

TORRES ORTEGA, ILSSE CAROLINA, "Dogmática jurídica y Derecho penal en Carlos Santiago Nino", *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

Dogmática jurídica y Derecho penal en Carlos Santiago Nino

Legal Dogmatics and Criminal Law in Carlos Santiago Nino

ILSE CAROLINA TORRES ORTEGA*

Fecha de recibo: 03/09/2025. Fecha de aceptación: 02/12/2025

DOI: 10.17230/nfp22.106.1

Resumen

En este trabajo se analiza la concepción de la dogmática jurídica en la obra de Carlos Santiago Nino con el fin de reconstruir su visión de la dogmática penal y explicar la recepción limitada de su pensamiento en este ámbito. En primer lugar, se examinan sus críticas al formalismo jurídico y su impacto en la comprensión de la dogmática como ciencia del Derecho, especialmente en lo relativo al encubrimiento de la dimensión normativa del razonamiento jurídico. En segundo término, se estudia la proyección de estas críticas sobre la dogmática jurídico-penal, en particular sobre la teoría general

* Profesora-investigadora. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos, México. Código ORCID: 0000-0002-5929-9137. Correo electrónico: torresilsse@iteso.mx.

Este texto se ha visto profundamente enriquecido por los comentarios, críticas y sugerencias de las personas que lo dictaminaron. Agradezco su tiempo y disposición para dar lugar a una mejor versión del trabajo y, con ello, contribuir a que siga teniendo sentido la construcción de comunidades académicas.

del delito. Finalmente, se exploran las posibles razones de su influencia limitada en el pensamiento penal iberoamericano y se reivindica la relevancia de su obra como una vía para fortalecer la reflexión crítica en el ámbito de la dogmática penal.

Palabras clave

Carlos Santiago Nino, Dogmática jurídica, Derecho penal.

Abstract

This article examines Carlos Santiago Nino's conception of legal dogmatics in order to reconstruct his understanding of criminal law dogmatics and explain the limited reception of his work in this field. First, it analyzes his critique of legal formalism and its impact on the understanding of dogmatics as a science of law, particularly with regard to the obscuring of the normative dimension of legal reasoning. Second, it explores how these criticisms extend to criminal law dogmatics, especially to the general theory of crime. Finally, the article examines the possible reasons for Nino's limited influence on Ibero-American criminal law theory and defends the relevance of his work as a means of strengthening critical reflection in the field of criminal law dogmatics.

Keywords

Carlos Santiago Nino, Legal Dogmatics, Criminal Law.

Sumario

1. Introducción; 2. La dogmática jurídica y la crítica al formalismo; 3. La dogmática jurídica como ciencia del Derecho; 4. La dogmática penal en el pensamiento de Nino; 5. La irrelevancia (o no) de Nino en la dogmática jurídico-penal; 6. Reflexiones finales. Entonces, ¿por qué leer al Nino penalista?; 7. Bibliografía.

1. Introducción

Para la filosofía del Derecho del mundo latino, el trabajo de Carlos Santiago Nino es bien conocido e identificado como un importante referente en la materia. Nino se ha convertido en un autor clásico al que se recurre cuando se precisa una aproximación a debates en torno al concepto del Derecho, la fundamentación de los derechos humanos, los modelos de ciencia jurídica, las teorías de la justicia o la fundamentación de la democracia. Aunado a lo anterior, para este gremio también es bien sabido que Nino realizó múltiples aportaciones a otras áreas jurídicas, como la del Derecho penal, en la cual sus contribuciones se ubican en la reflexión filosófica sobre la materia —la filosofía del Derecho penal—, pero también en la dogmática jurídico-penal.

No obstante, el “Nino penalista” parece ser más estudiado y considerado por las y los filósofos del Derecho, mientras que en el medio penal no ha llegado a consolidarse como un autor de referencia. Lo interesante de dicha situación radica en el diagnóstico que, implícitamente, se da respecto a por qué sucede esto. Desde la iusfilosofía, la poca relevancia de Nino en el ámbito penal del mundo latino suele presentarse como una omisión, un error que tiene que ver con las deficiencias internas y el hermetismo de la tradición de la dogmática jurídico-penal¹. Sin embargo, desde el otro lado, el de quienes cultivan el Derecho penal, esa valoración no es tan clara. ¿Realmente es Nino un autor minusvalorado por la dogmática penal?, ¿su obra resulta demasiado crítica con la tradición jurídico-penal, y esto explicaría su desplazamiento?, ¿se trata, más bien, de una cuestión de desconocimiento?, ¿existen otras razones relevantes que deberían considerarse en este escenario?

El objeto de este texto es hacer una revisión general de la concepción de la dogmática jurídica que Nino trazó a lo largo de su obra para reconstruir de mejor manera cuál era su concepción de la dogmática penal y, desde allí, poder plantear una hipótesis explicativa sobre por qué su recepción en este ámbito ha sido limitada (o no). Al respecto, sostendré que la evaluación sobre su influencia reducida ha de tener presentes dos importantes consideraciones: a) su forma característica de entender y desarrollar reflexiones filosóficas sobre cuestiones penales y, b) la falta de afinidad al sistema jurídico de algunas de sus reflexiones.

Para llevar a cabo lo anterior, en primer lugar, voy a centrarme en la reconstrucción de su concepción de la dogmática jurídica, subrayando la preocupación y la crítica

1 Como ejemplo, las palabras de Gustavo Beade: “su escasa influencia en el campo del Derecho penal no se debe a las limitaciones de sus propuestas o a su falta de profundidad, sino, por el contrario, a nuestras propias carencias”. Gustavo Beade, “El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 35 (2011): 162-163.

al formalismo que subyace a la concepción del Derecho que da lugar a ella. En segundo lugar, exploraré otra dimensión relevante dentro de su concepción sobre la dogmática jurídica, correspondiente a la manera en que se articula la disciplina en torno a la aspiración de cientificidad del conocimiento jurídico. En tercer término, y derivado de lo anterior, intentaré articular una visión de la dogmática penal que, posteriormente, nos permita hacer una evaluación respecto de la importancia del pensamiento de Nino en el pensamiento penal contemporáneo. Será en este punto donde abordaré las razones que antes presentaba, examinando la tesis que afirma su irrelevancia injustificada en el ámbito penal latinoamericano.

2. La dogmática jurídica y la crítica al formalismo

Mucho se ha escrito sobre la manera en que los intereses académicos de Nino corrieron en paralelo a sus experiencias y compromisos vitales. Tal y como indica Fiss,

Carlos hablaba al mundo, pero también era parte de él. Sus ideas fueron moldeadas por lo que ocurría en el mundo de la misma forma como estos eventos fueron en parte moldeados por sus ideas. Su agenda intelectual reflejaba las exigencias de la historia [...]².

También se han destacado como características de su obra que posibilitan una lectura sistemática la coherencia y la articulación de sus tesis más importantes, incluso tratándose de escritos realizados en épocas distintas³.

En atención a estas dos propiedades que suelen ser atribuidas a sus escritos es posible establecer una cierta cronología o al menos un recorrido evolutivo en su obra. Nino comienza su vida académica en Buenos Aires, Argentina, como parte de una generación de jóvenes filósofos del Derecho de orientación analítica que comenzaron su formación en el Instituto Gioja. En esa misma época inició su formación en Derecho penal gracias a su cercanía a penalistas como Luis Jiménez de Asúa y Sebastián Soler.

En estos inicios, sus intereses se centraron en la metodología de la ciencia jurídica y de la decisión judicial –cuyo resultado lo podemos identificar en obras como *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*⁴ o *El concurso en el Derecho*

2 Owen Fiss, "Prólogo", en Gustavo Maurino, comp., *Derecho, moral y política. I. Metaética, ética normativa y teoría jurídica* (Barcelona: Gedisa, 2007), 12.

3 Victoria Roca, *Derecho y razonamiento práctico en la obra de Carlos S. Nino* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005).

4 Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal* (México: Ediciones Coyoacán, 2011).

*pena*⁵. Le sigue otra etapa de investigación en la que preparó una introducción a la filosofía jurídica en la que se ocupó de una serie de problemas de índole conceptual en torno al Derecho —ahí podemos identificar *Notas de introducción al Derecho*, luego publicado como *Introducción al análisis del Derecho*⁶. Posteriormente, vino una etapa en Inglaterra en la que desarrolló, en el contexto de su tesis doctoral, una teoría general sobre la responsabilidad penal. Para este trabajo, partió de la crítica metodológica de la teoría del delito general vigente, de la cual resultó el libro *Los límites de la responsabilidad penal*⁷. También desarrolló las implicaciones de su teoría general sobre la responsabilidad penal en instituciones concretas, como en *La legítima defensa*⁸. Más adelante retomó algunos temas de los que se había ocupado con anterioridad, como la cuestión del iuspositivismo y la ciencia jurídica. Este período dio lugar a *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*⁹. Su último período de actividad teórica lo dedicó a la fundamentación de la ética y su vinculación con cuestiones centrales para el ámbito práctico, como la justificación de los derechos humanos. Ejemplo de ello es su obra, ya clásica, *Ética y derechos humanos*¹⁰.

Este recorrido pone de manifiesto una diversidad de intereses que, al tiempo, confluyen en algunas preocupaciones¹¹. Una de las más reiteradas tiene que ver con la necesidad de fundamentar el Derecho, así como las acciones y decisiones que resultan de este; asimismo, y tras esa necesidad, la denuncia al formalismo —o a ciertos rasgos de este— que atraviesa la reflexión jurídica y a sus autores.

De acuerdo con Nino, lo anterior ha producido en la tradición jurídica continental un descuido generalizado de la dimensión justificativa en la reflexión jurídica. El descuido abarcaría cuestiones de método, pero también grandes temáticas como las teorías de la justicia, y tópicos específicos de ética jurídica como el caso de la justificación del castigo estatal, la fundamentación de la democracia y de los derechos humanos, la legitimidad del aborto, la eutanasia, el suicidio, etc.¹².

5 Carlos Santiago Nino, *El concurso en el derecho penal: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de la conducta* (Buenos Aires: Astrea, 1972).

6 Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2007).

7 Carlos Santiago Nino, *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito* (Buenos Aires: Astrea, 1980).

8 Carlos Santiago Nino, *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico* (Buenos Aires: Astrea, 1982).

9 Carlos Santiago Nino, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 2.a ed. (México: Fontamara, 1995).

10 Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación* (Barcelona: Ariel, 1989).

11 Carlos Santiago Nino, "Carlos S. Nino". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 1 (1984): 175-177.

12 Nino, *Ética y derechos humanos*, 177.

La denuncia que hace del formalismo, desde luego, tendrá distintos matices a lo largo de sus trabajos. A efectos de lo que aquí me interesa destacar, es posible empezar a rastrearla en la distinción entre la dimensión descriptiva y la normativa de los saberes. Ya en sus primeras obras, Nino denunciaba la tendencia a hacer pasar por descriptivo lo que en realidad es una actividad de naturaleza normativa¹³ y, por ende, la urgencia de que el Derecho —el cual ubicaba en esta última dimensión—, se tomara en serio el trabajo de fundamentación. Este defecto llevaría a razonamientos mal contruidos en los que, deduciendo lo que debe ser de lo que es, se estaría cayendo en la falacia naturalista¹⁴.

Como muestra de este descuido, Nino destaca la manera en la que típicamente son incorporadas las normas jurídicas al razonamiento jurídico. Así, ya en su *Introducción al análisis del Derecho* identificaba el “teorema fundamental de la filosofía del Derecho” o “la proposición central para comprender el fenómeno jurídico” —la cual estaría presente a lo largo de su trayectoria académica—, y la explicaba en estos términos:

La proposición afirma que las normas jurídicas no constituyen por sí mismas razones operativas para justificar acciones y decisiones, como las de los jueces, a menos que sean concebidas como derivando de juicios morales, es decir, proposiciones normativas que exhiben los rasgos distintivos de la autonomía, finalidad justificatoria, universalidad, generalidad, superveniencia y publicidad¹⁵.

Así, de acuerdo con dicho teorema, las normas jurídicas no son razones justificativas autónomas a menos que sean concebidas como proposiciones normativas que exhiben los rasgos distintivos de los juicios morales. Con ello, identificaba la relevancia y la primacía del razonamiento práctico en el Derecho —entendido desde la unidad Derecho, moral y política—, como el razonamiento que permite justificar racionalmente una acción y/o decisión.

13 Al hablar de normatividad hago referencia al sentido filosófico que implica que alguna acción, actitud o estado mental de algún otro tipo está justificado, una acción que uno debería hacer o un estado en el que uno debería estar. El área filosófica que más se ocupa de la normatividad, casi por definición, es la ética. Stephen Darwall, “Normativity,” *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Taylor & Francis Group, 2024, <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/normativity/v-1#>

14 Al respecto, como indican Vega y Olmos: “Desde la Ilustración, y con importantes antecedentes en la obra de Thomas Hobbes y John Locke, la compartimentación de enunciados entre aquellos que hacen referencia a hechos y los referidos a valores ha llegado hasta nosotros influida por el argumento humeano, también conocido como Ley de Hume, que señala la imposibilidad de inferir conclusiones evaluativas o éticas a partir de premisas fácticas. La distinción de Hume entre hecho y valor ha tenido una influencia esencial en una parte importante de las teorías morales del siglo xx y está detrás del argumento filosófico de Moore que identifica la *falacia naturalista*, consistente en pensar que los juicios normativos pueden ser justificados apelando únicamente a hechos naturales” Luis Vega y Paula Olmos, *Compendio de lógica, argumentación y retórica* (Madrid: Trotta, 2011), 191.

15 Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, 144–145.

En definitiva, las proposiciones que describen meros hechos no pueden desempeñar el rol de razones susceptibles de fundamentar conclusiones sobre lo que debe hacerse, lo que es correcto o justo. Bajo esta lectura, la filosofía del Derecho de Nino muestra ya los lazos con su filosofía moral y política, arrojando una concepción del Derecho que lo presenta, en su dimensión justificativa, como una práctica social intrínsecamente conectada con la práctica del discurso moral¹⁶.

Sin embargo, a esta proposición básica del razonamiento jurídico subyace algo mucho más complejo que nos remonta a la historia y al desarrollo de nuestra comprensión del fenómeno jurídico. Para Nino, este recorrido corresponde al proyecto de consolidación de la disciplina jurídica que coincide con el declive del iusnaturalismo y el avance de las teorías iuspositivistas¹⁷. Es en este período de transición cuando tienen lugar las concepciones formalistas (típicamente, el formalismo legalista de la Escuela de la exégesis, el formalismo conceptual de la Jurisprudencia de conceptos y el formalismo jurisprudencial de la teoría estadounidense), cuya herencia sigue siendo rastreable en la actual cultura jurídica. Así, el formalismo como concepción va a hacer que se instale en los juristas la idea de que el Derecho —entendido como su objeto, el Derecho positivo— es un saber de naturaleza descriptiva susceptible de comprobación y predictibilidad y, con ello, tiene valor científico —según cierto modelo de ciencia—. Basta tener presente que a las concepciones formalistas se les atribuye la comprensión del Derecho bajo los siguientes rasgos: el Derecho es un sistema completo y coherente; únicamente los legisladores pueden crear Derecho; los cambios jurídicos deben ser muy menores para privilegiar la certeza y la previsibilidad; el verdadero Derecho consiste en reglas generales y abstractas fijadas

16 Nino reivindica así las relaciones existentes entre el Derecho, la moral y la política. La postura meta-ética defendida por Nino fue el *constructivismo ético*, sosteniendo que es posible justificar racionalmente juicios de valor y que el camino para llegar al conocimiento moral es la práctica social de deliberar con otros —su posición es un tipo de constructivismo al que podemos llamar *discursivo*—. En el plano de la ética normativa, Nino se basó, principalmente, en los planteamientos de Kant y de Rawls, complementando tales proyectos filosóficos con el de Habermas. Partiendo de estas influencias, defiende el *liberalismo igualitarista* que se manifiesta en un conjunto de principios que se derivan a partir de los presupuestos formales del discurso moral. Identifica así los siguientes: el principio de autonomía, el principio de dignidad y el principio de inviolabilidad de la persona. Asimismo, Nino fue partidario de la *democracia deliberativa* —aunque pasando de un discurso monológico (Kant y Rawls) a uno dialógico (Habermas)—, sosteniendo que sólo a través de un método como el del debate y consenso democrático es posible alcanzar la legitimidad de las normas e instituciones, ya que este consenso tiene valor epistémico en relación con los principios de justicia (*constructivismo epistemológico en materia moral*).

17 Aun cuando el método de la dogmática jurídica es asociado al formalismo jurídico, Nino reconoce que históricamente es producto del iusnaturalismo de orientación racionalista. El Derecho natural racionalista —además de haber inspirado la base teórica de los derechos del ser humano— motivó un alto grado de reflexión acerca de la actividad que desarrollaban los juristas y la “naturaleza” de dicha actividad. Lo anterior, dio lugar a que, entre otras consecuencias, el Derecho positivo fuera desatendido, puesto que el “método racional” se enfocaba en la construcción de un sistema jurídico ideal; esta situación cambió cuando este sistema jurídico ideal se intentó concretar en leyes. Durante los siglos XVIII y XIX tuvo lugar en Europa el movimiento de la codificación —cuyo hecho culminante fue el código civil francés de 1804—, dando comienzo a una época marcada por una actitud reverencial hacia el Derecho positivo. A partir del siglo XIX, gracias a la escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos del primer Ihering, los teóricos del Derecho consolidaron una metodología que pretendía construir un modelo de “ciencia jurídica”, el cual, no obstante su origen, se consolidó teniendo como base una concepción formalista del Derecho.

en documentos jurídicos; los conceptos jurídicos poseen una lógica propia, por lo que siempre es posible deducir de ellos soluciones sin necesidad de introducir elementos extrajurídicos; y, las decisiones judiciales solo pueden justificarse deductivamente, de acuerdo con el silogismo subsuntivo¹⁸.

En este punto, es importante tener presente que cuando Nino escribe sobre la dogmática jurídica es este contexto —la herencia palpable del formalismo— que considera. En el siglo XIX la dogmática se había vinculado centralmente con la sistematización del Derecho positivo, según los rasgos antes enunciados. En el siglo XX este modelo de dogmática jurídica pasó a revisarse críticamente debido a los excesos formalistas en que había caído, así como a la necesidad de que esta pudiera responder a las necesidades de una época en la que el mundo había cambiado y los ordenamientos jurídicos en general también. De ahí que el énfasis de Nino estuviera colocado en cómo construir una dogmática orientada al escenario socio-jurídico que procedió a las grandes guerras, en el que resultaba central considerar la dimensión ideal de los Estados, especialmente en cuanto a sus aspiraciones de garantizar los derechos humanos.

El formalismo en los términos enunciados no podía considerarse vigente en el momento en que Nino escribe. No obstante, el autor denuncia su predominio en los países de tradición continental, como países en los que el Derecho legislado podía considerarse el principal y casi único objeto de preocupación del estudio del Derecho, así como de referencia para la labor de los juristas prácticos. Esta forma de comprender lo jurídico determina el tipo de ciencia jurídica —la dogmática jurídica— que se ha cultivado en el gremio.

Cuando Nino habla de dogmática jurídica hace referencia a la actividad que llevan a cabo los estudiosos del Derecho, los resultados y los métodos que conforman la ciencia jurídica¹⁹. De esta forma, si desde la concepción formalista, el Derecho

18 Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 23.

19 No obstante, tal y como indica Núñez, no es del todo claro qué es o en qué consiste esta “dogmática jurídica”. Él distingue entre los diferentes significados en los que se puede emplear esta expresión: 1. En primer lugar, “dogmática jurídica” equivale sin más a la actividad desarrollada por los estudiosos del derecho (y/o a sus resultados y método). Es decir, la expresión es usada, en este primer sentido, como sinónima de “ciencia del derecho”. 2. En segundo lugar, “dogmática jurídica” haría referencia al estudio del contenido del derecho más atento a la práctica jurídica respecto de la “ciencia del derecho”, la cual tendría un mayor grado de generalidad y abstracción. 3. “Dogmática jurídica” es también utilizada para referirse al conjunto de opiniones valorativas de los estudiosos del derecho sobre el derecho positivo (*lege y sententia ferenda*). Frecuentemente se trata de una expresión peyorativa y con una clara carga valorativa negativa, aunque también es posible utilizarla sin connotaciones emotivas. 4. “Dogmática jurídica” también es empleada para referirse al método adoptado por algunos estudiosos del derecho alemanes del siglo XIX como Laband, Jellinek, el primer Jhering y, por supuesto, Puchta y Savigny: la jurisprudencia de conceptos. 5. “Dogmática jurídica” es también usado para hacer referencia no ya a un conjunto de tesis metodológicas defendidas y empleadas durante el siglo XIX, sino a una posterior reelaboración de aquellas muy difundida todavía hoy en día. En este sentido, la expresión “dogmática jurídica” es utilizada como sinónima de “formalismo jurídico”. 6. Por último, “dogmática jurídica” también puede designar una determinada actitud frente al derecho, irreflexiva o meramente formal, de aceptación del mismo que supuestamente tendrían los estudiosos del derecho hacia su objeto de estudio. Álvaro Núñez Vaquero, “Dogmática jurídica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 6 (2014): 246.

consiste en un sistema autosuficiente de reglas, capaz de dar respuesta a cualquier caso, sin necesidad de atender a una dimensión sociológica o a una valorativa, entonces corresponde a la dogmática concentrarse en el Derecho positivo y hacer un seguimiento lo más fiel posible de este, prescindiendo de otros saberes como la moral y la política. Así, los resultados de esta dogmática —por ejemplo, las teorías jurídicas— pretenden ser meras descripciones del Derecho positivo; análisis de una parte de la realidad jurídica que ya viene dada y que solo hace falta descubrir y estructurar.

Antes de seguir avanzando en esta dirección, sin embargo, es importante precisar que el formalismo también se hace manifiesto en una dimensión fenomenológica, al nivel de las prácticas sociales del Derecho. Esto favorece ciertas actitudes por parte de las personas que operan el sistema, pero también mermaría las posibilidades de una dogmática que se retroalimenta de las exigencias y necesidades de la realidad social. Así, en los países de la tradición continental es habitual que la casuística jurídica se caracterice como innecesariamente compleja, repleta de enredos y formalidades solemnes, así como de reglas de trato no escritas que dificultan la práctica del Derecho. La cultura jurídica del mundo latino suele ser considerada extremadamente formalista, en un sentido que Nino compara con una actitud mágica que nos ha llevado a creer que, en la medida en la que se cumplan una serie de formalidades y se sigan los rituales de los procesos, entonces se conseguirán ciertos efectos jurídicos previstos. Dicha mística, sin embargo, ha ido sembrando obstáculos en la práctica jurídica que se sostienen más en la tradición que en una revisión de la racionalidad de nuestras creencias, minando la posibilidad de transformación social del Derecho. Así, por ejemplo, a propósito del proceso judicial, Nino afirma que el formalismo crea una actitud ritualista y medrosa en los abogados y en la gente en general, quienes terminan por ver en este proceso un juego del que saldrá triunfador quien supere todos los obstáculos y haga caer a la otra parte en el mayor número posible de trampas, en vez de enfatizar la discusión sobre los intereses que constituyen el telón de fondo del pleito y sobre su compatibilidad con principios de moralidad social²⁰.

Además, este tipo de actitudes no solo caen en la irracionalidad, sino que favorecen la anomia social, puesto que un ejercicio ritualista difícilmente podrá considerar los fines sociales que subyacen a las normas. En este sentido, Nino señala que este tipo de actitudes caracterizan la conducta burocrática en las sociedades sin ley. Esto es, la de quienes se adhieren a las normas sin consideración a los fines

20 Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, 303.

por los que fueron dictadas, ya sea porque asumen que una norma es un fin en sí misma, o un medio para fines de otro tipo, como el lucro personal o el ejercicio de poder sobre otros²¹.

Estas actitudes respecto a la práctica del Derecho, entonces, se pondrán de manifiesto en la dogmática jurídica. Nino se refiere especialmente a dos: la actitud de aceptación de la validez de las normas jurídicas y la actitud de aceptación de la racionalidad del legislador. Respecto a la primera, una aceptación dogmática de las normas jurídicas es aquella que no resulta de haber realizado una confrontación con determinados criterios de justicia, conveniencia, oportunidad²². La persona dogmática toma el Derecho positivo como un dato ya dado que no es susceptible de crítica, en cuanto a su contenido, a su fuente²³, alimentado por —y alimentando— la creencia formalista de que el Derecho consiste en un sistema autosuficiente y completo que no necesita ser sometido a evaluación crítica ni justificar su interpretación. La actividad dogmática rechaza que deba acudirse a consideraciones, por ejemplo, valorativas o sociológicas y, en las ocasiones en que se hace, se presenta como si, en realidad, esas consideraciones no fueran externas, sino internas al ordenamiento jurídico. De esta manera, la persona que desarrolla la dogmática estaría orientada a sustentar su actuar en criterios formales, considerando su actividad sustancialmente como una descripción objetiva y neutra del Derecho positivo. La otra actitud que estaría sustentando la forma tradicional de hacer dogmática es la aceptación de la racionalidad del legislador. Si se parte de que el Derecho positivo debe admitirse sin crítica, entonces tiene sentido que el jurista deba asumir como premisa verdadera la existencia de un legislador justo, imperecedero, finalista, omnisciente, onnipotente, coherente, omnicomprensivo, económico, operativo, etc.; propiedades que, tal y

21 Carlos Santiago Nino, *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino* (Buenos Aires: Emecé Editores, 1992), 42.

22 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 22.

23 En el lenguaje ordinario la expresión “dogmática” parece más relacionada con la teología, dentro de la cual, precisamente, los textos sagrados funcionan como dogmas; esto es, se consideran verdades inmodificables e incuestionables. Los dogmas, en este sentido, no se discuten ni están sujetos a la crítica, sino que se aceptan por mera convicción. Así, resulta paradójico que, pese a la añoranza de cientificidad de los teóricos del Derecho, al menos en este sentido no exista nada más contrario a la ciencia que los dogmas: la verdad de una proposición empírica no depende de la convicción subjetiva del científico, sino que se debe contar con pruebas que corroboren su validez. Atienza sugiere que, en realidad, la dogmática se encuentra en un lugar intermedio entre la ciencia y la teología: la posición del dogmático no es la del teólogo, ya que casi nadie negaría el carácter histórico y dinámico del Derecho positivo, pero tampoco del científico de la naturaleza, ya que se encuentra sometido a la autoridad del Derecho, lo cual establece límites que le son infranqueables. Manuel Atienza, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, *Filosofía del derecho y transformación social* (Madrid: Trotta, 2017), 176. Podemos observar que, pese a que los dogmas en el Derecho se refieren a las prescripciones, estas son expresiones lingüísticas no susceptibles de verdad o falsedad, sino de calificarse como justas o injustas —por ejemplo—; lo cual obedece, más bien, a un lenguaje normativo.

como señala Nino, resultan más propias de los dioses que de personas reales²⁴.

En definitiva, la manera tradicional de entender y llevar a cabo la dogmática jurídica es para Nino algo que no puede entenderse si no se rastrea en el intento por despojar al Derecho —y a la dogmática jurídica— de su normatividad —entendida desde la unidad del razonamiento práctico—, reduciéndolo a una descripción meramente formal del fenómeno jurídico. Asimismo, esto nos ha de llevar a revisar las aspiraciones que han acompañado la historia de nuestra disciplina y de nuestra cultura jurídica.

3. La dogmática jurídica como ciencia del Derecho

Hasta aquí queda claro que, al hablar de la dogmática jurídica, Nino está haciendo referencia a un modelo de ciencia específico que es resultado de una cierta concepción del Derecho reproducida tanto por quienes cultivan la dogmática como por quienes llevan a cabo la práctica jurídica. Esto nos lleva a tener que explorar con un poco más de detalle qué es exactamente lo que Nino tiene en mente cuando habla de la dogmática y cómo la misma se relaciona con el conocimiento jurídico.

Antes indicaba que, al hablar de la dogmática jurídica, Nino hace referencia a un sentido de esta que se equipara con el de “ciencia del Derecho”, aduciendo la actividad desarrollada por los estudiosos de esta materia, e incluyendo con ello tanto sus métodos como sus resultados. Estas actividades, sin embargo, estarían mediadas por el formalismo arraigado en los participantes del Derecho, lo cual se pondría de manifiesto en actitudes como la adhesión acrítica a la legislación y la aceptación de las cualidades formales del Derecho positivo y su subsecuente reducción a dichas cualidades. Estas actitudes, no obstante, implican la aceptación de creencias que estarían siendo adoptadas por la ciencia jurídica de una manera “dogmática”. Esta última expresión se estaría utilizando en un sentido distinto, uno que refiere la creencia en la verdad o corrección de una proposición sin haberla sometido a la corroboración intersubjetiva y al debate crítico que normalmente están presentes en las exigencias del conocimiento científico. En el caso del Derecho, típicamente la aceptación de la fuerza obligatoria del Derecho por cuestiones de mera autoridad. Por eso, Nino va a caracterizar a la dogmática jurídica con actitudes ideológicas por parte de quienes la desarrollan, y con la aceptación de ideales irracionales respecto al Derecho positivo²⁵.

24 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 101.

25 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 322.

No obstante, en este recorrido no queda del todo claro cuál es el modelo de ciencia que Nino tiene presente para después revisar y criticar el modelo específico de la ciencia jurídica. Sobre esto, a primera vista, parecería que Nino tiene en mente un modelo que, como bien advierte Álvarez, pone en juego una caracterización de ciencia que hoy podríamos considerar ingenua y reduccionista²⁶. Tal y como se presentó en el apartado anterior, uno de los puntos de partida en las tesis del autor es la separación entre lo normativo y lo descriptivo. El modelo de ciencia construido sobre la distinción entre hecho y valor es un modelo vinculado con el positivismo lógico, el neoempirismo, que identifica lo que tiene sentido —lo que es significativo— con lo que es verificable. De acuerdo con esta perspectiva, las proposiciones sobre cuestiones normativas deberían ser, o bien analíticas o bien fácticas; de lo contrario, pasarían a considerarse acientíficas y, con ello, un problema ajeno a aquello que puede ser justificado racionalmente y constituir un conocimiento fiable y objetivo. Como caso paradigmático, podemos recordar la conclusión de Carnap, quien consideró que a través de la lógica moderna se había hecho posible dar una respuesta definitiva al problema de la validez y justificación de los saberes normativos:

En el campo de la *Metafísica* (incluyendo la filosofía de los valores y la ciencia normativa), el análisis lógico ha conducido al resultado negativo de que las pretendidas proposiciones de dicho campo son totalmente carentes de sentido. Con esto se ha obtenido una eliminación tan radical de la metafísica como no fue posible lograrla a partir de los antiguos puntos antimetafísicos²⁷.

Esta manera de entender lo científico, sin embargo, ha sido problematizada a lo largo de los años. La dicotomía hecho/valor —“es” frente a “debe”— y la dicotomía analítico/sintético —cuestiones de “hecho” frente a relaciones de “ideas”— fueron centrales para el empirismo clásico y para el positivismo lógico en el siglo XX²⁸. La estrechez del criterio de significatividad llevó a que este tuviera que revisarse profundamente y, finalmente, se tuviera que abandonar la idea de que un predicado fáctico significativo necesariamente implica un predicado observacional:

La dicotomía hecho/valor de los positivistas lógicos se basaba en una imagen estrechamente científicista de lo que puede considerarse un hecho, al igual que el

26 Luciana Álvarez, “Revisitando la dogmática jurídica más allá de Nino: límites y posibilidades para el conocimiento jurídico”, *Dialécticas normativas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019): 3.

27 Rudolf Carnap, “La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje”, *El positivismo lógico* (Madrid: FCE, 1993): 66.

28 Hilary Putnam, *El desplome de la dicotomía hecho valor y otros ensayos* (Barcelona: Paidós, 2004), 23.

antecedente humeano de esta distinción se basaba en una estrecha psicología empirista de ideas e impresiones²⁹.

Así, el criterio de significatividad cognitiva por parte de los positivistas lógicos fue abriéndose; en principio, reconociendo que no todo lo científicamente significativo implica un enunciado de hecho, puesto que hay enunciados analíticos —sin contenido fáctico— y enunciados sintéticos—fácticos. A partir de la segunda mitad del siglo pasado este criterio recibió nuevos y definitivos embistes cuando Quine abatió la noción de lo analítico, subrayando que la idea de clasificar todo enunciado como fáctico o analítico era una cuestión intrincada, imposible de solucionar. La ciencia ha cambiado, problematizando cada vez más la noción de hechos como entidades observables por los sentidos y desvinculando la objetividad de la descripción. Los valores, las experiencias, las convenciones no son sinónimo de irracionalidad; cada vez es más claro que la ciencia los presupone, y que el conocimiento científico depende de las formas contemporáneas de concebir las prácticas científicas³⁰.

No obstante lo anterior, los cuestionamientos de Nino no se dirigen hacia el modelo de ciencia predominante en las distintas disciplinas, sino a las aspiraciones de quienes cultivan la ciencia jurídica —teniendo como base el paradigma formalista— respecto al estatus de su actividad y del conocimiento jurídico que resulta de ella. Esto es, podría parecer que las prevenciones de Nino hacia el modelo de ciencia en general son exageraciones de lo que fue el paradigma de la razón científica en siglos anteriores, pero esta apreciación se apacigua a la luz de las preocupaciones concretas del autor. Nuevamente, Nino estaría cuestionando una forma de entender la ciencia que llevaría a exacerbar ciertos rasgos de un modelo que, ciertamente, ha creado sus propios dogmatismos en distintas áreas del conocimiento. El modelo de ciencia que, de acuerdo con su criterio, es recogido por el Derecho sería uno que toma algunos atributos del modelo clásico empirista y neoempirista, acentuando la distinción entre hecho y valor, e identificando todo lo normativo con lo irracional. El Derecho, para ser considerado ciencia, tendría que apartarse por completo de la categoría de valor y tener la capacidad de generar un conocimiento susceptible de ser objetivo y comprobado analíticamente. De ahí que el conocimiento jurídico tenga que traducirse en descripciones, susceptibles de ser verificadas en la realidad y no dependientes de los sujetos que interpretan o aplican el Derecho.

Lo anterior tendrá dos consecuencias destacables para Nino. La primera tiene

29 Putnam, *El desplome de la dicotomía hecho-valor*, 41.

30 Thomas Samuel Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Carlos Solís Santos, 2.a ed. (México: Fondo de Cultura Económica, 2004).

que ver, paradójicamente, con el valor atribuido al conocimiento científico sobre otro tipo de conocimiento. La segunda será el encubrimiento de las diversas actividades abarcadas por la dogmática jurídica.

La primera cuestión se refiere a las dificultades de concluir la científicidad del Derecho. Durante siglos los estudiosos de las distintas áreas del Derecho se han preocupado por lo complejo que resulta hacer corresponder su actividad con un modelo de científicidad que, en general, desestima la subjetividad y la impredecibilidad. A lo largo de los últimos siglos se han ensayado todas las vías posibles para configurar una ciencia del Derecho, pero todos estos intentos han dado resultados insatisfactorios³¹. En gran medida, esto es resultado de los múltiples desacuerdos que, aún hoy, existen en torno a la concepción del Derecho y a las actividades que desarrollan los juristas.

Los juristas realizan muchas actividades —algunas explícitas y otras no— con distintos objetivos; por esto mismo, parten de diversos presupuestos conceptuales y metodológicos. Aunque podría asumirse simplemente que la dogmática engloba una serie de actividades heterogéneas que tienen relevancia para la práctica del Derecho³², esto resultaría insatisfactorio para un gremio que considera que una actividad, cuando es susceptible de ser calificada como “científica”, pone de manifiesto su carácter racional, su relevancia social y su respetabilidad intelectual. Esto sería una muestra de la carga emotiva positiva del término “ciencia”, pero no implica en modo alguno que una actividad que no encaje en los cánones de científicidad no cumpla con las cualidades mencionadas. Nino pone esto de manifiesto al indicar que tampoco suele calificarse una actividad como científica si, aun cuando coincida con los cánones científicos, no tiene cierto grado de sofisticación intelectual y trascendencia social³³.

Ya Stevenson afirmaba que nuestro lenguaje está plagado de palabras que poseen un vago significado descriptivo y un rico significado emotivo, lo que ocasiona que el primero esté en constante redefinición. Sin embargo, si se otorga un nuevo significado conceptual a palabras que mantienen su significado emotivo, se da lugar

31 Atienza señala que “se ha procurado ver como una ciencia formal (según el modelo de la lógica o de la matemática), como una ciencia natural, como una ciencia social empírica, o como una ciencia social (por su objeto), pero construida según métodos distintos a los de las ciencias empíricas (ciencia espiritual, cultural, etcétera). Atienza, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, 178.

32 La propuesta de Atienza consiste en ver la dogmática jurídica como una tecno-praxis, esto es, como una técnica cuyo cometido fundamental no es obtener conocimiento, sino resolver problemas prácticos sobre la aplicación, interpretación y producción del Derecho. Atienza propone unificar la tesis de que la dogmática no obedece al modelo de ninguna ciencia, sino que es más bien una técnica social con la tesis de que el Derecho se inserta dentro de la razón práctica. Atienza, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”.

33 Nino, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 13.

a definiciones persuasivas que influyen en los intereses de las personas³⁴. Así, hay que considerar que el propio concepto de “ciencia” es ambiguo —posee varios significados, así como una ambigüedad particular de proceso-producto— y vago —su aplicabilidad no está definida y, a pesar de las zonas claras, hay grandes zonas de penumbra—. Pese a lo anterior, no podemos negar que la controversia sobre qué casos caen en su núcleo central y tienen carácter científico no es meramente verbal; está en juego la jerarquía, la trascendencia, la utilidad de la actividad en cuestión, así como la posición social de quienes la desarrollan³⁵.

De esta manera, para los estudiosos del Derecho ha sido necesario poder llamar “ciencia” a lo que hacen, como una manera de asegurar y hacer valer ante los demás que su labor es relevante y debe ser tomada en cuenta. Esto no responde a una preocupación superficial, en tanto que dicho interés ha motivado el refinamiento de la disciplina y la reflexión acerca de la naturaleza de las actividades desarrolladas en el Derecho. Sin embargo, lo que sí resulta cuestionable es el intento forzado de hacer encajar el conocimiento jurídico dentro de una manera de entender la racionalidad científica orientada al mundo del ser, la falta de consciencia sobre los temores y la necesidad de reafirmación que ha llevado a tal empeño y, especialmente, el ocultamiento —consciente o inconsciente— de ciertas dimensiones de la actividad jurídica para lograr dicha correspondencia.

Esto nos permite introducirnos en la segunda cuestión. Siendo las actividades jurídicas tan heterogéneas, con objetivos y funciones diversas, es evidente que en algún punto estas sean valorativas. Sin embargo, la dogmática jurídica, al estar construida sobre el formalismo, rechaza esta dimensión por no corresponderse al Derecho positivo, a su vez, entendido como una realidad ya dada que puede tomarse como dato objetivo que solo puede ser descrito, mas no cuestionado o reconstruido.

Nuevamente, el cambio del iusnaturalismo racionalista al formalismo permitió que el conocimiento acerca del Derecho positivo tuviera un nivel de sistematización y certeza que no se había tenido antes, lo cual favoreció que los juristas pensarán más que nunca en su nuevo papel. No obstante, las actitudes formalistas frente al Derecho positivo que han resultado de este ejercicio han llevado a una aceptación de este sin someterlo a juicio crítico, basada en criterios puramente formales; esto es, una aceptación dogmática. En estos términos, la mejor manera de desarrollar la actividad jurídica es apegándose lo más posible al Derecho positivo, y la manera de generar conocimiento jurídico es describiéndolo objetivamente y llegando a soluciones

34 Charles L. Stevenson, *Facts and Values. Studies in Ethical Analysis* (New Haven: Yale University Press, 1963), 35.

35 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 16.

deducibles de este. Sin embargo, el quehacer jurídico que pretende plantear soluciones apropiadas a los problemas jurídicos a menudo lleva a cabo funciones creadoras que pretenden hacerse pasar como consecuencias previstas por el propio ordenamiento jurídico. En este sentido, Nino afirma que esto es algo sumamente común en la práctica del Derecho que, sin embargo, pasa desapercibido porque los juristas emplean distintas técnicas y recursos para proponer modificaciones al sistema, al tiempo que mantienen la apariencia de absoluta adhesión al Derecho legislado. Principalmente, identifica la formulación de teorías, los ejercicios de análisis conceptual que caen en esencialismos, y la exaltación de ideales como el del legislador racional.

Las teorías de la dogmática jurídica, de manera similar a las teorías científicas, buscarían encontrar principios generales que posibiliten explicar enunciados de verdad o validez, y que den lugar a nuevas hipótesis que puedan ser contrastadas. Sobre las teorías jurídicas, el autor destaca que poseen atributos valiosos, por ejemplo, su coherencia y sistematicidad, pero no es posible equipararlas a las teorías científicas que dan cuenta de una realidad material. Las teorías jurídicas estarían, más bien, cumpliendo un papel normativo de guía para las personas que deben interpretar y aplicar el Derecho positivo y que se encuentran ante casos en los que la solución no es evidente. Respecto al análisis y la clasificación conceptual, estas se presentarían también como ejercicios de descripción objetivos en los que, sin embargo, a menudo se fija un determinado núcleo de significado como la verdadera naturaleza o la esencia de una institución jurídica. Las propiedades de un concepto estarían ocultando la discusión y la selección en torno a ellas, en aras de, supuestamente, facilitar la comprensión de las instituciones y tener una guía certera para su interpretación. Finalmente, ideales como el del legislador racional cumplen una función relevante en el discurso del jurista, puesto que permiten justificar soluciones jurídicas originales que son propuestas por la dogmática. La racionalidad del legislador es una cuasihipótesis que se acepta dogmáticamente, no como tesis metodológica, sino como pauta normativa que prescribe que los juristas deben interpretar el Derecho como si el legislador fuera racional³⁶.

Para Nino, el uso de estas técnicas pone de manifiesto que la dogmática jurídica posee una dimensión valorativa que es ineludible, la cual debe reconocerse abiertamente en tanto que permite mejorar la práctica del Derecho y proponer soluciones a problemas no previstos por el Derecho positivo. La labor de los dogmáticos proporciona herramientas a los operadores jurídicos y favorece la

36 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 105.

reconstrucción del sistema jurídico de manera que puedan evitarse soluciones valorativamente insatisfactorias, tanto a nivel de *lege ferenda* como de *sententia ferenda*. A menudo es aquí donde se encuentran sus principales aportaciones, aunque estas sean encubiertas ante el temor de que, en tanto que actividades normativas, sean despreciadas y calificadas de mera subjetividad sin justificación racional.

En el panorama actual la dogmática jurídica que Nino cuestiona parece ir quedando cada vez más obsoleta, avanzando hacia un modelo como el que él reivindica. Por ejemplo, de acuerdo con Alexy, la dogmática jurídica hace referencia a la ciencia del Derecho, a una perspectiva sobre distintos objetos de carácter normativo que, sin embargo, apunta a una pluralidad de actividades; centralmente: la descripción del Derecho vigente, su análisis sistemático y conceptual, y la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. Una visión más integral de la dogmática, entonces, tiene en cuenta tres grandes tareas: (1) análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) reconducción de este análisis a un sistema, (3) aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas. A su vez, estas actividades darían lugar a tres grandes dimensiones: (1) empírico-descriptiva (descripción y prognosis de la praxis de los tribunales y averiguación de la voluntad fáctica del legislador), analítico-lógica (análisis de conceptos jurídicos e investigación de las relaciones entre normas y principios), práctico-normativa (propone y fundamenta una interpretación a una norma, una nueva norma, una nueva institución, critica a una decisión judicial con base en sus defectos prácticos y elabora contrapropuesta). En síntesis, una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo³⁷.

Otro ejemplo sería el caso de Courtis, quien ha distinguido tres tareas cumplidas por la dogmática: a) una tarea expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir un conjunto de normas del Derecho positivo cuyo contenido es presentado como no problemático; b) una tarea cuya orientación pretende ser descriptiva, en el sentido de postular como plausible una interpretación determinada del contenido del Derecho positivo, pero también con un contenido normativo que señala razones para inducir al aplicador a preferir esa interpretación sobre otras (*lege data*); y c)

37 Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trads. Manuel Atienza e Isabel Espejo (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 246.

una tarea cuya orientación pretende ser crítico-prescriptiva, no descriptiva, en la que el intérprete acepta que la solución que propone para la regulación o decisión de un caso no puede derivar del Derecho positivo vigente, y postula que la mejor solución implica no la interpretación, sino la modificación de este. Hasta aquí, Courtis señala que esta caracterización de la dogmática se refiere a su trato con normas jurídicas, pero que también habría que considerar que parte de su labor consiste en la sistematización, comentario y crítica de sentencias judiciales, a las cuales se puede aplicar un esquema de análisis similar al propuesto³⁸.

Ambos modelos presentan una visión integral de la dogmática que reconoce un espacio para las tareas de sistematización y de descripción del Derecho positivo, pero también para la actividad crítica y de mejora de las prácticas jurídicas. Así, nuevamente es preciso matizar y subrayar que la crítica de Nino a la dogmática como ciencia del Derecho está vinculada con una forma de entenderla que deliberadamente deja fuera la dimensión valorativa o crítica por considerarla no susceptible de justificar racionalmente. No obstante, las insuficiencias del modelo discutido por Nino siguen vigentes, en tanto que la herencia formalista no ha desaparecido.

4. La dogmática penal en el pensamiento de Nino

Como se ha subrayado, los intereses iusfilosóficos de Nino se orientaron desde sus inicios a problemas penales. De manera similar a sus inquietudes por el ámbito jurídico en general, el autor mostró desde sus primeras obras en esta materia una disposición clara a ocuparse de los fundamentos del Derecho penal, así como una sentida preocupación por lo que percibía como un descuido generalizado de esta dimensión.

Sin embargo, la manera en la que dichos fundamentos fueron abordados en su obra académica no fue homogénea. En este sentido, considero que se pueden destacar tres momentos decisivos. El primero corresponde con su formación inicial. Nino se instruyó en la materia penal con Luis Jiménez de Asúa, entonces profesor de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires y director del Instituto de Derecho Penal y Criminología. Asimismo, fue muy cercano a Sebastián Soler. Ambos penalistas no solo tenían un perfil abocado hacia cuestiones prácticas y políticas del Derecho penal, sino que eran firmes representantes de la tradición más fuerte en el ámbito; esto es, la doctrina alemana. Así, la dogmática jurídico-penal alemana, con sus más claros exponentes (por ejemplo, Feuerbach, Von Belling, Binding,

38 Christian Courtis, "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática", en *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (Madrid: Trotta, 2006), 113–118.

Welzel), fueron el primer punto de encuentro de Nino con el área penal. El segundo momento tiene lugar cuando el autor se trasladó al mundo anglosajón para realizar sus estudios de doctorado. Durante esa etapa, Nino tiene contacto con una tradición penal y una perspectiva de los problemas penales distinta, la del *Common Law*. La teoría general de responsabilidad penal que propone en este período es resultado de un contraste entre ambas tradiciones —lo que, en ese momento identifica como el enfoque conceptualista y el intuicionista— y pretende ser una crítica a la teoría del delito, predominante en la teoría y la práctica penal, pero también una alternativa que fusiona de alguna manera lo mejor de ambas tradiciones. El tercer momento corresponde a una etapa más madura de su pensamiento en la que sus aportaciones al ámbito penal están completamente articuladas en un proyecto normativo —asumiendo la perspectiva de la unidad del razonamiento práctico— en torno a la asignación de responsabilidad penal y a la imposición del castigo, susceptible de aplicarse a situaciones social, moral y políticamente complejas.

Tener presentes estos distintos momentos puede ayudar a entender por qué la obra penal de Nino está integrada por aportaciones más cercanas a problemas clásicos de la dogmática penal —como pueden ser “La definición de ‘delito’”³⁹, “La pequeña historia del ‘dolo y el tipo’”⁴⁰ o *El concurso en el Derecho penal*⁴¹—, otras con una perspectiva más general y con el ánimo de teorizar sobre cuestiones penales —por ejemplo, *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*⁴² o *La legítima defensa*⁴³—, y otras con una vocación más integral que muestran la vinculación del Derecho penal con cuestiones políticas y morales —por ejemplo, “*Democracy and Criminal Law*”⁴⁴, “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”⁴⁵ o *Radical Evil on Trial*⁴⁶—.

Ahora bien, en todas estas aportaciones está presente la denuncia hacia lo que considera un abandono de los fundamentos del Derecho penal; un descuido que, nuevamente, será vinculado con el formalismo jurídico. El Derecho penal no será la

39 Carlos Santiago Nino, “La definición de ‘delito’”, *Notas de Filosofía del Derecho* 5 (1969): 47.

40 Carlos Santiago Nino, “La pequeña historia del ‘dolo y el tipo’”, *La Ley* 148 (1972): 1063.

41 Nino, *El concurso en el derecho penal*.

42 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*.

43 Nino, *La legítima defensa*.

44 Carlos Santiago Nino, “Democracy and Criminal Law”, en *Aktuelle Probleme der Demokratie. Internationale Jahrbuch für Rechtsphilosophie* (1989).

45 Carlos Santiago Nino, “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, *Doctrina Penal*, 12 (1989): 29-48.

46 Carlos Santiago Nino, *Radical Evil on Trial* (New Haven: Yale University Press, 1996).

excepción al sesgo formalista, por lo que se trataría de una materia en la que este se manifiesta a través de una manera de concebir el conocimiento del Derecho con los atributos de completitud, sistematicidad y coherencia, además de una serie de actitudes contrarias al debate intersubjetivo en quienes estudian y desarrollan la práctica penal. Este formalismo estaría también alimentando una cierta manera de hacer y entender la dogmática que llevaría a encubrir la normatividad dentro de este ámbito. Son estas características de la tradición penal predominante las que le llevaron a ser especialmente crítico con la dogmática jurídico-penal.

En esta línea de ideas, la dogmática jurídico-penal vendría a representar los desaciertos que Nino ya identificaba para la dogmática en general. Por un lado, preservando una serie de actitudes formalistas que propiciarían posturas místicas y faltas de crítica respecto de ciertas teorías y conceptos. Y, por otro lado, habilitando un modelo de ciencia que pretende construir teorías descriptivas sobre cuestiones que claramente no lo son, encubriendo un papel creativo y propositivo que resulta clave para que los operadores jurídicos puedan resolver los problemas prácticos de una manera axiológicamente adecuada. Como muestra de lo anterior, Nino va a dirigir estas acusaciones especialmente a la teoría del delito.

La teoría general del delito es calificada por Nino como “el producto más sofisticado de la dogmática jurídica”. Esta teoría ha sido formulada sustancialmente por autores alemanes que coincidieron en la aspiración de construir un sistema de criterios y condiciones que permitiera resolver los casos, así como atender las dificultades surgidas en la práctica de determinar que alguien es penalmente responsable y que puede afrontar las consecuencias jurídicas previstas. La teoría general del delito ha construido un aparato conceptual con un nivel de sistematización muy alto, a través del cual se han logrado proporcionar criterios refinados y útiles para el Derecho penal de nuestras sociedades. La influencia de esta teoría ha sido tal que ha llegado hasta nuestros códigos penales, los cuales han tomado los planteamientos de esta teoría para fijar su parte general.

Así, Nino reconoce que, gracias a esta teoría, la tradición continental cuenta con un grado de sofisticación admirable, pero esta admiración estaría también acompañada del señalamiento de dos grandes defectos: la admisión (casi siempre implícita) de presupuestos conceptualistas (se refiere a la actitud esencialista sobre la posibilidad de hallar una definición que posea una correspondencia con la realidad) y la inadmisión del carácter normativo de sus principios básicos⁴⁷. Esta teoría es una

47 De ahí que su propuesta de teoría de responsabilidad penal no siga la estrategia de centrarse en el esclarecimiento de conceptos como el de delito o castigo, sino en establecer los principios básicos para orientar la asignación de responsabilidad penal. En concreto, propone el principio de protección prudencial de la sociedad, el principio de

muestra clara de que, detrás de lo que se muestra como un análisis del concepto de delito —acción típica, antijurídica, culpable y punible—, se encubre algo mucho más relevante y ambicioso que solo “definir” el delito, lo cual, sin embargo, no estaría siendo abiertamente discutido. De esta manera, la elaboración de la teoría sigue una especie de realismo verbal que aspira a encontrar la verdadera esencia y la estructura ontológica de la institución jurídica del delito, en lugar de la reflexión profunda sobre qué implica el delito y la manera de asignar responsabilidad penal por parte de los operadores jurídicos.

En la dogmática penal existe un acuerdo general sobre la conveniencia de contar con un concepto de delito que permita la identificación y el estudio de las características esenciales que debe tener una conducta para ser considerada delito. La construcción de este concepto ha generado un profundo interés, ya que de su establecimiento pueden extraerse valiosas directivas para la labor de los operadores del Derecho. También existe un acuerdo sobre el mejor enfoque para hacer tal tarea: frente a la opción de un concepto unitario que presenta al delito como un todo que no puede fraccionarse, se opta por un concepto analítico en el que se separan los elementos del delito como acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Un concepto unitario posee la desventaja de no determinar si el delito debe concebirse como infracción a un deber ético-social (prevalece el juicio de disvalor sobre el hecho que sobre el autor) o como una lesión de un interés social (prevalece el juicio de disvalor sobre el autor que sobre el hecho). En cambio, un concepto analítico distingue con mayor nitidez entre el papel de la antijuridicidad como juicio de disvalor sobre la conducta, y la culpabilidad como juicio de disvalor sobre el autor⁴⁸. De esta manera, los penalistas dogmáticos contemporáneos coinciden en la idoneidad de un concepto analítico de delito⁴⁹, así como en la aceptación de un grupo de autores

asunción de la pena, el principio de intersubjetividad o anti-perfeccionista del Derecho penal y el principio de antijuridicidad. Sobre esta base normativa y su evolución en torno a la teoría consensual del castigo, puede consultarse Ilsse Torres Ortega, “La teoría consensual de Carlos S. Nino y sus aportaciones al debate sobre el castigo”, en *Dogmática, moral y derecho. Estudios en torno a la obra de Carlos S. Nino*, eds. Pablo Rapetti y David Sierra (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024), 129–159.

48 Sobre esto Muñoz Conde y García Arán señalan lo siguiente: “Al primer juicio de desvalor se le llama ilicitud o antijuridicidad. Al segundo culpabilidad o responsabilidad. Antijuridicidad es la desaprobación del acto; mientras que la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo”. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal: parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 202.

49 Esto no quiere decir que esta cuestión no genere desacuerdos. Las definiciones propuestas por los juristas (particularmente por los penalistas) han sido muchas y muy variadas. Nino señala que muchos de los desacuerdos que engendran estas definiciones se deben a las dificultades propias de definir, por ejemplo: no se ha tenido claro si lo que se desea hacer es una definición nominal, una descripción o un análisis de los distintos fenómenos implicados; la dificultad de que con la misma palabra se ha intentado hacer referencia a fenómenos muy diversos entre sí; la presencia de distintas actitudes sobre lo que merece el calificativo de “delito”; tampoco se ha esclarecido si con la definición de delito lo que se pretende es dar cuenta de los usos lingüísticos vigentes de la palabra o si se quiere hacer una definición estipulativa; además tampoco ha habido acuerdo sobre el método a utilizar, aunque en las definiciones dogmáticas predomina el analítico que opta por señalar las características intrínsecas al delito y ocu-

como precursores de lo que hoy se conoce como la teoría del delito⁵⁰.

Nino identifica en la obra de Ernst Von Beling (1866-1932) el paradigma de la formulación clásica de la teoría del delito⁵¹. Beling publicó en 1905 *Die Lehre vom Verbrechen* (La teoría del delito) y definió el delito como una acción adecuada a un tipo, antijurídica y culpable, y sujeta a una sanción penal:

Toda acción, por antijurídica y culpable que sea, si no es incluíble en los tipos legalmente establecidos —lo atípico— para el jurista significa una acción no punible; y viceversa, acción típica significa acción digna de pena según la medida de las penas correspondientes y conforme a las demás disposiciones legales relativas a la punibilidad⁵².

Se trata del primer dogmático en introducir el tipo como elemento básico⁵³ y, por ello, después de este autor se aceptan, por lo menos, cuatro elementos —acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad— para definir el delito. A partir de ese momento, dicha teoría se desarrolló sobre el edificio teórico de Beling, el cual ha sido gradualmente demolido y reconstruido⁵⁴. Los grandes debates sobre esta teoría han girado en torno a cómo deben entenderse estos cuatro elementos, descomponiendo cada uno de ellos y discutiendo sobre los subelementos que los integran. En concreto, estos elementos son caracterizados por Nino de la siguiente manera: a)

parse por separado de ellas. Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*, comp. Gustavo Maurino (España: Gedisa, 2008), 188–190. Este es el caso del concepto de delito que actualmente tiene mayor aceptación. Siguiendo este método lo que hacen es “descomponer el fenómeno definido en sus características intrínsecas. En general, se basan en el procedimiento por género próximo y diferencia específica, por los cuales se va distinguiendo el objeto pertinente ubicándolo en clases y subclases sucesivas (con respecto al delito, primero se lo ubica en la clase de las acciones, luego, en la de las acciones antijurídicas, y así sucesivamente)”. Nino, *Fundamentos de derecho penal*, 190.

50 En el desarrollo de la actual teoría del delito han tenido lugar distintas teorías. En general, se habla de las siguientes: teoría del causalismo naturalista (Franz von Liszt y Ernst von Beling), teoría del causalismo valorativo (Edmund Mezger), la teoría del finalismo (Hans Welzel) y la teoría del funcionalismo (Claus Roxin con una versión moderada y Günther Jakobs con una radical).

51 Ernst von Beling fue, por cierto, uno de los autores de los que más se ocupó Sebastián Soler.

52 Ernst von Beling, *Esquema de Derecho penal* (Buenos Aires: El Foro, 2002), 275.

53 De acuerdo con Nino, desde que Beling planteó este elemento, el tipo ha pasado a ser un tema central en las discusiones de los penalistas. Sin embargo, no resulta tan claro a qué hace referencia. Si bien, en términos generales, se trata de una reformulación del “*principio nullum crimen, nulla poena sine lege*”, dicha expresión es utilizada en sentidos muy diversos dentro de la dogmática penal. Así, Nino señaló como usos centrales de la palabra “tipo” los siguientes: a) como equivalente al conjunto de elementos del delito (acción, antijuridicidad, culpabilidad, etc); b) un sentido técnico que se manifiesta en la expresión “figura delictiva” (*delikttypus* según Beling); c) la función de hacer referencia al “núcleo” de las figuras delictivas; d) como expresión que denota solamente aquellas descripciones legales que reúnen un grado considerable de precisión, y excluye las figuras delictivas notoriamente vagas; e) también es usado para hacer referencia a aquellas figuras delictivas contenidas en normas de origen legislativo y sancionadas con antelación a la ocurrencia de conductas que describen; f) a través de sus derivados —tipicidad, adecuación típica, encuadramiento en el sentido de tipo, etc.— se designa la vigencia exclusiva de la técnica de interpretación a contrario para la subsunción de los hechos de las figuras delictivas. Nino, *Fundamentos de derecho penal*, 260.

54 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 53.

la tipicidad comprende la presencia de un movimiento corporal voluntario, así como su producción con dolo o culpa, junto con la exigencia de satisfacción del principio de legalidad; b) la antijuridicidad constituye una condición de punibilidad y sirve para delimitar las circunstancias que el agente debe conocer para ser punible; c) la culpabilidad requiere que al agente pueda reprochársele que actuara como lo hizo, que sea imputable y que haya comprendido o podido comprender la antijuridicidad de su acción⁵⁵.

Ahora bien, para Nino, la teoría general del delito —y en general la dogmática jurídico-penal— tiene el defecto metodológico de no reconocer el carácter normativo de sus principios básicos. Esto ha propiciado que históricamente los teóricos hayan asumido una actitud equivocada frente a definiciones como la de delito, tomando dichas definiciones como fórmulas a partir de las cuales se pueden hacer otras distinciones conceptuales que den respuesta a nuevos supuestos, pero permaneciendo —aparentemente— en el terreno descriptivo. De esta forma, cuando los teóricos penales se ven frente a una definición como la de delito suelen poner en ella una serie de aspiraciones que no son propias de la elucidación de un término jurídico. De ahí que el autor identifique la teoría continental del delito con el “enfoque conceptualista”, puesto que considera que a esta adhesión a las fórmulas subyace una actitud esencialista, de acuerdo con la cual es posible hallar una definición que no tenga únicamente el mérito de clarificar, sino que además posea correspondencia con la realidad. Esta metodología conceptualista lleva a ver en el concepto una guía infalible para identificar aquello que es o no delito, así como para tener respuesta a todos los casos que se presenten, pasando por alto que para todo esto es necesario fundamentar el alcance de las condiciones de responsabilidad penal y no realizar meras distinciones conceptuales.

La teoría del delito permite inferir soluciones para casos que no han sido previstos por el Derecho positivo; el problema es que estas soluciones se presentan como meras explicitaciones de algo que está implícito en el orden jurídico⁵⁶. Esto favorece una toma de decisiones que, aunque versa sobre consideraciones valorativas, quedan ocultas bajo distinciones conceptuales, evadiendo la tarea de justificarlas. Todo esto apunta a que existiría una incoherencia entre lo que los dogmáticos hacen y lo que dicen que hacen; además de continuar construyendo un modelo insatisfactorio de teoría jurídica que elude el control racional sobre las soluciones que se proponen en la reconstrucción del sistema jurídico, obstaculizando

55 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 62.

56 Nino, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 18.

que se tenga una discusión abierta sobre los presupuestos valorativos que subyacen a tales soluciones⁵⁷.

En definitiva, la crítica del autor a la teoría general del delito apunta al modelo de ciencia jurídica al que aspira y a su metodología conceptualista. Esta teoría en realidad no es descriptiva, sino que parte de consideraciones valorativas y de prescripciones que, aunque no estén siendo intersubjetivamente reflexionadas, sí están incorporadas en la definición de delito. Así, esta definición no atiende a un problema conceptual y no estipula únicamente condiciones de tipo lingüístico, sino que establece las condiciones que han de ser exigidas para asignar responsabilidad penal. Por tanto, sus consecuencias son normativas y esto no corresponde a una fórmula lingüística o a una descripción: su carácter es prescriptivo. Detrás del enorme esfuerzo por definir el delito se oculta la pretensión de evitar soluciones valorativamente insatisfactorias. No obstante: “si una prescripción se confunde con una definición conceptual, pueden desvanecerse tanto la fuerza normativa de la prescripción como la función de identificación que cumple esa definición”⁵⁸.

Un análisis similar fue realizado en torno a otras teorías centrales de la dogmática jurídico-penal, como es el caso de la teoría del bien jurídico, una teoría que nació con una vocación de crítica hacia el Derecho vigente que, sin embargo, se ha ido desdibujando⁵⁹. Estas teorías tendrían en común el carácter normativo encubierto por una sincera adhesión a la concepción formalista que, sin embargo, alimenta una ideología que acepta acríticamente el Derecho positivo. Al tiempo, debido al esencialismo que conllevan también llegan a constituir una limitación

57 Nino, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 20.

58 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 78.

59 Nino considera que, al igual que sobre la teoría del delito, la teoría del bien jurídico tradicional se basa en un concepto de bien jurídico de contenido descriptivo —el cual se establece según su supuesta correlación con datos empíricos definidos—. Con esta expresión suelen identificarse una variedad de fenómenos tan distintos que difícilmente podemos hablar de una interpretación uniforme de la frase “lesión de un bien jurídico” relacionada con ciertos datos empíricos. Más bien, dice el autor, el sentido de una frase como esta consiste en intentar dar cuenta de ciertos hechos que una teoría de la responsabilidad penal toma como relevantes en el momento de inferir soluciones jurídicas. Nino, *La legítima defensa*, 232. La dogmática penal tiene por asumido que sólo los bienes jurídicos pueden ser objeto de protección por el Derecho penal (principio de protección de bienes jurídicos) y que todo delito lesiona un bien jurídico, pero dada la heterogeneidad de dichos bienes (individuales y universales), parece que no siempre es adecuado decir que se les puede identificar con situaciones fácticas; la consideración de que todo delito lesiona un bien jurídico va más allá de esto. Nino sugiere que esta conexión entre delito y bien jurídico puede ser entendida en tres sentidos: como referida al significado de la palabra delito (si entre las características definitorias se incluyera la lesión a un bien jurídico, sería lógicamente necesario que todo delito ataca a un bien jurídico, aunque habría que negar que ciertos actos sean delitos); como descripción de las figuras delictivas de la legislación positiva (si un acto no lesionara un bien jurídico no sería delito porque provocaría la ausencia de la tipicidad, pero sería una afirmación contingente y falsa respecto a nuestro sistema); como una descripción de las conductas delictivas particulares (afirmar que de hecho todo delito lesiona un bien jurídico, como generalización empírica de verdad contingente). Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 80–81. La tesis de que todo delito vulnera un bien jurídico en realidad es utilizada por la dogmática para resaltar una relación con la antijuridicidad, no con alguna entidad fáctica. Por esta razón, Nino subraya la necesidad de entender el bien jurídico como un término teórico que no hace referencia directa a ninguna entidad observable, sino que su entendimiento requiere ver el contexto de la teoría en que tiene lugar; es esto lo que permite vincular los términos teóricos con correlaciones empíricas.

para proponer soluciones valorativamente adecuadas bajo el argumento de que, según un determinado análisis conceptual, una situación concreta no llega a ser abarcada por el concepto. Al respecto, Nino analizó la figura del concurso penal, cuyo estudio parecía más orientado a determinar las dificultades del concepto de acción en el contexto jurídico que por sus enormes implicaciones en la asignación de responsabilidad penal⁶⁰.

Pese a lo anterior, Nino reivindica que las teorías dogmáticas desempeñan dos funciones muy relevantes. La primera de ellas es una función explicativa respecto a las normas positivas. La segunda es una función legislativa, en tanto que sus elaboraciones no son resultado únicamente de la deducción de reglas del ordenamiento, sino que también permiten inferir reglas y principios no contemplados por el legislador en el orden jurídico. A través de esta función, las teorías jurídicas reconstruyen el Derecho legislado, colmando lagunas o fijando criterios para resolver conflictos entre normas o para establecer sus alcances⁶¹.

De manera similar a lo indicado en el caso de la dogmática en general, es posible identificar cambios significativos en la situación generalizada que Nino denunciaba. Tal y como indican Manrique, Navarro y Peralta puede hablarse de dos grandes concepciones de la dogmática penal que, si bien pretenden un estatus científico específico para sus aportaciones, difieren sustancialmente en sus objetivos y metodología. La primera, la concepción clásica, entiende que la tarea de la dogmática consiste en dar cuenta de cómo es el Derecho, para lo cual se ciñe a la interpretación y exposición sistemática de las normas penales. La segunda, la concepción contemporánea, se compromete con un análisis sobre cómo debe ser un sistema penal ideal, por lo que la dogmática cumple una función normativa, identificando normas y soluciones que pueden ser invocadas para justificar decisiones⁶². Como estos mismos autores ponen de manifiesto, ninguno de los dos modelos está exento

60 Cuando Carrió elaboró el prólogo del libro *El concurso en el Derecho penal* planteó una crítica a la metodología elegida por el joven Nino para examinar el concurso —esta metodología partía del lenguaje ordinario para determinar los criterios susceptibles de resolver las dificultades de la palabra acción en el contexto jurídico, con el fin de aplicarlas después al caso del concurso penal—, subrayando algo que sería trascendente para su trabajo posterior: “Más que por el (supuesto) uso ordinario de tales expresiones, la solución de esas dificultades deberían guiarse por consideraciones de otro tipo, vinculadas con la justificación del castigo como práctica social y con los principios complementarios que precisan y condicionan la imposición de castigos en casos particulares” Genaro R. Carrió, “Prólogo”, en *El concurso en el derecho penal: criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de la conducta* (Buenos Aires: Astrea, 1972), 13. En el epílogo de esta misma obra, Nino contestó a *Criticus* (el áter ego de Carrió) que concordaba con su opinión: las soluciones que se den a las situaciones del concurso penal dependen de los principios sobre el alcance de la punición que se acepten y de las reglas que de ellos se inferían. Nino, *El concurso en el derecho penal*, 134.

61 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 80.

62 María Laura Manrique, Pablo Navarro y José Peralta, *La relevancia de la dogmática penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 17–18.

de dificultades y ninguno de los dos puede considerarse obsoleto⁶³. Por mencionar otro ejemplo significado, Silva, siguiendo al penalista alemán Hruschka, ha subrayado que la actividad intelectual de la dogmática posee tres ámbitos: el análisis de las estructuras subyacentes al sistema de reglas del Derecho penal, la realización de estudios ético-normativos y jurídico-políticos sobre el merecimiento de pena, y la formulación de comentarios sobre el Derecho positivo vigente⁶⁴. Asimismo, critica abiertamente el que se reduzca la dogmática a posturas como el cientificismo o el formalismo, en tanto que pretenden excluir las valoraciones.

Nuevamente, tener presente la problematización del modelo presentado por Nino es importante para matizar algunas críticas y, quizá, también para entender por qué algunas de ellas no han calado tan hondamente en la literatura penal. La propia dogmática jurídico-penal ha tenido un desarrollo que le ha llevado a revisar su raigambre formalista y, especialmente, a reconocer la dimensión crítico-prescriptiva como parte esencial de su labor.

5. La irrelevancia (o no) de Nino en la dogmática jurídico-penal

El trabajo penal de Nino se encuentra dirigido a un público amplio. De ello dejan constancia las propias palabras del autor. Por ejemplo, en el inicio de su teoría general sobre asignación de responsabilidad penal, Nino manifiesta su deseo de que las reflexiones allí contenidas sean relevantes para los juristas penales con vocación por el análisis de la fundamentación filosófica de instituciones y soluciones jurídicas, los filósofos y otros teóricos sociales, así como los especialistas en derecho comparado⁶⁵. De esta manera, hay elementos para afirmar que al escribir sobre cuestiones penales —aun teniendo en mente un público amplio, en tanto que los problemas de esta materia no son exclusivos de los penalistas— y al ser crítico con la manera que él consideraba dominante de desarrollar la dogmática jurídica en ese ámbito, esperaba tener un impacto positivo en la tradición penal.

Este apartado, seguramente, tiene mucho de especulación, ya que es complicado afirmar la hipótesis de la influencia de un determinado autor en una materia. A día de hoy podemos contar con criterios medibles (por ejemplo, el número de citas y el

63 Estos autores centran su obra en los desafíos de la concepción contemporánea referentes a la conexión contingente entre normas dogmáticas y racionalidad de las decisiones y en la distancia conceptual entre normas y soluciones adecuadas.

64 Jesús María Silva Sánchez, *Dogmática jurídica y política criminal* (Madrid: Civitas, 2019), 5.

65 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, IX.

área a la que pertenecen las personas que realizan tales citas), pero no se trata de cuestiones concluyentes; sobre todo considerando que Nino falleció en 1993 y que el paso del tiempo puede contribuir a que el impacto de un autor disminuya o que los problemas de los que se ocupó hayan perdido relevancia. Para evitar caer en meras suposiciones, en este apartado quisiera centrarme en la manera en la que el autor desarrolló la reflexión filosófica sobre cuestiones penales, su estrategia crítica para ingresar a la comunidad académica de la dogmática jurídico-penal, y en la distancia que se estableció entre dicha tradición y sus aportaciones. El objetivo de explorar lo anterior es sostener que, en efecto, Nino no es un autor de primera referencia en el ámbito penal, pero esto sería más por razones contingentes o de mera afinidad que por el valor de sus aportaciones a esta materia.

Sobre la primera cuestión, ya he señalado que a Nino le interesaba, especialmente, el nivel de los fundamentos del Derecho penal. Ahora bien, la manera en la que Nino se adentró en dichos fundamentos implicó alejarse de la doctrina alemana. Nino se interesó en distintas tradiciones filosóficas y criticó la manera en la que dichas cuestiones parecían ser absorbidas —tanto en cuestión metodológica como de sustancia— por la dogmática penal. Por ejemplo, en la dogmática jurídico-penal el tema de los fines de la pena es claramente identificado como una de las cuestiones filosóficas por antonomasia. Sin embargo, la manera tradicional de abordarlo es a través del planteamiento de las teorías absolutas y relativas, en el que predomina el pensamiento de autores alemanes como Kant, Hegel o Feuerbach. Nino fue crítico con esta manera de abordar la discusión. Propuso plantearla más bien como el debate sobre la justificación del castigo, salir de la dicotomía del pensamiento de los clásicos, y construir una base de principios que autorizan la institución del castigo o las prácticas que caen dentro de ella. Finalmente, propuso una teoría mixta, en la línea de lo que estaba siendo discutido en el mundo anglosajón a partir de las aportaciones de Hart⁶⁶.

Esta manera de reflexionar sobre los fundamentos contrasta con la que él consideraba la manera de tratarlos por la doctrina dominante. La ciencia jurídica le parecía más preocupada por la construcción de su aparato sistemático que por el estudio de interrogantes fundamentales en torno a la acción, el libre albedrío, el sentido de la pena, el liberalismo en el ámbito penal o el papel del consentimiento en

66 En términos muy generales, Hart sugiere distinguir tres grandes cuestiones en torno al castigo: la definición, el fin general justificativo —el cual sería consecuencialista— y la distribución de castigos que implica cuestiones de título y cantidad —en las cuales se combinan consideraciones consecuencialistas y retribucionistas—. H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

la asunción de responsabilidad. Desde luego, Nino dialogó con importantes penalistas que se ocuparon de estas cuestiones —basta con pensar en las referencias a Gimbernat⁶⁷ y sus reflexiones sobre el libre albedrío o el conocido debate que tuvo con Zaffaroni⁶⁸ sobre la legitimidad del Derecho penal y la criminología crítica—, pero, aun así, se trataban de una excepción. La imagen de la ciencia del Derecho penal que encontraba más frecuentemente se correspondía al modelo de dogmática jurídica tradicional; un modelo a la manera de los autores clásicos como Von Liszt cuando señalaba que el objeto de la ciencia jurídico-penal es formular, desde un aspecto puramente técnico-jurídico, y basándose en la legislación, los delitos y las penas como generalizaciones ideales, así como desarrollar las prescripciones particulares de la ley, elevándose hasta las ideas fundamentales y los últimos principios para formar un sistema cerrado⁶⁹.

A esto hay que añadir que Nino tenía como punto de partida una reflexión sobre el Derecho en general y, desde allí, una concepción del Derecho basada en la tesis de la unidad del razonamiento práctico. Esto implicó una revisión de los fundamentos que combinaba el diálogo con la ética, los límites del poder, las teorías de la justicia, la democracia y los derechos humanos. Precisamente, en una búsqueda por trabajos académicos publicados en revistas penales que citan a Nino, encontraremos que la mayoría de las referencias a su obra se realizan para subrayar los límites al poder punitivo o los derechos humanos⁷⁰.

Esto que acabo de señalar, en principio, no dice mucho sobre la influencia del pensamiento del autor en el pensamiento penal contemporáneo. Sin embargo, me parece que proporciona una buena razón para concluir que el impacto ha sido

67 Enrique Gimbernat Ordeig, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?” En *Estudios de derecho penal*. (Madrid: Tecnos, 1971).

68 Eugenio Raúl Zaffaroni y Carlos Santiago Nino, “El debate Nino-Zaffaroni”, *No hay derecho* II, 4 (1991), 4-8; II, 5 (1992), 5-8; y III, 8 (1993), 25-26.

69 Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho penal* (Madrid: Reus, 1999), 6.

70 Por ejemplo:

-Héctor Hernández Basualto, “El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito”, *Revista de Derecho*, Vol. 20, Nº. 2, 2007. “La dogmática penal impulsada por Nino marca una inflexión garantista, al enfatizar en los límites normativos del poder punitivo frente a sujetos vulnerables como los adolescentes”.

- Juan Fernández Carrasquilla, “¿Es todavía posible una dogmática penal en América Latina?”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. XIV, No. 47-48 (1992). “La influencia de Nino y Novoa Monreal representa la vanguardia de un pensamiento penal estructurado desde los derechos fundamentales”.

-Karolina Víquez, “Derecho penal del enemigo: ¿una quimera dogmática?”, *Política Criminal*, volumen 2, Nº 3 (2007): 1-18. “El garantismo de Nino funciona como antídoto conceptual frente al modelo de Jakobs, al exigir control judicial pleno y proporcionalidad material”.

- Miguel Rafael Pérez Arroyo, “Políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático-penales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LIII (1999). “Nino es crucial en delimitar el núcleo inviolable de garantías frente a los intentos de funcionalizar el Derecho penal”.

-Manuel Salvador Grosso García, “Una aproximación crítica al concepto ‘Derecho penal del enemigo’”, *IUSTA*, Nº 27 (2007). “La concepción garantista de Nino establece un dique normativo ante propuestas de excepción penal”.

limitado, en tanto que la doctrina alemana sigue siendo predominante y Nino decidió ir más allá de esta doctrina para tratar la filosofía del Derecho penal.

En esta tesitura también es importante hacer notar que Nino se refiere a una doctrina que tuvo cambios significativos. Como muestra de ello, y respecto de la teoría del delito, el autor no tuvo en cuenta especialmente la doctrina del funcionalismo penal alemán y en sus obras penales apenas se hace referencia a autores determinantes para el ámbito penal contemporáneo como Roxin o Jakobs⁷¹. Por esto mismo, también deja fuera las teorías eclécticas sobre la pena en la elaboración de su teoría consensual. Podría decirse que muchas de las críticas de Nino quedaron abarcadas en la introducción del funcionalismo de Roxin⁷² y de su escuela, al volver a poner la política criminal a debate, lo cual coincide con el proyecto de reivindicar los juicios de valor como algo importante para el trabajo de la dogmática.

Esto me lleva a otra de las razones enunciadas. El contacto que tuvo Nino con el Derecho penal anglosajón —especialmente con el inglés— fue estableciendo una distancia no solo sobre la doctrina más influyente en el mundo latino, sino también una distancia con el Derecho continental y sus instituciones. Esto es, debido a la influencia de la doctrina sobre la práctica del Derecho penal. Así, muchas de las preocupaciones del autor, como la idea de la asignación de responsabilidad, la preocupación por determinar el papel de las actitudes subjetivas en la determinación de la pena, o la relevancia de las excusas y las justificaciones fueron realizándose, intentando conectar la tradición continental con categorías anglosajonas como las de *mens rea* y *actus reus*. Esto va dando lugar a una distancia cada vez mayor entre su perspectiva del Derecho penal y la manera en la que este opera en el ámbito de los países que siguen la tradición continental.

Esto último, sumado al examen crítico de la doctrina penal en torno a su metodología dogmática, la relevancia de la teoría del delito y los cuestionamientos que ya fueron abordados, propician las condiciones para afirmar que, de hecho, Nino no es un autor de primera consulta para el estudio del Derecho penal, aunque sí debería serlo. El autor no escribió ningún tratado sobre Derecho penal o alguna obra que recoja los principales conceptos y teorías del Derecho penal⁷³. Sin embargo,

71 Por ejemplo, en *Los límites de la responsabilidad penal*, el nombre de Roxin aparece únicamente en dos ocasiones; ambas para elogiar que en Alemania se estaba empezando a percibir lo inadecuado que es divorciar la teoría del delito de la política criminal. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 81. El nombre de Jakobs no aparece en este texto.

72 Claus Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 2006).

73 Sus aportaciones no tienen las pretensiones de sistematicidad del Derecho positivo establecidas por autores como su propio maestro, Jiménez de Asúa, quien estableció que la sistemática del Derecho penal comprende una in-

sí escribió sobre sus cimientos, las bases normativas que permiten construir y problematizar las grandes instituciones penales. Tampoco se involucró en los debates en voga de la dogmática jurídico-penal, pero intentó acercar a dichos debates las consideraciones de justicia que debían ser su orientación, más allá del rigor analítico y la erudición sistemática.

6. Reflexiones finales. Entonces, ¿por qué leer al Nino penalista?

Así, nada de lo anterior debe llevar a la conclusión de que los aportes penales de Nino son entonces poco relevantes para la materia penal. Lamentablemente, el formalismo no es un fenómeno superado y los retos en torno al uso del poder punitivo se mantienen en tanto que problemas clásicos y, en cierta manera, irresolubles. Tal y como intentó Nino, el reconocimiento de la normatividad propia de los desarrollos de la dogmática jurídica y el debate intersubjetivo respecto de los valores o principios que subyacen a las categorías conceptuales y metodológicas de ese ámbito de reflexión jurídica son las únicas armas con las que contamos para abordarlos y someterlos a control racional.

En atención a esto, me parece que la pregunta planteada en este texto acepta una reelaboración. En lugar de preguntarnos si las críticas de Nino siguen siendo apropiadas para la dogmática penal que se cultiva, podríamos preguntarnos si la dogmática penal ha cambiado desde los tiempos en que Nino escribió. Esto es, preguntarnos si resulta que a día de hoy la dogmática ha dejado atrás el formalismo, ha abandonado el esencialismo, y reconoce y asume su labor valorativa y de orientación del sistema jurídico. Si la respuesta es negativa, entonces leer a Nino sigue siendo una imperiosa necesidad para quien desea estudiar el Derecho penal e ir más allá del conocimiento del Derecho legislado. Si el Derecho penal de nuestro tiempo se corresponde a las finalidades que Nino tenía en mente, con una base normativa sólida, libre de místicas y, sobre todo, humanista, entonces podremos darnos el lujo de tener sus advertencias por superadas.

La importancia de discutir la obra penal de Nino no radica en la originalidad de su pensamiento, o en la sofisticación o coherencia interna de sus propuestas. Sus principales aportaciones han de valorarse a la luz de lo que suman al conocimiento y la práctica penal, especialmente en el contexto latino. La tradición penal en esta

roducción (concepto del Derecho penal, historia del Derecho penal, Filosofía del Derecho penal, legislación penal comparada y fuentes), una parte general (ley penal, delito, delincuente y sanción) y una parte especial (delitos en particular). Luis Jiménez de Asúa, *Lecciones de derecho penal* (Ciudad de México: Harla, 1997), 30.

parte del mundo se ha caracterizado históricamente por una fuerte recepción de la doctrina alemana, particularmente en lo relativo a la teoría del delito y a los modelos de sistematización conceptual. Esta recepción ha sido positiva y ha tenido un impacto profundo, pues ha dotado al Derecho penal de un aparato conceptual refinado y de herramientas analíticas de gran utilidad práctica. Sin embargo, también ha implicado una cierta tendencia a privilegiar aquellas contribuciones que perfeccionan el sistema normativo desde dentro, dejando en un segundo plano las aproximaciones que cuestionan sus presupuestos metodológicos, su carácter normativo o su relación con la filosofía moral y política.

En este contexto, la obra penal de Nino adquiere un interés particular. Como se ha referido aquí, el autor inicialmente se formó en la tradición continental y, teniendo un buen conocimiento de la dogmática alemana, se distancia progresivamente de ella, incorporando herramientas conceptuales provenientes de la filosofía analítica y entablado un diálogo sostenido con la teoría penal anglosajona. El resultado no es una introducción forzada de categorías y debates ajenos a la cultura jurídica, sino una reflexión crítica que pone en tensión los supuestos de la dogmática jurídico-penal dominante, especialmente su pretensión de neutralidad descriptiva y su resistencia a reconocer el carácter normativo de sus construcciones teóricas.

Desde esta perspectiva, la recepción limitada de Nino en el ámbito penal no puede explicarse únicamente por una supuesta omisión o desconocimiento, sino que parece responder a una falta de afinidad estructural entre su proyecto intelectual y una tradición dogmática que ha tendido a identificar la cientificidad con la sistematización conceptual y la fidelidad al Derecho positivo. La obra de Nino no se presenta como una alternativa dogmática en sentido estricto, ni como un tratado sistemático del Derecho penal, sino como una invitación a revisar críticamente los fundamentos normativos que sostienen instituciones centrales como la responsabilidad penal, la culpabilidad o la justificación del castigo.

En este sentido, Nino puede ser leído como una figura de mediación de las tensiones propias de la construcción "latina" del Derecho penal: por un lado, la aspiración a mantener el rigor técnico y, por otro, la necesidad de integrar de manera explícita consideraciones éticas, políticas y de derechos humanos en la reflexión penal. Su obra pone de manifiesto los límites de una dogmática que, aun reconociendo cada vez más su dimensión valorativa, continúa operando muchas veces bajo supuestos formalistas y esencialistas.

Así, discutir a Nino tiene sentido no solo para evaluar la pertinencia de sus críticas concretas a la dogmática jurídico-penal, sino también para reflexionar sobre

los criterios con los que se define qué tipo de conocimiento penal es considerado relevante en nuestras tradiciones jurídicas. De hecho, su propia posición periférica dentro del canon penal pone de manifiesto cómo se construyen las jerarquías teóricas y qué lugar se concede a las aproximaciones que desbordan los márgenes estrictos de la dogmática. En este sentido, la discusión de su obra contribuye a un examen más amplio sobre el modo en que quienes piensan y aplican el Derecho penal conciben la materia, así como sobre las posibilidades, todavía abiertas, de una reflexión penal menos formalista y más explícita y genuinamente normativa.

7. Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Álvarez, Luciana. "Revisitando la dogmática jurídica más allá de Nino: límites y posibilidades para el conocimiento jurídico". En *Dialécticas normativas. Un homenaje deliberativo a la obra filosófica*. Córdoba: EUDEBA, 2019.
- Atienza, Manuel. "La dogmática jurídica como tecno-praxis". En *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2017, 167-192
- Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Beade, Gustavo A. "El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 35 (2011): 143-165.
- Carnap, Rudolf. "La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje". En *El positivismo lógico*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Carrió, Genaro R. "Prólogo". En *El concurso en el derecho penal: criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de la conducta*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1972.
- Courtis, Christian. "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática". En *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, 105-156.
- Darwall, Stephen. "Normativity". *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Taylor & Francis Group. 2024. <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/normativity/v-1#>
- Fernández Carrasquilla, Juan. "¿Es todavía posible una dogmática penal en América Latina?". *Derecho Penal y Criminología*, Vol. XIV, No. 47-48 (1992).
- Fiss, Owen. "Prólogo". En *Derecho, moral y política. T.I. Metaética, ética normativa y*

- teoría jurídica*, compilado por Gustavo Maurino. Madrid: Editorial Gedisa, 2007, 11-18.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. "¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?". En *Estudios de Derecho penal*, capítulo 25. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.
- Grosso García, Manuel Salvador. "Una aproximación crítica al concepto 'Derecho penal del enemigo'". *IUSTA*, N° 27 (2007): 51-78.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Hernández Basualto, Héctor. "El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito". *Revista de Derecho*, Vol. 20, N° 2 (2007): 195-217.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de derecho penal*. Ciudad de México: Harla, 1997.
- Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. Traducido por Carlos Solís Santos. 2.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Manrique, María Laura, Pablo Navarro y José Peralta. *La relevancia de la dogmática penal*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho Penal, Parte General*. 8.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Nino, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*. México: Ediciones Coyoacán, 2011.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*. Compilado por Gustavo Maurino. España: Editorial Gedisa, 2008.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.
- Nino, Carlos Santiago. *Radical Evil on Trial*. New Haven: Yale University Press, 1996.
- Nino, Carlos Santiago. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*. 2.ª ed. Buenos Aires: Editorial Fontamara, 1995.
- Nino, Carlos Santiago. *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1992.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.
- Nino, Carlos Santiago. "Democracy and Criminal Law". *Aktuelle Probleme der Demokratie. Internationale Jahrbuch für Rechtsphilosophie*, 1989.
- Nino, Carlos Santiago. "La derivación de los principios de responsabilidad penal de

- los fundamentos de los derechos humanos". *Doctrina Penal*, 12 (1989): 29-48.
- Nino, Carlos Santiago. "Carlos S. Nino". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 1 (1984): 175-177.
- Nino, Carlos Santiago. *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.
- Nino, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.
- Nino, Carlos Santiago. *El concurso en el Derecho penal. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de la conducta*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1972.
- Nino, Carlos Santiago. "La pequeña historia del 'dolo y el tipo'". *La Ley* 148 (1972): 1063.
- Nino, Carlos Santiago. "La definición de 'delito'". *Notas de Filosofía del Derecho* 5 (1969): 47.
- Núñez Vaquero, Álvaro. "Dogmática jurídica". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 6 (2014): 245-260.
- Pérez Arroyo, Miguel Rafael. "Políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático-penales". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LII (1999): 497-525.
- Putnam, Hilary. *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2004.
- Roca, Victoria. *Derecho y razonamiento práctico en la obra de Carlos S. Nino*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. 2.^a ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- Stevenson, Charles L. *Facts and Values. Studies in Ethical Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1963.
- Torres Ortega, Ilse. "La teoría consensual de Carlos S. Nino y sus aportaciones al debate sobre el castigo". En *Dogmática, moral y Derecho. Estudios en torno a la obra de Carlos S. Nino*, editado por Pablo Rapetti y David Sierra. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024, 129-159
- Vega, Luis y Paula Olmos. *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- Viquez, Karolina. "Derecho penal del enemigo: ¿una quimera dogmática?". *Política*

Criminal, volumen 2, N° 3 (2007): 1-18

Von Beling, Ernst. *Esquema de Derecho penal*. Buenos Aires: Librería "El Foro", 2002.

Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Madrid: Reus, 1999.

Zaffaroni, Eugenio Raúl y Carlos Santiago Nino. "El debate Nino-Zaffaroni". *No hay derecho II*, 4 (1991): 4-8; II, 5 (1992): 5-8; III, 8 (1993): 25-26.



License Creative Commons Attribution 4.0 International