradecir el dogma de la causalidad, nos limitaremos —por el contrario— a excluirlo de la ciencia debido a su carácter metafísico”. En sociología, PARSSONS⁷⁵ trató de reemplazar el principio de la causalidad por el criterio de “función”.

En derecho penal, cada tesis consagrada a explicar y precisar la causalidad no es, en realidad, sino un esfuerzo destinado a determinar los límites dentro de los cuales se puede imputar, objetivamente, a una persona las consecuencias de su comportamiento. Se trata, en consecuencia, de un problema normativo.

Si se considera la manera como se redactan las leyes penales, la cuestión se reduce a preguntarse si el acto del autor es conforme al tipo legal (típico). En consecuencia, es suficiente, en un primer análisis de los elementos de la infracción verificar si el acto es uno de los comportamientos previstos por el legislador⁷⁶. Formulada esta constatación de carácter técnico y con el fin de sacar provecho de la breve exposición que hemos hecho de la discusión sobre la causalidad, podríamos preguntarnos si es aún posible pensar que los teóricos del derecho y los jueces no hacen sino descubrir, de manera neutra, el sentido implícito de las normas que describen la infracción como el hecho de provocar un resultado mediante un comportamiento determinado. ¿Sería de admitir que no hacen sino describir objetivamente una realidad ya aprehendida por el legislador?

⁷³ LOGOZ/SANDOZ, *op. cit.*, 65.

⁷⁴ *Logik der Forschung*, 4e éd., 1969, 33, 36.

⁷⁵ *Ensayos de teoría sociológica*, Buenos Aires, 1967.

⁷⁶ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español, Parte general*, 1984, 174.

El principio de la causalidad no debería ser comprendido, cualquiera que sea su formulación, como un medio destinado a describir un hecho empírico. Este principio no dice, en buena cuenta, nada sobre el mundo físico. Según KURT HÜBNER⁷⁷, se trata de un postulado práctico justificado por el objetivo que se trata de alcanzar. A partir de esta idea, en su opinión, se puede considerar el principio de la causalidad como un postulado metódico. De modo que el problema consistiría en preguntarse: ¿Qué principio de causalidad (de imputación objetiva) se quiere establecer en la base del derecho penal, en caso de tener que fijar una regla metódica de orientación? En derecho penal, la respuesta a este interrogante no podrá, en todo caso, ser dada sin considerar los fines de la represión. El escogimiento de estos fines está, a su vez, condicionado por los criterios axiológicos sobre los que reposa el mismo derecho penal.

El debate destinado a esclarecer la causalidad ha ocultado, en la práctica, el problema capital del esclarecimiento de los valores que orientan la actividad punitiva del Estado. La causalidad, vista como principio esencial del derecho penal, desempeña más bien el papel de un dogma que permite deducir una serie de conclusiones con el auxilio de un procedimiento lógico-formal o axiomático-deductivo.

7. LA CULPABILIDAD

a) *No hay pena sin culpabilidad*. De acuerdo con la dogmática penal, no es suficiente, para imponer una pena, que el autor haya realizado un acto típico e ilícito. Es además necesario que haya obrado culpablemente. Así, la culpabilidad es considerada como el fundamento, la justificación y la condición *sine qua non* de la pena. El principio “no hay pena sin culpabilidad” se ha transformado, de resultas de una larga evolución del derecho penal, en uno de sus pilares fundamentales⁷⁸.

Esta evolución se basa en dos ideas. La primera se refiere al rechazo de la responsabilidad objetiva (fundada sobre la simple causalidad material): el autor

⁷⁷ *Kritik der wissenschaftlichen Vernunft*, 1978, 112 (II, 3 in fine). Traducción de Ernesto Garzón Vald, *Crítica de la razón científica*, Barcelona, 1981.

⁷⁸ Esta afirmación es generalmente formulada en los tratados o manuales de derecho penal. Entre los principales trabajos, citaremos: HANS ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schulddlehre*, Berlín, 1974; CLAUS ROXIN, “«Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien”, en *Festschrift für H. Henkel*, 1974, 171. Traducción de F. Muñoz Conde, “«Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías jurídico-penales sistemáticas”, en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, 1981; PETER NOLL, “Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts”, en *Festschrift für H. Mayer*, 1966, citado: *Rationalisierung*, 219; GÜNTER JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, citado: *Schuld und Prävention: Strafrecht*, 384s; GÜNTER STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972; M. BAUERMANN, “Schuldlose Dogmatik? Überlegungen im Anschluss an Georg P. Fletcher: «Ordinary Language Philosophy» und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik”, en *12. Lüderssen/F. Sack (Hrsg.): Seminar: Abweichendes Verhalten*, vol. IV, 1980, 196ss; HARRO OTTO, “Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1981.

no es más automáticamente considerado responsable de todas las consecuencias de su comportamiento. La segunda es la de colocar al hombre al centro del derecho penal.

Los códigos penales modernos han sido elaborados sobre la base del principio de la culpabilidad. Su historia es la historia de los esfuerzos realizados con miras a eliminar todo rezago de responsabilidad objetiva.

El legislador helvético prevé, en el art. 63 del C. P. que “el juez fijará la pena según la culpabilidad del delincuente”. En el art. 18 estatuye que, en principio, solo es punible quien comete intencionalmente una infracción y, por excepción, quien la realiza mediante negligencia.

Por último, admite —para evitar la imposición de una pena sin culpabilidad— las infracciones denominadas “preterintencionales”⁷⁹. Se trata de casos en que el autor ocasiona, por negligencia, un resultado más grave que el que quiso ocasionar. Quiere, por ejemplo, lesionar a la víctima, pero provoca su muerte. Solo si podía preverlo, podrá imputarse al autor este resultado más grave.

En consecuencia, se puede afirmar que el derecho penal suizo —como todo derecho moderno— es un derecho penal basado sobre el acto culpable. Pero si bien casi todos los juristas están de acuerdo en que la culpabilidad es un elemento esencial de la infracción, sus opiniones divergen en cuanto a su naturaleza y a sus características. Veamos cómo la dogmática trata de definir este elemento “vital” tanto para ella como para el derecho penal.

Bajo la influencia del positivismo y en oposición a la tesis del derecho natural, los juristas describieron, a mitad del siglo XIX, la culpabilidad como el lazo psicológico que une al autor de un acto con el resultado perjudicial ocasionado. Según FRANZ VON LISZT⁸⁰, el agente es culpable por que ocasiona, mediante un acto voluntario, un perjuicio ilícito. Conforme a esta concepción, llamada “psicológica”, la culpabilidad se presenta de dos maneras diferentes: la intención o dolo y la negligencia o culpa. Estas explicaciones se revelaron rápidamente insuficientes⁸¹. Se negó especialmente que esta tesis pudiera explicar por qué la culpabilidad era excluida en caso de quien causa, encontrándose en estado de necesidad, un daño ilícito e intencional. Esto a pesar de que entre el autor del acto y el resultado existe una relación psicológica.

Se le criticó también que la negligencia inconsciente no podría ser una forma de culpabilidad por suponer, justamente, la ausencia de toda relación psicológica. Es decir, se le objeta su incapacidad para explicar los casos en que el autor obra sin darse cuenta de las consecuencias previsibles de su proceder; por ejemplo, el

⁷⁹ La comisión de reforma del Código Penal suizo va aún más lejos. En su opinión, las llamadas infracciones preterintencionales constituyen “una supervivencia de la represión sin culpabilidad de los viejos códigos cantonales”. Propone su eliminación del Código: *Rapport explicatif aux Avants-projets de la Commission d'experts pour la révision du Code pénal*, texto mimeografiado, s/d, 10, 13.

⁸⁰ *Op. cit.*, 160.

⁸¹ En relación con las críticas formuladas contra la tesis psicológica, véase a HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 339.

caso del guardavías que se duerme y "causa" un grave accidente ferroviario en el cual mueren varias personas.

Con el fin de corregir estas insuficiencias de la concepción psicológica, algunos penalistas⁸² recurrieron a las ideas filosóficas neokantianas que buscaban sobrepasar el positivismo, a cuyo amparo había florecido la tesis psicológica. En primer lugar, los penalistas admitieron que el elemento síquico de la culpabilidad no constituye, en realidad, una relación entre el autor del acto y el resultado, sino más bien la actitud del autor al momento de actuar. En seguida negaron que la culpabilidad pueda ser reducida únicamente a esta actitud.

Consideraron necesario introducir una noción nueva y de índole normativa: el juicio de valor o reproche. La culpabilidad fue entonces definida como un juicio de reproche formulado al delincuente por haber cometido un acto ilícito, a pesar de poder actuar conforme al derecho. Esta concepción fue denominada "teoría normativa de la culpabilidad".

Mediante esta elaboración teórica, los penalistas lograron explicar y ordenar mejor los elementos constitutivos de la culpabilidad. Así se consideró a la capacidad penal, por ser indispensable para la formación de la voluntad delictiva, como una condición previa de la culpabilidad. El dolo y la culpa fueron calificados como formas en las que se manifiesta la culpabilidad. Las circunstancias excluyentes de la culpabilidad fueron explicadas recurriendo al criterio normativo de la "no exigibilidad" de otra conducta.

La concepción normativa fue severamente juzgada por los partidarios de la teoría finalista⁸³. Esta teoría desplaza, de acuerdo con su peculiar noción de acción humana, la intención de la culpabilidad a la tipicidad. La intención es concebida como el fin perseguido por el agente. La descripción legal del acto inculpa debe, por tanto, aludir a la intención. Según el finalismo, la culpabilidad no es más que un puro juicio de reproche dirigido contra el autor. Este reproche supone que el agente haya podido conformarse, al momento de actuar, a los mandatos del orden jurídico. Es decir, que se le juzga negativamente porque, en el caso concreto, hubiera podido adecuar su voluntad al mandato legal.

b) *Impugnación*. En la medida en que los penalistas permanecieron dentro de los esquemas dogmáticos, el principio de la culpabilidad no fue puesto en duda. La situación varió profundamente cuando se pusieron en duda las bases mismas de la culpabilidad. Cualquiera que sea la concepción de la culpabilidad, se presupone siempre, de un lado, la libertad humana y, de otro lado, la responsabilidad de constatar que el autor de una infracción era —en el momento de cometerla— realmente libre de actuar ilícitamente. Esto significa, en otras palabras, primero, que

⁸² Por ejemplo EDMUND MEZGER, *op. cit.*, 109; REINHART FRANK, "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", en *Giessener Festschrift* 1907, 3; GOLDSCHMIDT, "Normativer Schuldbegriff", en *Festgabe für R. v. Frank*, vol. 1, 1930, 428.

⁸³ HANS WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 10e éd., Berlin 1967, 138; "Persönlichkeit und Schuld", *ZStW* 60 (1941) 428; GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht*, § 11 A; PETER NOLL, *Strafrecht*, 120; R. MAURACH/H. ZIPF, *Strafrecht*, A. t. 1, 5e éd., 1977, 487s.

la culpabilidad descansa en la aceptación del libre arbitrio⁸⁴ y, segundo, que es incompatible, en consecuencia, con una concepción determinista del hombre y del mundo, pues, si el delincuente fuera fatalmente determinado a delinquir, sería absurdo reprocharle su manera de comportarse. Esta era la idea defendida por los positivistas italianos⁸⁵. Según ellos, el delincuente no es culpable y, en consecuencia, no puede ser castigado; el derecho penal debería ser substituido por un derecho de defensa social; y la pena debería ser remplazada por medidas de seguridad y de tratamiento.

Frente a los ataques del positivismo italiano, los penalistas trataron de eludir el problema aceptando *a priori* el libre arbitrio o afirmando que el derecho penal no tiene por qué tomar partido en favor del determinismo o del indeterminismo.

Si permanecemos en el dominio de la dogmática, materia de nuestra reflexión, es posible distinguir cuatro opiniones diferentes.

En primer lugar, la de los penalistas que, sin dudar de la culpabilidad, admiten la imposibilidad de demostrar la libertad del hombre individualmente considerado. Lo que los lleva a explicar la culpabilidad en el marco de una apreciación socio-comparativa [*sozial-vergleichendes Schuldurteil*]⁸⁶. Esta apreciación comparativa equivale a preguntarse "si un individuo medio hubiera podido, encontrándose en las mismas condiciones del autor del acto, obrar diferentemente". De modo que ante la imposibilidad de constatar "la posibilidad individual y concreta de actuar diferentemente", se propone reemplazar este criterio por otro de índole normativa. Criterio que se basaría en "la posibilidad de actuar que posee una persona media abstracta". Dicho de otra manera, para determinar si una persona es culpable, sería suficiente comparar su comportamiento con el que se puede atribuir, en circunstancias similares, a una persona media.

En segundo lugar, la opinión de quienes niegan el libre arbitrio o que consideran imposible probar —en el caso concreto— la libertad de actuar del delincuente. Ellos estiman, en consecuencia, que la culpabilidad es una noción inútil y admiten que el derecho penal puede ser concebido sin tal noción⁸⁷. Bastaría, según ellos, considerar los medios que ofrecen las ciencias humanas —en particular la psicología y la psiquiatría— para explicar la necesidad y la utilidad del derecho penal.

En tercer lugar, la opinión de aquellos que, después de constatar la fragilidad de la base sobre la que descansa la culpabilidad, juzgan indispensable renovar el

⁸⁴ R. LANGE, "Die moderne Anthropologie und das Strafrecht", en E. R. FREY (Hrsg.), *Schuld, Verantwortung, Strafe*, 1964, 277s; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, 127 ss.; HANS WELZEL, "Gedanken zur «Willensfreiheit»" en *Engisch-Festschrift*, 91, 101; HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *op. cit.*, § 20, W. 49; PAUL BOCKELMANN, "Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit", *ZStW* 75 (1963) 372; *Strafrecht*, A. T., 108; HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 328.

⁸⁵ ENRICO FERRI, *Principii di diritto penale*, 1928, 284s; *Sociologie criminelle*, 1983, 333 s., trad. de A. Soto Hernández. Madrid, s/d, vols. 2.

⁸⁶ Cf. HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 330.

⁸⁷ GIMBERNAT ORDEIG, "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?" *ZStW* 82 (1970), 379-410. "¿Tiene un futuro la dogmática penal?", en *Estudios de Derecho penal*, pág. 78. Madrid, 1976.

contenido tradicionalmente atribuido a la culpabilidad. Esta renovación debería inspirarse en los fines fundamentales⁸⁸ del derecho penal, para hacer de la culpabilidad el límite esencial del poder punitivo del Estado. En realidad, los partidarios de este criterio proponen substituir la noción de culpabilidad por la de responsabilidad⁸⁹; la misma que debería ser adaptada a la "necesidad social de sancionar penalmente". Mediante esta nueva noción se trataría de fijar "si el legislador desea —desde un punto de vista jurídico-penal— considerar a alguien como responsable de uno u otro comportamiento. El saber si la pena es necesaria sería, en consecuencia, una cuestión a decidir teniendo en cuenta los fines del derecho penal"⁹⁰.

Por último, es interesante recordar la opinión de STRATENWERTH. Este autor reafirma⁹¹, en primer lugar, la necesidad de conservar la noción de culpabilidad. Noción indispensable, según él, mientras la pena subsista. En segundo lugar, estima que el problema no puede ser reducido a la alternativa: conservación o eliminación de la culpabilidad. Se trataría más bien de renovar el contenido del elemento culpabilidad teniendo en cuenta los fines preventivos del derecho penal; puesto que este no puede seguir siendo considerado únicamente en relación con su función represiva. STRATENWERTH dice: "el derecho penal retributivo que, en base al reproche de culpabilidad, responsabiliza únicamente al autor de la infracción y que luego lo abandona a su propia suerte, debería ser reemplazado por una forma de reacción penal que extraiga las consecuencias de la corresponsabilidad de la sociedad y que ejerza por lo tanto frente al autor una solidaridad humana".

c) *Responsabilidad*. Resulta pues insatisfactorio contentarse con la aplicación pura y simple del principio de culpabilidad. El afán de los juristas de conservar el principio de la culpabilidad no se explica solo por su consagración en la ley penal. Se le considera como algo más: un fundamento esencial del derecho penal. Sin culpabilidad no hay pena, tampoco derecho penal sin pena, menos aún dogmática penal sin derecho penal⁹².

El debate en torno a la culpabilidad implica, en realidad, el análisis de los criterios utilizados para considerar a una persona responsable de un acto delictuoso. Este es el objetivo actual de la confrontación entre la vocación retributiva y la misión preventiva del derecho penal. La evolución de las ideas de política criminal

y la importancia que han adquirido hoy en día, permiten comprender el significado y la amplitud de la impugnación de que es objeto el principio de culpabilidad.

8. NUEVA DOGMÁTICA

a) "*Buena dogmática*". Una vez terminado el análisis de los tres temas escogidos para apreciar la actividad de los penalistas, cabe preguntarse si es posible asimilar dicha actividad a la que describimos, inicialmente, como "dogmática tradicional".

Para responder a este interrogante se ha distinguido entre "buena dogmática" y "mala dogmática". Esta última estaría estrechamente vinculada a las ideas conceptualistas que se caracterizan por su autoritarismo intelectual, su formalismo lógico y su pretendido neutralismo axiológico. La buena dogmática sería la "dogmática crítica", abierta a las ciencias sociales y a todo debate de naturaleza axiológica⁹³.

La tentativa de distinguir estas dos clases de dogmática no ha tenido éxito. Aceptar la definición de "buena dogmática" implicaría creer —según MEYER-CORDING— que exista una *undogmatische Dogmatik*. Y que deberíamos declarar sin tapujos que *die alte Rechtsdogmatik ist tot [la vieja dogmática ha muerto]*.

A esta altura de la discusión, tenemos la impresión de que el análisis de la dogmática desemboca en un debate "dogmático".

Sería ingenuo afirmar que todos los penalistas han aceptado o aceptan, incondicionalmente, la idea tradicional de la dogmática. Es posible sin embargo admitir que su herencia esta aún presente. Asumiendo el riesgo de caer en una excesiva esquematización, podemos decir que es fácil percibir su supervivencia en las convicciones siguientes⁹⁴: primero, la doctrina jurídica no tiene otra función que la de descubrir, mediante un análisis conceptual, las soluciones implícitas en el derecho positivo; segundo, los conceptos jurídicos tienen una significación "realista", es decir que son conformes a las estructuras de lo real; tercero, los juristas describen el derecho positivo en vigor de modo objetivo y axiológicamente neutro.

b) *Carácter científico*. El refinamiento alcanzado en la elaboración de "teorías" y la manera como son modificadas, permiten interrogarse nuevamente sobre la función de la ley. ¿Es esta la fuente de donde emana la doctrina o, por el contrario, no es sino el estanque alimentado por la doctrina elaborada a partir de los principios generales del derecho? En otras palabras: ¿se encuentran los dogmas en las disposiciones legales o, más bien, en los principios generales? Teniendo en cuenta la objeción que se ha formulado respecto a la precisión y claridad de la ley, esta alternativa ha sido, a veces, resuelta en el sentido de la segunda hipótesis.

Esta no es, sin embargo, la idea que se tiene, generalmente, del proceder de los juristas dogmáticos. Este consistiría, primero, en descubrir los dogmas conteni-

⁹³ Cf. ULRICH MEYER-CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?* Tübingen, 1973, 32.

⁹⁴ CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones...*, 21s; *Introducción*, 320s; UMBERTO CERRONI, *op. cit.*, 159; ALF ROSS, *op. cit.*, 243; KONRAD ZWEIGERT, *op. cit.*, 443; ALOIS TROLLER, "Rechtsdogmatik und Phänomenologie", en *Festschrift für Schöenberger*, 1968, 23.

⁸⁸ CLAUD ROXIN, *Festschrift für H. Henkel*, 181, 184; PETER NOLL, *Rationalisierung*, 219s, nota 225; GÜNTER JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 9s; GÜNTER STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg/Karlsruhe, 1977, citado: *Zukunft*, 30; HANS-LUDWIG SCHREIBER, "Vor dem Ende des Schuldstrafrechts", en U. INMENZA (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, 281s.

⁸⁹ GÜNTER JAKOBS, *Strafrecht*, p. v, 394s. Este autor se aleja de la tesis de Roxin en la medida en que profundiza la prevención general para fundamentar la noción de culpabilidad.

⁹⁰ CLAUD ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, 47.

⁹¹ *Zukunft*, 41.

⁹² GIMBERNAT ORDEIG, *ZStW* 82 (1970) 381.

dos implícitamente en las normas legales; en seguida, en analizarlos y, por último, en organizarlos en un sistema completo y jerarquizado. Según ZWEIGERT⁹⁵, la idea implícita en esta imagen de la dogmática sería la de creer que es posible, a partir de los dogmas y mediante el auxilio de la lógica, deducir soluciones para los casos concretos. De un lado, la sistematización de las normas y de los dogmas y, del otro, la elaboración de conceptos y de teorías —cada vez más sutiles— permitirían hacer del derecho un sistema cuya aplicación sería más precisa y previsible.

Si se desea comprender bien esta concepción de la dogmática, no es de descuidar el problema de su carácter científico. Recordemos que este ha sido negado desde un punto de vista racionalista (su objeto de estudio no es ni permanente ni universal y su método no es el deductivo) y dentro de un marco positivista (su método no es el experimental). Los esfuerzos realizados por los jusfilósofos para elaborar modelos de ciencia jurídica son conocidos.

Como ejemplo citemos dos autores cuyas concepciones divergen. Primero, HANS KELSEN; este autor dice —en el prólogo de su libro *Reine Rechtslehre* [Teoría pura del derecho]— que su intención siempre ha sido la de elevar a la ciencia del derecho, la “jurisprudencia”, al rango de una verdadera ciencia, al nivel de las otras ciencias morales. Segundo, nos parece oportuno recordar la concepción de ALF ROSS, crítico de las ideas de KELSEN. En su obra *On law and justice* [Sobre el derecho y la justicia], ROSS trata de elaborar un modelo de ciencia jurídica empírica. En su opinión, el jurista debe emplear los métodos propios de las ciencias empíricas modernas: la observación y la experimentación. Frente a esta perspectiva, ROSS rechaza la idea conforme a la cual la ciencia jurídica sería un saber normativo, indicando mediante sus proposiciones lo que “debe ser”.

Los juristas, al hacer depender tanto la importancia de sus trabajos del reconocimiento de su carácter científico, llegan al extremo de redefinir la ciencia para que pueda comprender a la dogmática. Así, por ejemplo, LARENZ⁹⁶ estima que “la ciencia del derecho es, en efecto, una ciencia (y no solo una tecnología, aunque también sea esto) porque ha desarrollado métodos que apuntan a un conocimiento racionalmente comprobable”.

Si tenemos en cuenta el carácter ambiguo del término ciencia —como lo destacamos al inicio de este trabajo—, y si se admite que las diversas definiciones formuladas son definiciones persuasivas, no es difícil —considerada la importancia social que tiene la dogmática— reconocerle una dimensión científica⁹⁷.

Mucho más importante es, en nuestra opinión, determinar en qué consiste la real actividad de los juristas; es decir, establecer cuáles son las intenciones y los fines que se ocultan detrás de las declaraciones que hacen a propósito de su propia actividad.

⁹⁵ *Op. cit.*, 444-445.

⁹⁶ *Op. cit.*, 20, 4e éd., 6. Cfr. la 5e éd., 6.

⁹⁷ CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones.*, 9, 15.

c) *Problemas axiológicos.* Mediante la descripción de la actividad de los penalistas realizada mediante el análisis de los tres problemas expuestos, hemos podido comprobar que sus investigaciones jurídicas corresponden poco al pensamiento dogmático tradicional. Las normas jurídicas no son más examinadas como dogmas. Los principios jurídicos son también discutidos.

En sus trabajos, los juristas se apoyan, cada vez con más frecuencia, en las ciencias humanas y sociales, cuando la ley misma lo requiere o cuando es necesario hacerlo para completarla o precisarla. Su quehacer no se limita pues a la simple elaboración, por abstracción y a partir de las normas legales, de conceptos y principios generales.

El sistema concebido de esta manera no es más un sistema hermético y completo. Se admite que este sistema no siempre ofrece, implícita o explícitamente, una solución normativa a todo problema jurídico. Las lagunas existen y es indispensable eliminarlas.

Para alcanzar estos objetivos los teóricos recurren, consciente o inconscientemente, a criterios axiológicos. En derecho penal esto es exigido por el hecho de que se trata de establecer las condiciones en las que el Estado puede ejercer su derecho a castigar.

Para retomar de manera quizás más clara y pragmática el debate sobre la dogmática, es necesario, en nuestra opinión, destacar los tres puntos siguientes:

1. Rechazando el anarquismo jurídico del “realismo americano”, representado por ROSCOE POUND y CARDOZO, y alejándose del rigor formal del conceptualismo de la *Begriffsjurisprudenz*, es necesario reconocer la realidad de las normas jurídicas destinadas a orientar y a prever el comportamiento de las personas.

2. Es indispensable aceptar que el método de abstracciones se ha impuesto progresivamente con el fin de racionalizar la actividad jurídica. Es decir, con miras a lograr un alto grado de previsibilidad en relación con las decisiones judiciales y a disminuir de estas elementos personales (arbitrarios).

3. Es fácil comprobar el aspecto positivo de la dogmática —reconocido por todos, aun por sus críticos más severos—, consistente en proporcionar a los jueces, los más interesados, un sistema de soluciones jurídicas más coherente que el establecido por el legislador⁹⁸.

Los teóricos del derecho logran, por esta vía, influir de modo substancial en la actividad de los jueces y del legislador. Es ilusorio, en consecuencia, querer comprender la ley sin consultar las explicaciones que sobre esta han formulado a la doctrina y la jurisprudencia.

⁹⁸ Según OSKAR GERMANN (*Grundfragen*, 74), “La ciencia jurídica debe, sobre todo para los jueces, los magistrados y funcionarios estatales, cantonales o comunales, para los abogados y consejeros jurídicos de empresas o sociedades y para otros juristas prácticos, elaborar el sistema de normas del orden jurídico vigente fundándose en las leyes y otras fuentes jurídicas vinculantes. Su tarea principal consiste así en servir a la práctica de la misma manera como lo hacen las ciencias médicas y técnicas”.

Sin pretender presentar la solución ideal, se puede clarificar el debate tomando conciencia del factor que permite cuestionar la dogmática⁹⁹. Este debe ser buscado en la ambigüedad de propósitos de los penalistas que dicen describir de manera objetiva y axiológicamente imparcial el derecho positivo (función oficial, confesada); pero que reconstruyen el sistema legal eliminando sus imprecisiones (función oficiosa, simulada). Este conflicto no puede ser superado reconociendo la preeminencia de una de las dos "funciones" en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario, de tomar conciencia de esta ambivalencia, lo que permitirá eliminar interpretaciones erróneas y hacer transparente la actividad del jurista.

Así, una mayor fidelidad al derecho positivo se lograría si se presentaran los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley, en lugar de hacer pasar uno de estos como la única interpretación correcta o posible. De esta manera se evitaría hablar de principios, conceptos y teorías como si fueran parte del sistema positivo; cuando no son, en realidad, sino elaboraciones de la misma dogmática.

La reconstrucción del sistema legal daría mayores satisfacciones si, de un lado, no fuera concebida como una explicación del contenido implícito de las reglas jurídicas y si, de otro lado, se reconociera que supone el análisis explícito de los criterios de valor en que se fundan las soluciones dogmáticas.

En nuestra opinión, se evitarían tres críticas a la dogmática:

Primero, el abuso de "formalismo jurídico *juridisme*"¹⁰⁰. Es decir, de recurrir "a ficciones que son, en seguida, consideradas como realidades y que, por el contrario y en razón a un abuso del razonamiento abstracto, ocultan la realidad de la situación criminal".

Segundo, la disimulación, al momento de reformular el derecho positivo, de los criterios axiológicos aplicados. Actitud que impide sistematizar coherentemente los valores que se encuentran implícitos en las proposiciones dogmáticas, destinadas a reestructurar el sistema jurídico positivo.

Tercero, el ocultamiento frecuente, mediante la afirmación de que la dogmática facilita la aplicación de la ley, de las ambigüedades e imprecisiones de las teorías y nociones, las mismas que dan lugar a soluciones concretas muy diferentes.

Esta manera de percibir la labor de los juristas exige de los penalistas una percepción más modesta y más realista de los resultados de sus trabajos. Las soluciones y las concepciones defendidas por nosotros los penalistas, no tienen el valor de verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a auxiliar a los legisladores, jueces e intérpretes para que encuentren la solución a los diversos problemas jurídicos que se les presentan. Así haríamos la aplicación del derecho más fácil, justa e igualitaria; lograríamos igualmente que las relaciones entre las

⁹⁹ Estas reflexiones han sido muy influidas por los trabajos de CARLOS SANTIAGO NINO y, en particular, por su *Introducción* ..., págs. 338 y ss.

¹⁰⁰ MARC ANCEL, *op. cit.*, pág. 211.

ciencias humanas y sociales¹⁰¹ fueran más eficaces con el objeto de crear un sistema jurídico racional y respetuoso de las personas. El análisis de estas relaciones —que hemos evitado y que merecerían un estudio aparte— debe atenuar y compensar la inclinación de los juristas por las sutilidades doctrinarias.

No se trata de abandonar la "dogmática penal" en favor de la política criminal, de la criminología o de cualquier otra disciplina. Se seguirá haciendo "dogmática penal" o "ciencia juridicopenal" (poco importa la denominación). Es cuestión más bien de abordar distintamente el estudio del derecho penal, no de hacer algo diferente. Esto ya no sería "dogmática penal". En buena cuenta, es concebir, sin mitos ni ficciones, la labor de nosotros los juristas.

¹⁰¹ Cfr. KLAUS TIEDEMANN: "Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bundesrepublik Deutschland", en *Juristenzeitung*, 1980, págs. 489-495.