

CONSIDERACIONES EN TORNO DE LA DOGMÁTICA PENAL

1. Empecemos, en estas consideraciones sobre la dogmática penal, por distinguir las proposiciones jurídicas de las normas jurídicas. Éstas integran el ordenamiento jurídico, aquéllas no. La dogmática no formula normas, es decir, no crea derecho, sino sólo proposiciones acerca de las normas, proposiciones que no poseen carácter normativo, porque no son prescriptivas ni pueden crear derecho, y que importan una descripción o explicación, según los más, y en realidad una reformulación, según los menos, del contenido de las normas sobre las cuales dichas proposiciones se enuncian.

Las normas de que se ocupa la dogmática jurídica y que son su objeto de estudio, pertenecen a un sistema jurídico vigente, aunque en mi concepto sea posible sostener que el estudio del contenido de un ordenamiento jurídico hoy periclitado o formalmente derogado, constituye dogmática y no historia del derecho, cuando no consiste en el examen de un derecho dado en su devenir, que es preocupación de la historia jurídica, sino en desentrañar el contenido de un ordenamiento en particular, considerado en sí, y en la unidad que exhibió durante su vigencia.¹

La dogmática ha de recaer, en todo caso, en un ordenamiento jurídico en particular, y no en todo el ordenamiento jurídico que, precisamente como totalidad, es objeto de la teoría del derecho, y recaer sólo en uno de tales ordenamientos en particular, so pena de confundirse con el derecho comparado, en que entra en juego más de uno.²

Llegados a este punto, en que la dogmática, como disciplina dirigida a desentrañar el contenido de las normas jurídicas, aparece destacada de otros estudios que tienen también por objeto la materia del derecho, hallamos el aserto frecuentísimo de que la disposición mental de quien asume tal menester debe ser ajena —“al menos provisionalmente”, acota nuestro recordado maestro Grispigni—³

1 Cfr. Grispigni, Filippo, *Diritto Penale Italiano*, Milano, Giuffrè, 1950, vol. I, p. 7.

2 Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, 1992, p. 275.

3 Grispigni, *idem*.

a la investigación de si los efectos concretos que la norma produce en la vida social son o no dignos de aprobación conforme a un ideal de justicia. Tal disposición mental del dogmático no es, pues, una disposición crítica, sino el mero enfrentarse a la norma tal como es, como un dogma (dice el expresado autor) que no se quiere valorar al menos en esta instancia, de donde la razón de ser de la denominación de dogmática jurídica que precisamente se le acuerda. "Al menos en esta instancia", expresa Grispigni, ya que nada obsta a que el dogmático asuma una función crítica que puede incluso resultar altamente ilustrativa, función que, en cuanto tal, deja, por cierto, de ser dogmática, pero que suele darse, según veremos, en relación más estrecha con la dogmática de lo que comúnmente se supone.

2. Esta temprana aparición de un primer significado del concepto de dogma en el contexto de la dogmática jurídica, nos lleva a dejarlo mayormente esclarecido, como preludeo a la consideración de algunos interrogantes metodológicos que se ciernen sobre la disciplina desde hace algunas décadas.

Para la búsqueda del significado atribuido al concepto de dogma en proyección a la dogmática, el de decreto u ordenanza, según se entendió el concepto en la Antigüedad, es digno de tenerse en cuenta por ser referible a la idea de dogma como norma decretada u ordenada, es decir, como derecho positivo, propia de la dogmática de hoy,⁴ al igual que el concepto más tardío de decisiones de los concilios y de las autoridades eclesiásticas acerca de materias fundamentales de la fe,⁵ por no proceder respecto de ellas, como parece a muchos dogmáticos de hoy respecto de la norma, otra cosa que su descripción o explicación, mas nunca su valoración.

Vayamos, pues, a las acepciones posibles del concepto de dogma en el lenguaje de hoy.

En una de esas acepciones, que parece un adecuado punto de partida, el dogma es una "proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia". Puesto que "cierto", en este contexto, no puede significar sino "verdadero, seguro, indubitable", el enunciado llega a la redundancia en su afán por dejar sentada la característica de incontrovertible verdad de la proposición a que se refiere, proposición que, percibámoslo claramente,

4 Abbagnano, *Diccionario de Filosofía*, México, FCE, 1983, voz 'dogma'.

5 *Ibidem*.

es una que se identifica con el dogma en cuestión. Ahora bien, si se trata de aquellas ciencias de cuyas proposiciones, ahora no entendidas como dogmas sino como enunciados de carácter científico, puede decirse que son verdaderas o falsas, cuesta imaginar alguna que adopte como punto de partida un principio innegable, un aserto cerrado a la corroboración intersubjetiva y al debate crítico, y situado, por tanto, al margen de las exigencias del conocimiento científico,⁶ sin las cuales se caería derechamente en dogmatismo, esto es, en la presunción de afirmar como innegables, irrefutables o irrecusables, principios sujetos a examen y contradicción.

Si abandonamos ese plano de análisis, donde no puede posarse la dogmática jurídica por envolver esa acepción de dogma la condición de su verdad, categoría extraña a las normas, jurídicas o de cualquier clase, cabría traer a cuento otra acepción del término dogma: "fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión". ¿Es éste el concepto de dogma que se contiene en nuestra dogmática jurídica?

Esta vez el enunciado no precluye su confrontación con el concepto de dogma referido a la dogmática jurídica, al menos por lo que toca a los juicios de verdad o falsedad, no implicados en él; dicho en otros términos, la dogmática puede ahora contarse entre los sistemas, ciencias o doctrinas que tienen el dogma por fundamento o por puntos capitales. Pero con este fundamento o con estos puntos capitales, donde la idea de verdad o falsedad no aparece implicada, divisamos una análoga posibilidad de confrontación que en la acepción anterior, esta vez no con la verdad o la falsedad, sino con algo análogo: las normas del derecho positivo bien pueden aceptarse racionalmente, en virtud del cotejo de estas normas de la dogmática que queremos tener por su o sus dogmas, con otras normas o con criterios valorativos de justicia, de conveniencia, etcétera,⁷ o bien, puede prescindirse de tal cotejo y calificar de dogmática la aceptación de una norma que no se funde en tales criterios materiales, debido a que se la tiene por irrecusable en razón de provenir, por ejemplo, de la autoridad que la ha dictado, de la norma misma, etcétera.

3. El iusnaturalismo opta por la primera de esas alternativas; el derecho positivo, por la segunda. Se diría que la segunda no difiere

⁶ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 322.

⁷ *Ibidem*.

en esencia de la actitud asumida ante las verdades de fe, ante —como dice el léxico— la “verdad revelada por Dios, y declarada y propuesta por la Iglesia para nuestra creencia”, donde igualmente el sentido es el de verdad inconcusa, tanto porque está revelada por Dios, cuyas revelaciones no se discuten, o al menos no pueden ni deben discutirse, cuanto porque lo revelado por Dios y por la Iglesia no es para la discusión sino para la creencia, para la fe, que, como tales, sería un despropósito llevar a debate.

En este punto, es menester operar con especial circunspección. Si esta disciplina, método o modalidad de investigación científica conocida como dogmática jurídica, se ocupa de las normas del derecho positivo, es obvio que su cultor, al describir y explicar su contenido, formulará proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas, pero eso no significará reconocerles, para el caso de ser verdaderas, el carácter de artículos de fe ni el de verdad revelada. En el ejercicio de su menester, el dogmático puede hacer objeto a determinado material jurídico positivo de varias interpretaciones, puede proclamar como deseable, por razones de conveniencia, la inclinación del aplicador del derecho por una de esas interpretaciones; hasta puede dejar estampada su perplejidad frente a normas de significado intricable. Nada de eso procedería, conforme hemos dicho, tratándose de artículos de fe o de verdades reveladas.

No puede despojarse al dogmático, por otra parte, de la facultad de poner en claro los desaciertos que pueda percibir en los textos bajo examen, más allá de las antinomias o contradicciones que su análisis pueda dejar de manifiesto intrasistemáticamente. El empeño crítico a que, como consecuencia, se vea proyectado puede muy bien conducirlo a tener por conveniente y urgente la reforma de las disposiciones estudiadas y explicadas. Aunque la iniciativa de proclamarlo así y de propender a ello no puede tenerse, ciertamente, como parte del quehacer de la dogmática, refleja en todo caso la virtualidad que esa disciplina exhibe, de favorecer el perfeccionamiento de la legislación, con lo que este efecto mediato suyo la aparta un tanto del carácter terminantemente no valorativo que se atribuye a su menester.

4. Si la actitud del dogmático es la de enfrentarse a la norma tal como es, como un dogma, según Grispigni, el dogma no consiste, a nuestro juicio, en esa aceptación, como frecuentemente se dice y como el mismo maestro lo reitera, sino más bien en que las reglas que constituyen este derecho positivo representan la realidad jurídica, el “hecho” con que el dogmático se las tiene que ver, el dogma cuyo

contenido tiene que desentrañar y a partir del cual debe construir todo el sistema. Es exclusivamente de éste de donde, como única fuente del derecho penal, debe provenir la respuesta en cuanto a *si* y al *cómo* ha de aplicarse la sanción.⁸ Y este dogma, por cierto, no es uno, sino muchos, tantos como las normas que constituyen la rama del ordenamiento jurídico sobre que recaen los afanes del dogmático. Es por eso que los teóricos del derecho y asimismo muchos dogmáticos contemporáneos no hablan del dogma sino de los dogmas, y luego de conceptualizarlos como decretos, pareceres, tesis, definen la dogmática como la ciencia, disciplina o método que tiene por objeto los dogmas representados por las normas jurídicas.

¿Qué significa, para los efectos de la dogmática jurídica, que las normas del derecho sean tenidas como dogmas? En cuanto normas que constituyen prescripciones, regularmente se traducen en imperativos no sujetos a verificación, despojados, por consiguiente, de carácter científico y ajenos a criterios de verdad o falsedad. Pero en cuanto las normas jurídicas llevan al dogmático a formular las proposiciones correspondientes, que no son ya prescripciones y que no crean derecho sino que tienden a describirlo o explicarlo, cabe la aplicación de criterios de verdad o falsedad, desde luego respecto del hecho de que en tal parte existe una norma que prescribe sobre determinado punto o materia de cierta manera y no de otra, y respecto, en seguida, de proposiciones verificables relativas al alcance de imperativos, alcance establecido mediante la lógica, en una construcción que los tiene en cuenta a todos y que elimina la aparente contradicción entre ellos y entre el orden jurídico y otros órdenes de la realidad.⁹

Mas, dejando por el momento las proposiciones de la dogmática y volviendo a las normas del ordenamiento jurídico vigente, ¿en virtud de qué acepta éstas el dogmático como dogmas, si, en cuanto tales, no son susceptibles de verificación, no se han cotejado previamente con otras normas o con determinados criterios de justicia y conveniencia, ni provienen de una creencia subjetiva o de la creencia o fe puesta en una verdad revelada?

⁸ Véase Liszt, Franz, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, Berlín, Guttentag, 1881, pp. 24-25, citado por Bacigalupo, Enrique, "Sui dogmi della dogmatica penale", *Dei delitti e delle pene*, 1983, núm. 2, pp. 245-267.

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, México, Cárdenas, 1988, t. I, p. 279.

Se está de acuerdo, aun por parte de quienes aborrecen el positivismo, que el método dogmático nació unido a éste.¹⁰ Pues bien, para el positivismo son sólo legítimos los conceptos surgidos de la experiencia, reconducibles lógicamente a conceptos empíricos elementales. Al rehuir el positivismo la filosofía, y, en último término, la metafísica, procede en el plano de la ciencia jurídica del mismo modo que se opera en las ciencias naturales, y si allí se rehusa toda prenoción o todo concepto formado fuera de la ciencia, en derecho también cabe considerar su objeto como una cosa situada en la realidad, y esa cosa son los textos legales vigentes, que constituyen, pues, dogmas. De estos textos legales, constitutivos de la realidad, corresponde inferir los conceptos jurídicos, tarea que es de la esencia del trabajo dogmático.¹¹

5. Algunos suman a estas bases metodológicas explicativas de la actitud del positivismo, esclarecedoras razones históricas, ligadas al movimiento iluminista europeo de los siglos XVII y XVIII en materia política y filosófica, y al desarrollo que a partir desde entonces alcanzó un derecho natural no fundado en la voluntad de Dios sino en la naturaleza de la razón humana. Sus cultores, completamente a espaldas y con soberbio desdén por el derecho positivo, expresan esos autores, habían concebido grandes sistemas jurídicos fundados en principios evidentes por sí mismos para la razón humana, precisos, completos y dotados de infalible y admirable coherencia. Paradigmático en nuestra disciplina penal, se yergue el gigantesco *Programma del corso di Diritto criminale dettato nella reale Università di Pisa da Francesco Carrara*, y precedido de los notables *Iuris Criminalis Elementa* del gran Carmignani. Pues bien, ante edificios jurídicos racionales tan imponentes, no podía ser más patética la imagen ofrecida por el derecho positivo vigente, un batiburrillo integrado sobre todo por costumbres locales y por ordenanzas arbitrarias y circunstanciales procedentes de algunos príncipes y señores.¹² Los sistemas jurídicos racionales elaborados con tanto brillo por los juristas iusnaturalistas aparecen ligados, en concepto de algunos teóricos e historiadores del derecho, a la reforma del derecho positivo, tanto por efecto de sus propias especulaciones como de las críticas de que hicieron sistemáticamente objeto al derecho positivo de la época, en términos de que al sobrevenir y difundirse por Europa el movimiento por la codificación que culminó en el Código Civil francés de 1804,

10 Zaffaroni, *op. cit.*, p. 287.

11 Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 250.

12 Nino, *op. cit.*, p. 323.

pudo percibirse que una buena parte de los códigos promulgados exhibían gran claridad y precisión, presentaban escasas incoherencias, procedían de una autoridad identificable y daban cuenta explícita o implícita de los propósitos perseguidos por sus normas. Agréguese a ello, como recuerda el malogrado filósofo Carlos Santiago Nino,¹³ a quien en esto seguimos muy cerca, que las premisas políticas de tales códigos satisfacían cumplidamente los intereses de la clase burguesa de entonces.

Se comprende que estos textos legales, objeto de tanta reverencia y tenidos por intangibles, incluso por juristas que ya no exhibían el espíritu especulativo y creador de soluciones, propio del iusnaturalismo racionalista, adquirieran una autoridad que llamaba a aceptarlos a fardo cerrado como el conjunto de dogmas que debían regir la vida de la sociedad. El derecho legislado, exaltado por la llamada "escuela francesa de la exégesis" y favorecido por la tendencia científica germana conocida como la "jurisprudencia de conceptos" con la suposición de ser preciso, completo y coherente, con la adopción del método llamado de "construcción", *ars combinatoria* de ciertos conceptos jurídicos fundamentales aptos para hallar reglas implícitas en el derecho legislado, y con la reducción de la faena judicial a una actividad puramente cognoscitiva y no evaluadora de las consecuencias prácticas de decisiones inferibles mecánicamente de las reglas obtenidas por el referido método, acumulaba virtudes que tornaban peregrino no reconocerlo como el destinado a imperar incontrovertiblemente.

6. Parece innecesario expresar que esa visión optimista y perfeccionista de los textos legales está lejos de aparecer confirmada por el saber acumulado con relación a ellos. La abstracta figura del legislador, vista con relación a las virtudes suyas que debe verter en su propia obra, no es la de un individuo único, imperecedero, consciente, omnisciente, operativo, justo, coherente, omnicomprensivo y preciso. Es obvio que entre las tareas del dogmático, y no ciertamente entre las más importantes, se cuenta la de denunciar las incoherencias, insuficiencias, imprecisiones, antinomias, contradicciones y demás deficiencias que, como en toda obra humana, cabe advertir en el producto de la actividad legiferante de personas que es enteramente arbitrario concebir como figuras míticas e infalibles.

Sobre esas realidades textuales, sin embargo, emprende su tarea la dogmática y define al efecto, desde la época de Ihering, tenido por el fundador de la misma, su programa de trabajo.

¹³ Nino, *op. cit.*, p. 324.

A estas alturas de nuestra exposición, complace continuar con estas cuestiones metodológicas de la mano de autoridades de la propia casa, de la casa del derecho penal, para decirlo en el estilo del recordado maestro Jiménez de Asúa.

Se conviene, en efecto, en ver en Franz von Liszt, figura señera de la ciencia penal moderna, al primer formulador del método dogmático en el campo del derecho penal. Su pensamiento sobre el particular ha sido reseñado muchas veces, a partir de sus exposiciones contenidas sobre todo en su escrito de 1886 sobre "El bien jurídico y el concepto de acción en el *Manual de Binding*", incluido en sus famosos *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (Artículos y conferencias jurídico-penales)*.¹⁴

Tras conceptualizar la jurisprudencia, en cuanto ciencia, como el saber sistemático acerca de las proposiciones jurídicas, tal como se dan en la práctica consuetudinaria o en el derecho legislado, Liszt divisa una primera etapa de recolección del material, a saber, las normas mismas constitutivas del "hecho", esto es: los dogmas (diremos ahora en plural) representativos de aquella realidad independiente del jurista, que éste, como el cientista natural respecto de la naturaleza, ha de estudiar y describir. Trátase, conforme se ha dicho, de una realidad no problemática.¹⁵

La segunda fase es el análisis exacto de las proposiciones jurídicas obtenidas de este modo, y de los conceptos que en ellas se unen como sujeto y predicado. Su resultado es una serie de determinaciones conceptuadas en que queda sometida a prueba la agudeza del jurista. Las definiciones jurídicas conforman al propio tiempo el material valioso para una rica y fructífera síntesis. En el cuidado por el análisis y la síntesis de las proposiciones y conceptos jurídicos se dan cita los autores de todas las direcciones de la ciencia, desde sus orígenes hasta nuestros días.¹⁶

Pero con ello —continúa Liszt— no se agota la tarea de la ciencia jurídica como tal. Tiende ésta al sistema, porque, según son en este respecto sus célebres palabras:

sólo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular. El orden sistemático asciende siempre más álo, por la vía de la abstracción,

14 Véase Liszt, "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche", *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlín, 1905, Cuttentag Verlagsbuchhandlung, Band I, pp. 212-251.

15 Bacigalupo, *op. cit.*, p. 250.

16 Véase Liszt, *op. cit.*, p. 215.

desde los conceptos más especiales a los más generales; a partir del hurto, del homicidio, del incendio, etcétera, se desenvuelve el concepto del delito [...] No se da pausa hasta alcanzar los conceptos más altos y últimos de toda disciplina jurídica singular, los conceptos más comprensivos.

Así pues, la ciencia del derecho penal "no es sólo una ciencia eminentemente sistemática; es al mismo tiempo una ciencia eminentemente práctica".¹⁷

En suma, en el método de Liszt se va del "hecho", es decir, de las normas (léase de los dogmas) a los conceptos deducidos de ellas, y de ahí, por ulteriores generalizaciones, al sistema con que se podría (son sus palabras) "facilitar y brindar seguridad a la aplicación de las proposiciones jurídicas a los hechos de la vida jurídica".¹⁸

Es sobremañera interesante que este método se postula y practica hasta hoy, en sus líneas esenciales, por cultores de la dogmática que profesan muy diversas posiciones teóricas frente a la disciplina. Entre los modernos dogmáticos alemanes de mayor autoridad, se encuentran caracterizaciones del método bastante próximas a la de Liszt. Hans Welzel, fundador de la doctrina finalista, expresa en la undécima y última edición de su obra sistemática, *Derecho penal alemán*, de 1969, lo siguiente: "La función de la ciencia del derecho penal consiste en desarrollar y explicar el contenido de las reglas (las del derecho penal) en su conexión interna, es decir, 'sistemáticamente' ".¹⁹ Jescheck, en el Tratado de consulta más generalizada en Alemania, dice muy recientemente:

El núcleo de la ciencia del derecho penal es la dogmática jurídicopenal (teoría del derecho penal), que parte de la ley como base y límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas conforme a un sistema en el que caben también, particularmente, las resoluciones judiciales y las opiniones doctrinales de la ciencia, e intenta encontrar nuevas vías en la formación conceptual y en la sistemática.²⁰

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Welzel, Hans, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 1.

²⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., trad. del alemán por José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 35.

Y todavía, Roxin, en su *Derecho penal*, define la dogmática jurídicopenal como “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y perfeccionamiento de las disposiciones legales y opiniones doctrinales científicas en el dominio del derecho penal”.²¹

7. Pues bien, frente a esta faena tan claramente caracterizada en los textos reproducidos, no faltan opiniones que divisan serias dificultades en la ejecución de un programa semejante y denuncian la frecuencia con que la dogmática se aparta de él para operar al margen de su literalidad.

Se dice, por ejemplo, que enfrentado a menudo el dogmático a la necesidad de decidir acerca de la interpretación del derecho positivo, debe pronunciarse entre dos alternativas no inferibles de los textos legales, como son los criterios objetivos o subjetivos en la determinación del concepto de autor del hecho (caso alemán de la bañera fallado por el Supremo Tribunal del Imperio); o, puesto ante el total silencio de la ley en materia de hipótesis típicas omisivas, extiende a éstas los tipos presentes en la ley en su forma activa. En un plano algo diferente, es ilustrativa la calificación, no prevista por el derecho positivo ni en su naturaleza ni en sus efectos, de causa de justificación o de causa de exculpación adjudicada a un hecho que excluye la responsabilidad penal. Todavía, en una perspectiva conceptualmente más amplia des que la interpretación ha de atenerse a la voluntad histórica al momento de la promulgación de la ley o practicarse a la luz del significado que asume el texto objetivo actual.²²

Los adversarios de un positivismo a ultranza no tienden a ver en estos casos un afán de conciliar ideales de justicia con la seguridad en la aplicación del derecho, sino una solapada manera de hacer prevalecer lo que irónicamente se ha llamado un “iusnaturalismo conservador”, en que por recursos retóricos e ingeniosísimos expedientes se logra ofrecer la sensación de que cuanto se crea con aquella retórica y aquellas acrobacias está y ha estado siempre contenido en el derecho positivo, cuya observancia se trata de asegurar a través de esos medios.

Al efecto, aparte la imagen de un legislador dotado de todas las virtudes a que hemos aludido *supra*, se menciona el esfuerzo de los juristas positivistas, más en el derecho civil que en el penal, ramas donde la dogmática ha alcanzado tanto desarrollo, por apuntalar su aserto de que en el derecho no hay lagunas ni contradicciones, me-

21 Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, München, C. H. Beck, 1992, p. 106.
22 Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 245-246.

diante variadas reglas técnicas, como las de *lex superior, lex specialis*, y a través de la interpretación *a contrario* y la interpretación analógica, etcétera, sin demostrar jamás por qué dos normas no pueden contradecirse, por qué una ley no puede aparecer obsoleta, por qué el lenguaje del derecho es siempre e infaliblemente preciso. Menos instrumental y ciertamente más constructiva que aquellas técnicas es la de proceder, ya en la sistematización del orden jurídico, a la sustitución de conjuntos de normas por principios más generales que se tienen por sus equivalentes, con lo que se consigue, dicen estos críticos del positivismo, una economía en el sistema, en cuanto aparece reducido a conjunto de unos pocos principios, cuyas derivaciones lógicas son más fáciles de determinar. A Nino, que así lo afirma, parece que no hay en ello peligro alguno mientras no se transpongan los límites que el legislador señala a la materia respectiva en sus propios enunciados, lo que no siempre ocurre; antes bien, suelen excederse esos límites, dice, por la proposición de principios sustitutivos más generales, de donde se derivan nuevas normas que se introducen de rondón en el sistema.²³

Por lo que concierne al enunciado que la dogmática suele hacer de "teorías", la crítica al positivismo fluctúa entre lo sarcástico y lo admirativo. Es el caso de la teoría del abuso del derecho en materia civil, de la del acto de comercio en derecho mercantil, de la de los gobiernos *de facto* en derecho constitucional, y de la teoría del delito en materia penal, tenida por la más sistemática y por la más prolijamente discurrecida de todas. Se sostiene que estas teorías, además de describir el contenido de las normas, asumen a menudo, en verdad, naturaleza prescriptiva para justificar normas que se inferirían de ellas, como el enriquecimiento sin causa en el derecho civil, y lo que es por cierto más importante, para dar existencia, a partir de ellas, a nuevas normas, esto es, para crear derecho. En la teoría del delito, que por estructura, alcance y propósitos es en nuestra opinión algo cualitativamente muy diverso y mucho más rico en contenido que estas teorías de otras ramas del derecho traídas a cuento, se estarían creando nuevas reglas relativas a la imputación, por ejemplo en materia de error, bajo la apariencia de extraérselas, en verdad, de la ley positiva.²⁴

8. Nos ocuparemos de algunas respuestas a estas críticas, respuestas implícitas en el pensamiento de cultores de la dogmática que

²³ Nino, *op. cit.*, p. 331.

²⁴ *Idem*, pp. 334-336.

han percibido desde hace tiempo la dificultad, a veces hasta la imposibilidad, de presentar el contenido del derecho vigente como derivación íntegra, rigurosa y exclusiva de la letra de la ley. Cuéntanse entre ellos quienes no imaginan que el propio Liszt hubiera podido llevar adelante sus desarrollos dogmáticos en la forma y grado en que lo hizo, si hubiera tenido que partir ineludiblemente sólo de la literalidad de los textos legales por él descritos y explicados.²⁵

En manera alguna significa esto, sin embargo, que se postule la creación del derecho por parte de la doctrina penal y la consiguiente asignación a la dogmática, no ya de tareas descriptivas, explicativas y sistematizadoras, sino de la condición de fuentes del derecho.

Estos autores empiezan por dejar sentado que en materia jurídica no puede, en verdad, intentarse la interpretación de las reglas del derecho positivo, en la forma inmediata en que la investigación, en el campo de las ciencias naturales, puede partir directamente de la cosa sobre la que se trata de investigar. En materia de dogmática jurídica es menester, por lo menos, definir previamente los criterios relativos a la interpretación.

¿Qué quiere indicarse con esto? Que el sentido de un ordenamiento jurídico positivo en particular, no puede extraerse desde dentro de ese ordenamiento, sino de ciertos axiomas o principios de fondo sobre los cuales ese ordenamiento ha sido erigido, y esos axiomas o principios de fondo sólo quedarán claros tras determinar la razón de ser o el fin de aquél. Ahora bien, todo ordenamiento puede ser compatible con más de una razón de ser y, por tanto, es menester, por parte del dogmático, partir de una de ellas para otorgarle sentido y señalar el enunciado desde el cual se conforma la cadena de argumentación que va a traspasar todo el material normativo sometido a descripción y explicación. No agregamos aquí, por ahora, la sistematización, pues el punto de vista que estamos exponiendo antepone, en verdad, la constitución del sistema a la descripción y explicación de las normas singulares que lo constituyen, las cuales han de llevarse a término en el marco del mismo.

De lo expresado, aparece que pueden reconocerse diferentes fines a un ordenamiento, que aquéllos pueden ser hasta opuestos, y que es opción del dogmático establecer cuál de ellos servirá de base y principio a toda su labor. Se ha dicho que allí vienen a estar propiamente los dogmas. Todo esto se enfrenta sólo a un límite: que el ordenamiento positivo en cuestión aparezca como deducible del

25 Bacigalupo, *op. cit.*, p. 253.

axioma elegido. Si es éste el caso, lo que el dogmático despliegue en el ejercicio de su menester, será sólo una de las formas posibles de describir y explicar el material jurídico sometido a su reflexión.

Todavía en este orden de consideraciones, dos palabras relativas a esas "teorías", no sólo a la del delito, que parece la reina entre ellas, sino a otras gestadas dentro de aquélla, que es en sí todo un sistema o, si se quiere, un subsistema. Aludimos, verbigracia, a la teoría causalista o a la finalista en el nivel de la acción, o a la teoría normativa de la culpabilidad en el ámbito de esta última categoría de la infracción.

Henos aquí en el amplio campo de los principios y conceptos que el dogmático elucubra para conceder precisamente coherencia a disposiciones que en un primer estadio extrae de la ley, y que ésta, entendida como voluntad de vigencia y no como un plexo de proposiciones rigurosamente vertebrado, suele disponer de un modo no conceptualmente explícito dentro de sus normas. Estas teorías no constituyen un expediente ampliatorio de principios, sobre los cuales ellas se dejan hilar como en torno de unos polos con el fin de devenir puntos de apoyo de nuevas y verdaderas normas, sino un todo de racional autorreferencia interna que transforma en partes de él las reglas jurídicas sobre las cuales se construye. Estas teorías expuestas al sarcasmo se cuentan, por el contrario, entre los mejores y metodológicamente más avanzados logros del quehacer dogmático.

Aunque estas ideas que se han venido exponiendo en refutación de las críticas a la dogmática, o tal vez más bien a los dogmáticos, no proceden de Kelsen, quien desconoce, desde luego, que el derecho pueda tener fines, parece adecuado reproducir un pasaje esclarecedor que entresacamos de las últimas líneas de su célebre *Teoría pura del derecho*:

La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar derecho. El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación entre varias posibles, como la única "correcta", no cumplen una función científico-jurídica, sino jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del derecho. Naturalmente ello no les puede ser negado. Sólo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con

harta frecuencia. La interpretación científico-jurídica tiene que evitar, con el mayor cuidado, la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido "correcto". Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente.²⁶

9. La tarea de la dogmática frente a las normas jurídicas no es la de estudiar su evolución histórica, o el grupo humano que las impone o al cual conviene o deja de convenirle su vigencia, sino la de desentrañar el contenido de esas normas en vistas a un fin que creemos ser esencialmente, al menos tratándose de las normas penales, el de proveer a la seguridad jurídica. Para ello la dogmática se sirve, por cierto, de la lógica, mas siempre con la vista en la realidad, y si es buena dogmática, torna previsible la decisión del juez.

La ciencia del derecho penal no inventa ni crea el delito ni la pena, sino que sólo desentraña lo que la ley considera tales.²⁷ La ley, y, por tanto, la ley penal, no ofrece en su texto la solución de casos que en la realidad se dan en una variedad y cantidad inabarcables, sino un buen conjunto de disposiciones muy diversas de que la ciencia jurídica, en este caso la dogmática, debe extraer soluciones mediante principios y conceptos que se forjan a partir de los contenidos del texto legislativo. Si, sólo con fines didácticos reconocemos las faenas a cargo del dogmático en los actos de recoger, analizar y ordenar los datos contenidos en el texto, elaborar acerca de ellos una teoría en que cada uno encuentre un sitio y una explicación, y verificar luego su funcionamiento con relación a la totalidad, en términos de que lo construido no presente contradicciones internas, esto es, contradicciones consigo mismo; vemos paulatinamente constituido un sistema poseedor de un grado alto de certeza, que sólo deberemos erigir de nuevo si una de sus proposiciones resulta falsa.

No razonamos sobre la suposición de que el ordenamiento esté libre de contradicciones, pues en el hecho puede exhibirlas. Lo que no es dable esperar es que no sea irreductiblemente contradictorio, puesto que si se trata sobre todo de legislación codificada, es difícilmente concebible que no se haya puesto en su elaboración el cui-

²⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1981, p. 335.

²⁷ Zaffaroni, *op. cit.*, p. 280.

dato debido. Se ha desvanecido el legislador perfecto y omnisciente, postulado por el positivismo a ultranza desde el pasado siglo.

10. No podemos dar término a estas consideraciones sobre la dogmática, sin dedicar algunas palabras a la función que desempeña.

Hace ya algún tiempo que un gran jurista, Hans Welzel, reaccionó con energía frente al intento de calificar a la dogmática de ejercicio intelectual indiferente y puesto de espaldas a los problemas concretos que enfrenta la vida del derecho, como *l'art pour l'art* jurídicopenal.

Welzel llevaba razón. La auténtica dogmática no es una jurisprudencia de conceptos, sino una disciplina práctica que enfrenta el derecho penal legislado como una técnica social enderezada a evitar comportamientos humanos atentatorios de bienes sujetos a la tutela jurídica.

Si la dogmática es vista desde esa perspectiva, aparece claro que su función de extraer, describir y explicar sistematizadamente el contenido de las normas jurídicopenales, debe llevarla de modo necesario, no sólo a dejar precisado lo que tales normas contienen de mecanismo de imputación con miras sancionatorias, sino también lo que ellas comportan de garantía sustantiva para la persona imputada, sentido en que es para la dogmática igualmente fundamental hacer explícitos en su alcance los límites de la ley, y elaborar principios y conceptos que hagan aparecer racional y tornen segura su aplicación. La faena de razonar lógicamente con los materiales recogidos del texto legal y de sistematizarlos y exponerlos de modo adecuado, se halla al servicio de evitar la aparición súbita de interpretaciones aisladas y erráticas, portadoras probables de arbitrariedad e irracionalidad. En interés del derecho y de la justicia es menester precaver esas resoluciones inesperadas, y absorber las conclusiones de la dogmática para que el derecho judicialmente declarado se torne altamente previsible.

Álvaro BUNSTER