

El principio de la legalidad, la relación de causalidad y a la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal¹ (p. 44)

José Hurtado Pozo

SUMARIO 1. Introducción. 2. Dogmática tradicional. 3. La teoría de la infracción. 4. La culpabilidad. 4.1. Responsabilidad y culpabilidad. 4.2. Cuestionamiento. 4.3. Fuente legal del art. 45 CP. 5. Reflexiones sobre la dogmática.

1. Introducción

Bajo la influencia de las ideas alemanas, transmitidas sobre todo por los juristas españoles, se habla entre nosotros de "dogmática penal" o de "ciencia penal". Esto constituye una clara manifestación que nuestros juristas², especialmente los penalistas, están generalmente convencidos de (p. 45) realizar una actividad de carácter científico: estudiar el derecho para hacer más fácil su aplicación. Bramont Arias³, bajo el subtítulo de "El derecho penal científico", escribe: "La ciencia del derecho tiene por misión reducir a sistema los preceptos positivos, investigando los principios a que obedecen y obteniendo las consecuencias. En esta labor la ciencia del Derecho desenvuelve e integra las normas del Derecho positivo. Pero su eficacia es solamente a través de éste y no puede tampoco considerarse como fuente del Derecho penal". Con menos rigor, pero en el mismo sentido, Villavicencio⁴ dice, refiriéndose a la "dogmática jurídico penal", "está encargada de formular reglas para la decisión jurídico penal de un caso a un nivel de abstracción medio. Es, pues, el estudio normativo o jurídico del delito; con ella trabajan la ciencia del derecho penal y la jurisprudencia penal...". Interesante resulta observar como Roy Freyre⁵ distingue entre una "etapa pre-científica del Derecho Penal" y otra posterior en que se realizan "investigaciones decisivas para la edificación científica de la dogmática penal" (mitad del siglo XVIII a fines del siglo XIX). Proceso que culminará en una tercera etapa dominada por el carácter científico de la parte general ("... todo lo cual se reintegra para conformar una armoniosa y subyugante construcción teórica que tiene sólidos cimientos en la legislación penal contemporánea")⁶. Por su parte, Villavicencio⁷

¹ En gran parte el presente trabajo constituye una versión abreviada y modificada de nuestro artículo El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal, publicado en la revista colombiana Nuevo Foro Penal, n° 39, 1988, p. 11. Esta primera versión constituye, a su vez, la traducción del texto que preparamos para dictar nuestra lección inaugural, al ocupar la cátedra de derecho penal y de procedimientos penales en la Universidad de Fribourg (Suiza). La versión original ha sido publicada en la Revue pénale suisse 1987, p. 23-56. La justificación de la presente versión es, en parte, poner al alcance del lector peruano las ideas fundamentales que expusimos entonces.

² Entre los no penalistas, citemos a Alzamora Valdez, Mario, Introducción a la ciencia del derecho, 7a. ed., Lima 1980. Según este autor, p. 49, "La denominación 'Ciencia del Derecho' se emplea en tres sentidos: para designar a todas las disciplinas jurídicas; para referirse, sólo a los estudios científicos sobre el derecho, excluyendo aquellos que tienen carácter filosófico, o únicamente a la 'Dogmática Jurídica'. En esta última acepción, abarcaría "el estudio del derecho vigente". Rubio Correa, Marcial, en su obra El sistema jurídico. Introducción al derecho, Lima 1991, se limita a hablar de doctrina (p. 229) y, al tratar de la interpretación, actividad propia de la dogmática jurídica, dice "la teoría de la interpretación no constituye, propiamente hablando, una ciencia o parte de una ciencia" (p. 267).

³ Derecho Penal, Parte General, tomo I, Lima 1972, p. 133.

⁴ Lecciones de derecho penal. Parte General. Lima 1990, p. 29. La impresión del texto citado radica en el hecho que el autor, sin dar alguna razón, parece distinguir entre la dogmática penal y la ciencia del derecho penal.

⁵ Derecho Penal, Parte Especial, tomo I, p. 31 a 33.

⁶ En opinión de Alzamora, Introducción, p. 50, "Los orígenes del estudio científico del derecho positivo, esto es, de la Dogmática Jurídica, se remontan al Derecho Romano".

⁷ Lecciones, p. 99.

manifiesta que la "teoría del delito nace de la ley y se desarrolla como un sistema de conceptos a través de un proceso de abstracción científica".

Al término dogmática, sin embargo, se le da igualmente una connotación peyorativa⁸. A partir de criterios inspirados de una concepción positivista de la ciencia y, así mismo de los aportes hechos por las ciencias sociales, se ha negado el carácter científico al estudio del derecho por parte de los juristas. Se les reprocha su "dogmatismo", su incapacidad para elaborar un sistema susceptible de tener en cuenta los factores sociales e, igualmente, su ineptitud para evitar el formalismo tautológico⁹. **(p. 46)** Su actividad se distinguiría por la elaboración de análisis extremadamente teóricos¹⁰ con pretensión de formular verdades absolutas. Calificar, en consecuencia, a un jurista o al resultado de su trabajo de dogmático constituye un juicio de valor negativo.

Entre nosotros, los penalistas peruanos¹¹, no se ha reflexionado suficientemente sobre los métodos y fines de nuestra actividad intelectual. Se da por supuesta la existencia de una ciencia penal nacional y se le invoca con frecuencia para fundamentar o explicar algunas afirmaciones. Por ejemplo, consecuente con sus ideas, Roy Freyre¹² afirma "no creemos que sea un criterio científico de diferenciación, entre las lesiones dolosas que son delictivas, recurrir a los días de asistencia facultativa o días de descanso que señalen los certificados médicos". Y para rechazar la responsabilidad objetiva, en relación con el art. 167 del código derogado, sostiene "a estas alturas del siglo XX podemos afirmar que el Derecho Penal, cualquiera que fuese la ideología política legiferante, es una **ciencia de la culpabilidad**, no así del resultado"¹³.

El cuestionar la ciencia del derecho (dogmática jurídica) no es sin embargo de naturaleza puramente lingüística. Por esta vía, se llega a discutir los fundamentos mismos de la actividad de los juristas y la importancia de su función social. Esto permite comprender más fácilmente el aferramiento de los juristas en defender el carácter científico de sus trabajos¹⁴.

(p. 47) 2. Dogmática tradicional

Si se consideran las críticas formuladas, con más frecuencia, contra la dogmática, se observa que están dirigidas contra ciertos aspectos de la llamada dogmática tradicional. Esperando no caricaturizarla, señalemos resumidamente las notas que se le atribuyen¹⁵.

⁸ Según Hassemer, Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, München 1981, p. 84. "A los juristas se les reprocha haber perdido contacto con la sociedad y con la realidad, así que el término dogmática deviene un insulto".

⁹ Cf. Cerroni, Umberto, Introduzione alla scienza sociale, Roma 1976, p. 159. (citado: Introduzione).

¹⁰ Ancel, Marc, La défense sociale nouvelle, 3e éd., Paris 1981, p. 211, 215/16. (citado: Défense sociale). Traducción española: La nueva Defensa social (un movimiento humanista de política criminal humanista). Buenos Aires, La Ley. 1961.

¹¹ Esta observación ha sido también formulada en Alemania, ver: Zweigert, Konrad, Rechtsvergleichung. System und Dogmatik, in Festschrift Bötticher, 1969, p. 444 (citado: Rechtsvergleichung), afirma correctamente que "Dogmática es una palabra tanto de un uso muy frecuente como objeto de poca reflexión.

¹² P.E. I, p. 324 s.

¹³ P.E. I, p. 331, subrayado del mismo autor. No se trata de un caso aislado; así, Villavicencio, citando a uno o dos autores, a la "ciencia penal peruana" (Lecciones, p. 50, 233).

¹⁴ Cf. Nino, Carlos Santiago, Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal), México 1974, (citado: Consideraciones), p. 15. Lo que no debe hacernos olvidar la lucidez con la que Levy-Strauss, Antropologie structurelle, Paris 1973, reimpresión 1985, p. 361, confiesa, al final de una vida consagrada enteramente a las ciencias sociales y humanas, "no sentir embarazo alguno en reconocer que entre dichas ciencias y las ciencias exactas o naturales, no se puede simular una verdadera paridad; que éstas son ciencias y las otras no lo son; y que si se les designa no obstante de la misma manera, es en virtud de una ficción esquemática y de una esperanza filosófica que no es aún confirmada; en consecuencia de esto, el paralelismo implicado ... revela una representación quimérica de la realidad".

¹⁵ Nino, Consideraciones, 30 s; Alessandro Baratta, op. cit. p. 6 s.; Ross, Alf, Towards a realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law), 1946, p. 46-48, 62-63; A. Casamiglia, Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico, in Metodología y derecho privado, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, n. 22, Granada 1982, p. 237.

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

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

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

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

Según esta concepción, los juristas realizan, mediante los métodos propios a su actividad científica, una abstracción de primer nivel; es decir, a partir del material de base -constituido por las normas legales- formulan conceptos jurídicos claros y ciertos. Luego, utilizan estos conceptos para elaborar abstracciones de un nivel superior. El resultado final es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, formado exclusivamente sobre la base de normas jurídicas positivas. Además y debido a la complejidad de la aplicación de la regla al caso concreto, deben proceder a la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos jurídicos que forman parte de todo el orden jurídico. Dicho de otra manera, el juez o el intérprete debe ser capaz de sintetizar los elementos ofrecidos por el orden jurídico.

El método dogmático es concebido como un proceso de tres etapas: en primer lugar, determinación de las premisas o de los "dogmas", punto de partida del razonamiento dogmático; en segundo lugar, deducción, con la ayuda del razonamiento "lógico-deductivo", de los conceptos y principios implícitos en los "dogmas" y, por último, formulación de un sistema completo y coherente. (p. 48)

Una elaboración dogmático-penal, muy apreciada por los juristas, es la teoría de la infracción (*Verbrechenslehre*). Su evolución constituye un buen ejemplo de la manera como los penalistas consideran que desarrollan una labor de carácter científico. Por esto creemos necesario presentar sucintamente los principales pasos dados por los penalistas en este dominio.

3. La teoría de la infracción

Este aspecto de la labor intelectual de los juristas se percibe mejor al analizar la manera como los juristas recurren a la elaboración de "teorías"¹⁶. Primero es de señalar la ligereza con que este término es utilizado. A veces, se tiene la impresión que los juristas presentan sus opiniones bajo la designación de teorías con la idea que explican un aspecto de la realidad, el funcionamiento o la naturaleza de una institución o de un concepto jurídico. En la medida que la explicación concuerde con la realidad, la teoría sería científica.

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

Al interior de la teoría del delito ¹⁷ se han elaborado otras teorías o subteorías. Por ejemplo, la teoría de la culpabilidad... De esta manera se habría logrado (p. 49) perfeccionar este instrumento conceptual, así como reforzar la idea que no hay pena sin culpabilidad.

¹⁶ Nino, Consideraciones, p.55, 77s; Carrió, Genaro, Notas sobre derecho y lenguaje, Buenos Aires 1976, p. 74.

¹⁷ La ley es así considerada como la base sobre la cual la teoría de la infracción debe ser elaborada por ejemplo, Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, A.T., 3a. ed., Berlín 1978, p. 157, dice: "La teoría general del delito debe deducirse de la ley". Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Tratado de derecho penal. Parte general. 2 vols. Cf. Germann, Oskar A., Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942, p. 21. En Francia el análisis de la noción de infracción ha sido hecho según el mismo procedimiento. Así Vidal/Magnol (Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 9a. ed., 1947, tomo I, p. 76) definen la infracción como "la violación de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, producto de un acto externo del hombre, positivo o negativo,

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

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

Estas ideas son las que han sido progresivamente recepcionadas en nuestro medio. Esta transferencia de concepciones doctrinales no ha tenido lugar a través de la recepción de las concepciones suizas (fundamentalmente, de origen alemán) consagradas en los proyectos de código penal que sirvieron de modelos a nuestro legislador. Se importó el texto de la disposición, ignorando el contenido (sentido de la norma) que buscaban darle sus redactores y que se hallaba expuesto en las actas de las comisiones revisoras y en los diversos trabajos teóricos que habían sido elaborados para explicar o justificar los criterios consagrados¹⁸. Esto queda evidenciado por dos hechos: el primero, la ausencia de esfuerzos eficaces para llegar a conocer las fuentes originales (bibliografía y decisiones judiciales) redactadas, principalmente, en alemán y, accesoriamente, en francés o italiano (las tres lenguas oficiales de Suiza) y, el segundo, la incapacidad, debido a las mismas circunstancias, para conocer la evolución de las ideas y de los procesos de reforma suizos. Nada extraño, en consecuencia, que el Código de 1924 no haya sido aplicado teniendo en cuenta las ideas que inspiraron a sus autores, aplicadores y exégetas, adecuándolas a nuestra realidad, ni que los redactores de los proyectos y del nuevo código hayan abandonado el modelo helvético para seguir, sobre todo, modelos más accesibles: por ejemplo, los proyectos y el Código español, los códigos de Colombia, Brasil o Portugal.

La recepción de las ideas alemanas ha tenido lugar mediante los libros o artículos traducidos al español. Uno de los pioneros de esta labor de difusión, como ya lo hemos (p. 50) señalado, fue Jiménez de Asúa. Tradujo, por ejemplo, El Tratado de Derecho Penal de Franz von Liszt y escribió su libro la Ley y el delito que se convirtió en libro de estudio entre nosotros¹⁹. Es interesante destacar que esta obra no fue elaborada sobre la base de una sola ley penal; por lo que las ideas penales eran expuestas haciendo referencia a diversas leyes extranjeras. Junto a Jiménez de Asúa, es de mencionar a Sebastián Soler como introductor de las ideas penales en nuestro medio.

Un seguidor fiel de las ideas de Jiménez de Asúa ha sido Bramont Arias quien, en su primer libro La Ley penal, acoje y aplica a nuestro Código penal las nuevas concepciones de origen germánico. El Derecho Penal Argentino²⁰ fue muy consultado por amplios sectores de abogados y juristas²¹. Entre las obras alemanas traducidas al español que fueron difundidas en nuestro medio, destacan las de Edmund Mezger²², Reinhart Maurach²³ y Welzel²⁴.

A pesar que en las obras de estos dos últimos autores se exponían las ideas de la concepción finalista y que diversos otros trabajos alemanes de la misma orientación fueron difundidos entre

socialmente imputable, no justificándose por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho y sancionado con una pena por la ley".

¹⁸ Es de recordar que Stooss y los demás juristas suizos encargados de la elaboración del Código penal crearon y impulsaron la Revue Pénale Suisse en el contexto del movimiento de reforma en el que participaban.

¹⁹ Era el texto recomendado, durante muchos años, por Bramont Arias en la Universidad de San Marcos y continúa difundándose, en América Latina, mediante sucesivas reimpresiones hasta en la actualidad.

²⁰ Comprende cinco tomos y fue publicada en Buenos Aires, 1956.

²¹ Un ejemplo de autores que se reclamaron seguidores del jurista argentino es Peña Cabrera, cuyo Derecho Penal Peruano, Parte Especial, 1a. ed., Lima 196*, denota una clara influencia de la obra de Soler.

²² Tratado de Derecho Penal, Parte General, dos tomos. Traducción de José Rodríguez, Madrid 1946.

²³ Tratado de Derecho Penal, Parte General, dos tomos. Traducción de Juan Cordova Roda, Barcelona 1962.

²⁴ La teoría de la acción finalista, Buenos Aires 1951; El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción de José Cerezo Mir, Barcelona 1964.

nosotros, los penalistas nacionales ²⁵ (p. 51) no se afiliaron a las nuevas ideas muy en voga en otros países latinoamericanos; por ejemplo en Argentina. Es nuevamente de este país que procederá el impulso que va hacer ganar terreno a las nuevas ideas germánicas. Influencia debida sobre todo a las obras del jurista argentino Zaffaroni²⁶. Esta influencia es notoria, en especial, en la obra de Felipe Villavicencio²⁷, quien con entusiasmo se ha afiliado, plenamente, a la concepción finalista.

4. Culpabilidad

4.1. Cuestionamiento

La culpabilidad es considerada como piedra angular de derecho penal liberal. Sin embargo constituye una de las nociones más discutidas. Aun cuando se hable de culpabilidad, no se le atribuye el mismo contenido. Los criterios sostenidos van desde la defensa rígida de la culpabilidad como noción indispensable para la elaboración de un derecho penal liberal hasta su negación calibrándola de noción metafísica. Si esta última posición no es nueva, en los últimos años alcanzó cierta difusión. En la doctrina hispánica, esto se debió sobre todo al interesante trabajo de Gimbernat: Tiene un futuro la dogmática penal? La discusión impulsada por este jurista español ha influenciado bastante los intentos de reelaborar la noción de culpabilidad.

Sin que haya habido entre nosotros una discusión sería sobre la culpabilidad y sin tener en cuenta tanto las enseñanzas del derecho comparado como los análisis más serios que se han publicado últimamente, se ha eliminado, al menos formalmente, toda referencia a la culpabilidad en el nuevo Código penal. Se le ha reemplazado por la noción de responsabilidad. De esta manera y siguiendo las "últimas novedades de la ciencia", se ha creído tomar la vanguardia de los movimientos de reforma. Sin pensar que, en un país como el nuestro, tales cambios terminológicos crean confusión e inseguridad. (p. 52)

El debate en torno a la culpabilidad implica, en realidad, el análisis de los criterios utilizados para considerar a una persona responsable de un acto delictuoso. Este es el objetivo actual de la confrontación entre la vocación retributiva y la misión preventiva del derecho penal. La evolución de las ideas de política criminal y la importancia que han adquirido hoy en día, permiten comprender el significado y la amplitud de la impugnación de que es objeto el principio de culpabilidad.

4.2. Responsabilidad y culpabilidad

Siguiendo la sistemática del Código derogado (Título IX del Libro Primero), en el Proyecto de setiembre de 1984, se preveía un Título VIII bajo la denominación "Condiciones de culpabilidad" (arts. 16 ss.). no existía un título denominado "Del hecho punible"; por el contrario, se regulaban las penas. No. En el P. oct. 1984, se prevé un Título II: "El delito", subdividido en ocho capítulos. Los cuatro primeros tratan de la "forma del hecho", las "causas de justificación", la "imputabilidad" y la "culpabilidad". Esta sistemática es seguida también en los Proyectos de 1985 (Título II) y 1986 (Título II). La denominación del Título es cambiada: "El hecho punible"; así como la de algunos capítulos: se utilizan la expresión "inimputabilidad" y se suprime la referencia a la "peligrosidad". En los Proyectos de 1990 (Título II, Del hecho punible) y 1991 (Título II, Del hecho punible), se vuelve a una sistemática más parecida a la empleada en el Código derogado. Los capítulos son

²⁵ A pesar de habernos familiarizado con estas ideas, primero, leyendo las obras de Welzel y Maurach traducidas al español y, luego, mientras elaborábamos nuestra tesis de doctoral en Neuchâtel (Suiza), preferimos seguir explicando la teoría del delito dentro de una corriente cercana a la prevaleciente en nuestro medio. Con este objeto optamos por la concepción social de la acción que pretendía, en el fondo, conciliar los criterios extremos. Sin embargo, el lector honesto y advertido podrá advertir, ya en las dos ediciones de nuestro Manual, la utilización frecuente que hacemos de las ideas finalistas. A partir de inicios de la década del ochenta, hemos privilegiado la orientación finalista. La moda ha pasado, los espíritus se han calmado y nuestro medio está quizás mejor preparado para recibir estas ideas que deben ser repensadas de acuerdo a nuestras necesidades.

²⁶ Basta citar su Manual de Derecho Penal. Parte General, dos tomos. Lima 1986.

²⁷ Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Lima 1990. Lamentablemente, su desconocimiento del alemán le impide consultar las fuentes directas.

organizados diferentemente y sus denominaciones son parcialmente modificadas: "Hecho punible" (Proyecto de 1990) o "Bases de la punibilidad" (Proyecto de 1991), "Causas que eximen o atenuan la responsabilidad penal" (en ambos proyectos). El Proyecto de 1991 devendrá el nuevo Código. De esta manera, se reemplaza en la terminología del Código el vocablo "culpabilidad" por el de "responsabilidad".

En la exposición de motivos del Proyecto de 1990²⁸, retomada sin modificación alguna como exposición del Código, se dice: "El Proyecto consagra el importante principio de la co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (art. 51, inc.1). En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, **mea culpa (p. 53)** que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad compartida a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social".

Esta explicación se comprende como una justificación al cambio de concepción que se acepta en relación a la culpabilidad, elemento de la infracción. Cambio que se refleja en la nueva terminología empleada desde el inicio del Código para determinar el fundamento y el límite de la pena (arts. VII y VIII del Título preliminar). Sin embargo, en el art. 52 del Proyecto de 1990, como en el art. 46 del Código vigente, se establece que "para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y la gravedad del hecho punible...". Modificando de esta manera las fórmulas que se habían utilizado anteriormente: "los jueces apreciarán la culpabilidad y la peligrosidad del agente..." (Código derogado, art. 51; Proyecto de 1984, art. 39); "toma en cuenta la gravedad del hecho cometido y la personalidad del autor..." (Proyecto de octubre de 1984, art. 60); "toma en cuenta la gravedad del hecho punible y la personalidad del autor..." (Proyecto de 1985, art. 71; Proyecto de 1986, art. 70).

Ahora bien, si se considera además que entre las causas que "eximen o atenuan la responsabilidad penal" (art. 20 y ss., del Código vigente), se considera, por ejemplo, la legítima defensa (causa de justificación) debe concluirse que el término responsabilidad no es empleado en el mismo sentido que en el art. 46 o en el párrafo citado de la exposición de motivos. En estos dos últimos casos, el sentido es más restringido que en el primero. En éste, se trataría de la declaración de responsabilidad del agente que ha realizado todos los elementos del delito. El sentido restringido abarcaría sólo a uno de los presupuestos de esta responsabilidad: presupuesto que, hasta ahora, ha sido denominado "culpabilidad".

La "co-culpabilidad" o "culpabilidad parcial", a que se alude en la exposición de motivos, se comprende quizás mejor si se tiene en cuenta la explicación, dada en el mismo párrafo citado, de que la sociedad aceptaría así "una responsabilidad parcial en la conducta delictiva"; es decir, responsabilidad de que el autor haya cometido una acción típica, antijurídica y culpable. De esta manera, de un lado, la reacción penal seguiría, en parte, explicándose y justificándose en relación a la autodeterminación del agente en tanto persona y, de otro lado, la imposición de una pena determinada y la manera de ser ejecutada estarían condicionadas por el contexto social (sociedad económica y políticamente organizada por el Estado).

En consecuencia, para la aplicación de la pena el juez debería, primero, **(p. 54)** individualizar la pena dentro de los límites legales teniendo en cuenta la responsabilidad (culpabilidad) y gravedad del hecho. Para lo que debe de considerar lo que se denominaba "circunstancias objetivas y subjetivas", previstas en el Código derogado, art. 51. En seguida, determinar y fundamentar la necesidad de la pena considerando: las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen (art. 46, Código derogado). La culpabilidad o responsabilidad (*stricto sensu*) del agente no puede depender, por ejemplo, de los intereses de la víctima. Además, se distingue difícilmente la referencia a la cultura y las costumbres del agente (art. 45, n. 2) de la que se formula (art. 46, n. 8) en relación a la "educación, situación económica y medio social" del agente.

²⁸ Separata especial del diario oficial El Peruano del 17 de julio de 1990, p. 12. Ver: Código penal, promulgado por Decreto Legislativo n. 635. Diario oficial El Peruano, edición especial, abril de 1991, p.9.

La imprecisión de la ley resulta tanto de la falta de ideas claras de lo que se trata de regular, como de un desconocimiento del modelo legislativo considerado y de una deficiente técnica legislativa.

4.3. Fuente legal del art. 45 CP

Tratemos de analizar la fuente consultada para esclarecer, al menos en parte, lo que venimos de afirmar.

Se trata del Proyecto de reformas a la parte general del Código penal de la Nación Argentina, presentado por los Señores Diputados Nacionales Nestor Perí y Oscar L. Fappiano, de la Bancada del Partido Justicialista²⁹.

En este interesante proyecto, art. 19, se establece la garantía de la judicialidad: "la cuantificación de la punición, la primera individualización de las penas y las ulteriores individualizaciones o modificaciones, la determinación del régimen de la pena de prisión y cualquier otra decisión judicial acerca de las consecuencias jurídicas del hecho o de su ejecución ... se resolverá por el juez ...". De esta manera, se consideran *grosso modo* dos etapas: la de la fijación de la pena ("cuantificación") y la de la "individualización" susceptible de modificación mientras dure la ejecución de la pena. (p. 55)

La cuantía de la punición, según el art. 21, se fijará en cada caso dentro de los márgenes legales, "conforme a la extensión del daño o peligro provocados por el hecho y a la necesidad de prevenir hechos análogos por parte del autor". En su segundo párrafo, se indica como límite de la punición "la medida del **reproche** que por el hecho pueda formularse al autor". De esta manera, se señala la **culpabilidad** como límite de la punición y, en forma parcialmente semejante a la técnica empleada entre nosotros, se indican las circunstancias que se tendrán especialmente en cuenta:

1. La calidad de los motivos que determinaron al hecho.
2. La mayor o menor dificultad para comprender la criminalidad del hecho.
3. La mayor o menor dificultad para adecuar su conducta al derecho en razón de todas las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, de las sociales y económicas del autor".

A pesar de la diferencia de terminología, más teórica la del proyecto argentino, las circunstancias indicadas son similares a las mencionadas en los textos peruanos. En todo caso, la perspectiva en la que se les considera es la de la culpabilidad ("reproche" formulado al autor; "responsabilidad" en sentido restringido).

Los criterios para practicar la "individualización de las penas según el grado de punición" (Título VIII), se establecen, en el capítulo I (Reglas generales), art. 46. El juez en uso del prudente arbitrio que se le otorga procederá a "individualizar las penas y determinar las condiciones de su cumplimiento", teniendo en cuenta el objetivo principal, y lo que en cada caso resulte más idóneo para:

1. Tutelar los intereses de la víctima, su familia o de las personas que de ella dependan.
2. Resolver satisfactoriamente los conflictos generados por el hecho.
3. Resolver satisfactoriamente los conflictos en cuyo marco hubiese tenido lugar el hecho.
4. Suplir las carencias sociales que hubiese sufrido el condenado.
5. Conservar o mejorar la salud psíquica y física del condenado.
6. Alcanzar el objetivo de la punición con el mejor empleo posible de la pena de prisión.
7. Motivar conforme a derecho la conducta futura del condenado".

En la perspectiva de esta disposición, la enumeración de estas circunstancias resulta coherente con los fines de las sanciones ("consecuencias jurídicas del hecho", conforme al lenguaje del Proyecto - Título IV). Según el art. 15, el objetivo común de dichas consecuencias es "el mejor restablecimiento posible de la paz social" y, de (p. 56) acuerdo al art. 17, el principal objetivo específico de la punición es "la prevención de hechos análogos por parte del sujeto".

²⁹ Revista de Derecho, n. 1, Lima 1989, p. 245 ss. El texto ha sido tomado de Trámite Parlamentario, n. 121, del 13 de noviembre de 1987. Buenos Aires.

Esta coherencia no esta presente en los proyectos nacionales ni en el Código vigente. Sin tener en cuenta cabalmente la sistemática del proyecto argentino y la concepción en la que se funda, se han considerado, igualmente, dos momentos que no han sido convenientemente precisados. En el art. 45, se trata del "momento de fundamentar y determinar la pena" y, en el art. 46, del momento de "determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley". Y es respecto al primero, recurriendo a la terminología del proyecto argentino, que se ordena al juez de tener en cuenta "las carencias sociales que hubiere sufrido el agente" y "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que ellas dependen". Pero, cómo fundamentar la pena en las carencias sociales que haya padecido el agente o en los intereses de las personas que dependen de la víctima? Por el contrario, se comprende, en la perspectiva del proyecto argentino, que se trate, por ser factible a nivel de la ejecución de la pena, de "tutelar los intereses de la víctima..." (art. 46, n. 1, Proyecto argentino) o "suplir las carencias sociales que hubiese sufrido el condenado" (art. 46, n. 4, Proyecto argentino).

Estos defectos de técnica legislativa van obligar a realizar una serie de piruetas de interpretación para dar un sentido y hacer posible su aplicación. Explicar, por ejemplo, la relación entre el hecho de "fundamentar" la pena según las causas establecidas en el art. 45 y las declaraciones formuladas en los arts. VII y VIII del Título preliminar: "la pena requiere de la responsabilidad penal del autor" y "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". Declaraciones que conciernen el fundamento y el límite de la pena. Conforme a la exposición de motivos³⁰, se diría "la responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena" y "la proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho". Podría pensarse que la fundamentación indicada en el art. 45 no se refiere a la cuantificación de la pena (regulada en el art. 46), sino más bien a su selección a otro nivel: preferir la pena de prestación de servicios a la comunidad o la de multa a la privativa de la libertad; o la de decidir si conviene suspender la ejecución de la pena o convertirla en otra. Si este fuere el objetivo del art. 45, resultaría superfluo porque el legislador ha previsto las condiciones que el juez debe constatar para optar por una de estas alternativas.

La situación se complica debido a que, en la elaboración del nuevo Código, se han seguido diversos modelos y, varias veces, se han efectuado modificaciones sin la debida reflexión. En el dominio que hemos venido tratando, citemos el caso de la recepción (**p. 57**) del art. 17 del Código penal. Esta norma declara que obra sin culpabilidad (*Schuld*) quien actúa bajo la influencia de un error de prohibición evitable. En el art. 14, primer párrafo, del nuevo Código, se ha remplazado el término culpabilidad por el de responsabilidad.

Los apreciaciones que venimos de expresar esquemáticamente son, sin duda alguna discutibles; pero nuestro objetivo no es el de plantear una interpretación única y verdadera. Pretendemos más, bien mediante el ejemplo analizado, responder a una cuestión básica: cómo nosotros los penalistas peruanos abordamos la actividad dogmática, legislativa y de política criminal. Tres niveles estrechamente relacionados entre sí y con la realidad sociopolítica.

5. Reflexiones sobre la dogmática penal

Para terminar, veamos aunque brevemente algunos puntos referidos a la dogmática penal con la finalidad de comprender mejor la problemática que estudiamos.

Sin pretender presentar la solución ideal, se puede clarificar el debate tomando consciencia del factor que permite cuestionar la dogmática³¹. Este debe ser buscado en la ambigüedad de propósitos de los penalistas que dicen describirse manera objetiva y axiológicamente imparcial el derecho positivo (función oficial, confesada); pero que reconstruyen el sistema legal eliminando sus imprevisiones (función oficiosa, simulada). Este conflicto no puede ser superado, reconociendo la prominencia de una de las dos «funciones» en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario, de tomar conciencia de esta ambivalencia, lo que permitirá eliminar malentendidos y hacer transparente la actividad del jurista.

Así una mayor fidelidad al derecho positivo se lograría sí se presentaran los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley, en lugar de hacer pasar uno de éstos como la única

³⁰ Edición oficial, p. 6.

³¹ Estas reflexiones han sido muy influenciadas por los trabajos de Nino y en particular por su introducción, 338 s.

interpretación correcta o posible. De esta manera, se evitaría hablar de principios, conceptos y teorías como si fueran partes del sistema positivo; cuando no son, en realidad, sino elaboraciones de la misma dogmática.

La reconstrucción del sistema legal daría mayores satisfacciones sí, de un lado, no fuera concebida como una explicación del contenido implícito de las reglas jurídicas y sí, de otro lado, se reconociera que supone el análisis explícito de los criterios de valor en que se fundan las soluciones dogmáticas. (p. 58)

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

Primero, el abuso de «formalismo jurídico» («*juridisme*»)³². Es decir, de recurrir «a ficciones que son, enseguida, consideradas como realidades y que, por el contrario y debido a un abuso del razonamiento abstracto, ocultan la realidad de la situación criminal».

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

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

Esta manera de percibir la labor de los juristas exige de los penalistas una percepción más modesta y más realista de los resultados de sus trabajos. Las soluciones y las concepciones defendidas por nosotros, los penalistas, no tienen el valor de verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a auxiliar a los legisladores, jueces e interpretes para que encuentren la solución a los diversos problemas jurídicos que se les presenten. Así, haríamos la aplicación del derecho más fácil, justa e igualitario; lograríamos igualmente, con el objeto de crear un sistema jurídico racional y respetuoso de las personas que las relaciones entre las ciencias humanas y sociales³³ fueran más eficaces. El análisis de estas relaciones -que hemos evitado y que merecerían un estudio aparte- debe atenuar y compensar la inclinación de los juristas por las sutilezas doctrinarias.

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

³² Ancel, Défense sociale, p.211.

³³ Cf. Tiedemann, Klaus, Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bundesrepublik Deutschland, in Juristenzeitung, 1980, p. 489-495.