

## Notas sobre Interpretación y Dogmática en la Aplicación de la Ley Penal

*Julio César Santa Cruz Cabuata\**

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY PENAL. 3. INTERPRETACIÓN Y DOGMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL. 4. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL Y TEORÍA DEL DELITO. 4.a Dogmática Jurídico Penal. 4.b Teoría del delito. 4.c Evolución de la Dogmática Jurídico-penal y de la Teoría del Delito. 4.c.1 La concepción dogmática del positivismo y el denominado concepto clásico de delito o sistema causal liszt-beling o causalismo naturalista. 4.c.2 El método del neo-kantismo y el causalismo valorativo. 4.c.3 El método del finalismo. 4.c.4 La dogmática de orientación funcional o teleológica

### 1. INTRODUCCIÓN

1. En las resoluciones expedidas por la magistratura nacional se aprecia la utilización de categorías dogmáticas propias de la teoría del delito. En este ámbito destaca la adopción de posiciones causalistas y finalistas, así como la aplicación de las teorías de la imputación objetiva<sup>1</sup>.
2. Por ejemplo, en relación al tema de la ubicación sistemática del dolo, existe jurisprudencia que lo ubica en el tipo penal, en tanto que otra línea jurisprudencial lo ubica en la culpabilidad.
3. Estas posiciones, que coinciden con los planteamientos del finalismo y causalismo

\* Profesor en la Academia de la Magistratura de los cursos de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Razonamiento Jurídico. Profesor ordinario en la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.

<sup>1</sup> Sobre este tema puede verse: PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Derecho Penal Jueces y Jurisprudencia (Parte General)*. Palestra Editores. Lima, 1999, p. 87, también: ROJAS VARGAS, Fidel: *La teoría de la imputación objetiva vista desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana: una primera aproximación*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, noviembre de 1999. ROJAS VARGAS, Fidel: *Imputación objetiva: aproximaciones críticas a una temática contemporánea en la dogmática penal*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, diciembre de 1999.

respectivamente, no han quedado en el nivel de la discrepancia teórica, sino que han conducido a soluciones prácticas distintas al resolver la excepción de naturaleza de acción basada en la actuación no dolosa del procesado.

4. En efecto, los magistrados que, en la línea del finalismo, consideran que el dolo forma parte del tipo penal, han declarado fundada esta excepción. En tanto que la misma no ha sido amparada por quienes, siguiendo la estructura causalista, ubican el dolo en la culpabilidad.
5. El criterio mayoritario de la magistratura penal nacional considera que “*el Código Penal asume la estructura de la teoría finalista, en virtud de la cual el dolo aparece como elemento del tipo*” por lo que “*la ausencia del dolo o de otros elementos subjetivos distintos del dolo es una causa para declarar fundada una excepción de naturaleza de acción*”<sup>2</sup>.

En esta línea, la Sexta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en el expediente N° 1281-97, precisa:

*“Primero: que conforme al artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, la Excepción de Naturaleza de Acción procede cuando el hecho denunciado “no constituye delito o no es justiciable penalmente”; Segundo: que en el primer supuesto nos encontramos en el caso en el cual el hecho no resulta ser típico y dentro de la teoría del delito, versión finalista, que es la del Código Penal vigente, sólo existe tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, o sea cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo legal formulado por el legislador, por lo tanto la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo –manifestación de voluntad y resultado perceptible en el mundo exterior–, sino que también contiene la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo del delito, esto es la parte subjetiva, que corresponde a los procesos síquicos y constitutivos del delito (dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo) (...) Octavo: Que del examen de las cintas de vídeo y actas de transcripción citadas se llega a la conclusión: que las expresiones vertidas en el referido programa por los querellados (...) no ha sido posible determinar que éstos hubieren actuado con ánimo doloso de dañar el honor y la reputación del agraviado (...) Undécimo: que, la ausencia de dolo en la conducta de los procesados es*

<sup>2</sup> Véase el Acuerdo Plenario N° 6- 97 adoptado en el Pleno Jurisdiccional Penal 1997 llevado a cabo en la ciudad de Arequipa.

*manifiesta tal como se ha probado en los considerandos glosados, y se encuentra corroborada con las declaraciones instructivas de los querellados (...) que por todos estos considerandos se ha acreditado la ausencia del tipo subjetivo (dolo) en el ilícito denunciado por lo que debe ampararse la Excepción de Naturaleza de Acción deducida por los querellados (...) [el subrayado es nuestro]*".

Esta resolución está fundamentada en dos argumentos básicos:

- a) Que el Código Penal de 1991 *sigue* la teoría finalista de la acción y, por consiguiente, el dolo pertenece al tipo penal.
- b) Que en el juzgamiento de un delito doloso debe ampararse la excepción de naturaleza de acción cuando en el proceso no se ha *probado* (acreditado) el dolo o se ha *probado* la actuación no dolosa.

En nuestra opinión, no puede afirmarse que un Código Penal, cualquiera sea éste, sigue una determinada concepción dogmática del delito (causalismo, finalismo, funcionalismo, teleologismo, etc.). Estos modelos dogmáticos son métodos que adopta el intérprete para precisar el alcance de la ley<sup>3</sup>. Quien puede ser calificado de causalista o finalista es el jurista que sigue estos métodos, pero no el objeto sobre el que recaen (la ley).

La mejor prueba de que un Código Penal no está atado ("sigue") a una determinada concepción dogmática es el hecho que en Alemania, bajo la vigencia del Código Penal de 1871 - que estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 1974 - se han elaborado las más ricas construcciones tanto del causalismo como del finalismo, e inclusive se han sentado las sólidas bases de la dogmática de orientación funcional.

Cosa distinta es afirmar que un Código Penal sea *compatible* con una determinada orientación dogmática, por ejemplo: "*el Código del 91 es compatible con una construcción finalista*". De esta manera no queda excluida la posibilidad de una construcción dogmática sobre una base no finalista, como sería la moderna dogmática de orientación funcional o teleológica.

De otro lado, la afirmación de que *en el juzgamiento de un delito doloso debe ampararse la excepción de naturaleza de acción cuando en el proceso no se ha acreditado el dolo o se ha acreditado la actuación no dolosa* resulta también cuestionable.

En efecto, para la procedencia de la excepción de naturaleza de acción la ley exige que el "*hecho denunciado*" no constituya delito. El *hecho denunciado* se refiere al "hecho objeto de la *imputación*", tal como ha sido detallado en la denuncia formalizada por el Fiscal

<sup>3</sup> Sobre la dogmática como método, véase infra 4.4.a.2

Provincial, aprobada o aceptada por el Juez Penal al dictar auto de apertura de instrucción<sup>4</sup> y no a los hechos que han sido *probados* en el transcurso del proceso.

El amparo de la excepción de naturaleza de acción debe establecerse en función de los hechos imputados y no de los hechos probados. Esta posición que estimamos correcta viene consolidándose en la jurisprudencia nacional en relación a los elementos objetivos del tipo penal<sup>5</sup>, sin embargo, como acabamos de constatar, ha retrocedido en referencia al dolo como elemento subjetivo del tipo.

En el marco de una concepción compleja del tipo, que considera que el tipo tiene un aspecto objetivo (tipo objetivo) y otro subjetivo (tipo subjetivo), la excepción de naturaleza de acción por ausencia de elemento subjetivo del tipo (dolo) en nuestra opinión sólo procede cuando de los términos de la imputación fiscal no aparezca atribución de una conducta dolosa.

6. Otro sector jurisprudencial se aleja de la concepción compleja del tipo (tipo objetivo-tipo subjetivo) y en la línea causalista afirma que “el problema de la intención no atañe a la tipicidad sino en todo caso a la existencia de culpabilidad o inculpabilidad”<sup>6</sup>, en consecuencia, la excepción de naturaleza de acción basada en la ausencia de dolo no resulta amparada.
7. De esta breve exposición y análisis podemos concluir lo siguiente:
  - a. La jurisprudencia nacional viene acudiendo a la dogmática penal para la resolución de problemas concretos y el sentido de sus resoluciones está condicionado por la opción asumida (causalismo o finalismo)<sup>7</sup>.
  - b. Se observan dificultades en este manejo conceptual. Aparentemente, ello ha conducido a que la excepción de naturaleza de acción que venía siendo adecuadamente aplicada a los casos en que los *hechos imputados* carecían de tipicidad, sea ahora indebidamente extendida para los casos en que los *hechos probados* resulten atípicos.

La creciente utilización de las categorías dogmáticas por la jurisprudencia nacional y las

<sup>4</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho Procesal Penal*. 2 volúmenes. Editora jurídica Grijley, Lima, 1999, p. 283. Agrega SAN MARTÍN que “sólo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito –y los demás supuestos ya abordados– surge con toda evidencia de los términos de la imputación (denuncia formalizada por el Ministerio Público y auto de apertura de instrucción)” – p. 287 –.

<sup>5</sup> Así por ejemplo, en el expediente 797-97, proveniente del Cuzco, la Sala Penal de la Corte Suprema de la República ha precisado que “un primer supuesto para interponer una excepción de naturaleza de acción es que el hecho denunciado no constituye delito, esto es, que dicha conducta no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente o que el suceso no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal pre-existente invocada en la denuncia penal; que, el delito de peculado tipificado en el artículo trescientos ochentisiete del Código Penal vigente, requiere que el agente sea Funcionario Público, siendo esta exigencia un aspecto del tipo objetivo; lo que no ocurre en autos, puesto que la Empresa agraviada en la actualidad, es una Sociedad Anónima regida bajo las reglas del Derecho Privado, por lo que se colige que el mencionado encausado ya no tiene la calidad de funcionario público.”

<sup>6</sup> Ejecutoria recaída en el expediente N° 6500-97 procedente de Lima.

<sup>7</sup> Existe un contexto de interés por los temas vinculados al causalismo y finalismo. Ello se refleja también en los balotarios del Consejo Nacional de la Magistratura del concurso para el nombramiento de Fiscales Supremos, Vocales Superiores y Fiscales Superiores (Resoluciones 027-95-CNM y 042-95-CNM, respectivamente), en los que se incluye esta temática.

dificultades que ésta muestra en su manejo, conducen a la necesidad de plantear en la escena nacional el estudio e intercambio de opiniones no sólo sobre los nuevos retos del Derecho penal en el siglo XXI, sino también aquellos viejos problemas que en su momento, salvo excepciones destacables, no fueron objeto de discusión por la magistratura nacional.

Baste mencionar el caso de la antigua polémica entre causalistas y finalistas que hoy ha perdido todo interés para la "ciencia jurídica" dominante, pero que, sospechamos, aún podría ser de utilidad para la praxis jurisprudencial nacional. En efecto, lo importante para que los magistrados estén en condiciones de motivar adecuadamente sus resoluciones, en especial cuando utilizan categorías de la dogmática, no es tanto que sigan una determinada estructura de los elementos del delito (colocando al dolo en el tipo o en la culpabilidad) sino fundamentalmente que conozcan los mismos fundamentos y principios básicos que originan a estas estructuras. Sólo de esta manera se estará en la posibilidad de otorgar solidez y coherencia al razonamiento judicial decisorio.

En este contexto, el Juez al momento de resolver los casos penales, tiene, en primer lugar, la obligación de aplicar la ley (**principio de vinculación del Juez a la ley**). La aplicación de la ley, sin embargo, no responde a un proceso de mera subsunción de los hechos en la norma, sino que está intermediada por determinados métodos de interpretación y por la **dogmática jurídico-penal**. Surgen entonces una serie de interrogantes: cómo compatibilizar la vinculación a la ley con la interpretación (especialmente con la denominada interpretación *creativa*), qué relaciones existen entre la vinculación a la ley y la dogmática, cuál es el ámbito de aplicación de la interpretación y cuál de la dogmática, qué concepciones dogmáticas fundamentales existen y cuáles son sus fundamentos, cómo optar por alguna de ellas, etc. El presente trabajo pretende esbozar algunos apuntes sobre esta temática.

## 2. LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY PENAL

1. La vinculación del juez a la ley se refiere al problema de la limitación jurídica de la libertad de acción de los jueces en la aplicación de la ley. Esta limitación puede ser formulada atendiendo a dos perspectivas: en relación a la *elección de alternativas a la decisión* y en relación a la *elección de los argumentos* (o de las formas argumentativas) con los que ha de fundamentarse la alternativa de decisión elegida<sup>8</sup>. En consecuencia, la decisión del Juez y los argumentos que la sustentan deben estar enmarcados en la ley.
2. Las metas que se persiguen con la vinculación del juez, apuntan en dos direcciones distintas: por una parte permite un pronóstico más exacto del resultado de la decisión (*previsibilidad*), por otro lado, esta mayor previsibilidad posibilitará una *mayor observancia de las normas jurídicas*. Afirma HASSEMER que, entendiendo así las cosas,

<sup>8</sup> HASSEMER, Winfried: *Sistema jurídico y codificación. La vinculación del juez a la ley*. Traducción de María Virginia Martínez Bretónes. En: VVAA: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial debate, Madrid, 1992, pp. 208 - 209.

“la vinculación al juez constituye un elemento necesario de toda administración de justicia que tenga carácter consistente”<sup>9</sup>.

3. La vinculación del juez a la ley penal surge desde los orígenes del pensamiento penal actual, en el marco de la ideología del iluminismo y en especial del pensamiento de BECCARIA<sup>10 11</sup>, quien afirma que “tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales, por la misma razón que no son legisladores (...) En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondríase como mayor la ley general; por menor, la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena”<sup>12</sup>.

En la actualidad, esta concepción del “juez boca de la ley” se ha dejado de lado y, por consiguiente, la vinculación del juez a la ley se entiende en términos distintos.

4. En la metodología jurídica contemporánea se afirma que no existe (y no es de hecho posible) un sistema normativo del cual siempre se puedan deducir soluciones para cada caso concreto que se someta a la decisión judicial, de modo tal que, ha partir de tales reglas, se pueda fundamentar como irrefutable una decisión<sup>13</sup>. Entonces, en la mayor parte de los casos el Juez debe elegir una entre varias alternativas posibles, pues, conforme a un mismo material normativo, caben distintas soluciones<sup>14</sup>, ya sea que se arribe a éstas por vía interpretativa o a través de criterios proporcionados por la dogmática jurídico-penal.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> En relación a la vinculación del Juez a la ley en general, fue MONTESQUIEU quien de manera categórica afirmó que “los jueces de la nación no son, como hemos dicho, mas que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes” (MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Tercera edición, Madrid, 1995, p. 112).

<sup>11</sup> Con relación al origen del pensamiento penal actual, afirma BUSTOS que “ciertamente, el Derecho Penal, las leyes penales y las disquisiciones sobre el delito y la pena, son sumamente antiguos; pero cuando los autores quieren indagar sobre los orígenes reales del pensamiento jurídico penal actual, en sus pretensiones científicas y de sistema, necesariamente se remontan entonces al iluminismo y en especial a BECCARIA” (BUSTOS R., Juan: *Introducción al Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 1986, p. 103).

<sup>12</sup> BECCARIA, César: *Tratado de los delitos y de las penas*. Capítulo IV: *Interpretación de las leyes*. Libro de edición argentina, Editorial Heliasta S.R.L s/f., p. 63.

<sup>13</sup> Cf. ITURRALDE, Victoria: *Sobre el Silogismo Judicial*. Anuario de Filosofía del Derecho VIII, 1991, pp. 239. Entre los factores que condicionan esta situación se señalan: la complejidad e imperfección formal del material normativo; la posibilidad de que el ordenamiento jurídico contenga ya un exceso de normas sobre una misma materia, dando lugar a antinomias normativas, ya un defecto de aquellas, con la aparición de lagunas; la limitada capacidad humana para prever todos los aspectos de un problema, con la consiguiente posibilidad de lagunas axiológicas; y, la diversidad de operaciones que tiene que realizar el aplicador al resolver un caso. Por su parte ALEXY señala que “la decisión jurídica que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente en muchos casos de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados”. Indica que para esto existen cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales. (ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. La Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989, pp. 23 y 24).

<sup>14</sup> Cf. ITURRALDE, *Op.cit.*, p. 239. FERNÁNDEZ VIAGAS precisa que “la pretensión según la cual cada norma posee un único significado auténtico o verdadero y que existe una regla para cada supuesto se ha revelado simplemente una ilusión metafísica. Por el contrario toda pauta normativa posee una estructura abierta – una “open texture” – susceptible de asumir significados distintos (...) Es cierto que en ocasiones, la claridad del mandato desvanecerá todo tipo de dudas, pero, aún en estos supuestos, bastará que los hechos experimenten el paso del tiempo, para que quepa preguntarse si la intención original del creador de la norma no hubiera sido distinta ante la nueva situación.” (FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido: *El Juez Imparcial*. Editorial COMARES. Granada, 1997, pp. 45-46). Sobre la textura abierta del Derecho a la que se refiere HART, puede verse: HART, H.L.A: *El concepto de Derecho*. Editora Nacional, México, 1980, pp. 155 y ss.

5. Uno o más métodos o criterios interpretativos pueden conducir a una solución distinta a la que llevan otro u otros; y, no existen pautas que indiquen al Juez qué método predomina en cada caso. “Metódicamente el juez es libre en la elección de las reglas interpretativas. Y puesto que las diferentes reglas interpretativas llegan a resultados diferentes respecto a la comprensión “correcta” de la norma, no estarán capacitadas para garantizar una vinculación estricta del juez a la ley”<sup>15</sup> (el subrayado es nuestro). Las reglas de interpretación se muestran, *por sí solas*, insuficientes para garantizar el principio de vinculación.

Como destaca FERRAJOLI hoy se admite pacíficamente que la interpretación de la ley no es nunca una actividad solamente reconocitiva, “sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas. Y esta elección, más o menos opinable según el grado de indeterminación de la previsión legal, concluye inevitablemente en el ejercicio de un poder en la denotación o calificación jurídica de los hechos juzgados”<sup>16</sup>.

6. Igualmente la dogmática jurídica a llegado a diversas soluciones frente a casos idénticos. Así por ejemplo, el caso de un homicidio cometido bajo los efectos de un error vencible sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, será resuelto por el finalismo como un homicidio doloso (art. 106) atenuado por un error de prohibición vencible; en tanto para los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo se tratará de un homicidio culposo (art. 112 CP).
7. En consecuencia, para el pensamiento jurídico contemporáneo, el manejo de la ley por parte del juez, sea por vía interpretativa o por vía dogmática, no responde a una función meramente aplicativa, sino que tiene, más bien, un carácter creativo. El juez no se limita a realizar una simple operación de aplicación mecánica de la ley; sino que despliega una actividad valorativa y, por ende, creativa<sup>17</sup>.
8. Sin embargo, ello no significa el abandono del principio de vinculación, pues, como afirma HASSEMER “el postulado de vinculación a la ley como exigencia dirigida a la actuación judicial es indiscutible. Incluso cuando el juez actúa creadoramente sigue siendo válida la orden constitucional de crear derecho de acuerdo con las instituciones previstas en la ley”<sup>18</sup>.

Pero, para saber *qué es lo que está de acuerdo con las instituciones previstas en la ley* tenemos que conocer qué es lo que dice la ley, con lo que volvemos a caer en el problema. Como afirma AARNIO “el intérprete parece moverse en un “círculo”: el derecho vincula al intérprete – no toda interpretación está de acuerdo con el derecho – la clarificación de los contenidos del derecho requiere una elección entre las diferentes alternativas de interpretación – la elección puede referirse sólo al derecho válido, etc”<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> HASSEMER, *Op.cit.*, p. 212.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*, Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta, S.A. Madrid 1995, pp. 38-39.

<sup>17</sup> Cf. HASSEMER, *Op.cit.*, p. 215.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, p. 14.

Ello no indica la esterilidad de los esfuerzos para justificar las decisiones racionalmente en el marco de la vinculación del Juez a la ley, pues como expresa PIETRO SANCHIS “aunque la hermenéutica no demostrase de modo concluyente la racionalidad de toda decisión judicial, aunque fuera posible demostrar la existencia de elementos emotivos o por completo irracionales, ello tampoco significaría la inutilidad del esfuerzo: tanto la hermenéutica como la nueva retórica han puesto de relieve que allí donde termina la vinculación a la ley no comienza sin más el arbitrio subjetivo, en definitiva, que la argumentación judicial es un proceso racional”<sup>20</sup>.

9. En la actualidad, mediante las denominadas *teorías de la argumentación jurídica*, se busca dotar de mayor racionalidad a la adopción de determinados métodos o criterios interpretativos en lugar de otros, así como la opción por determinadas soluciones dogmáticas.

Así, afirma ITURRALDE que “a través de las teorías de la argumentación jurídica se pretende dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación judicial: el relativo a cómo justificar la elección entre las alternativas jurídicamente posibles. En otras palabras, para evitar que la discrecionalidad judicial desemboque en arbitrariedad, resulta imprescindible el recurso, no ya a argumentos más o menos persuasivos sino, a una justificación racional de las decisiones judiciales”<sup>21</sup>.

Del mismo modo, con relación a la dogmática penal se considera que si la racionalidad de ésta ya no puede alcanzarse por vía de la referencia directa al derecho positivo, “se tratará de asentarla en una “teoría de la argumentación”, en un entramado de esquemas argumentales que sirvan para justificar la adopción de una decisión en lugar de otra”<sup>22</sup>.

10. El principio de vinculación del juez a la ley encuentra límites en el principio de constitucionalidad. El Estado legal de Derecho se ha transformado en el Estado constitucional de Derecho. El primero se caracteriza por el principio de legalidad, es decir, por la afirmación de la primacía de la ley sobre los restantes actos del Estado; el segundo se caracteriza por el principio de constitucionalidad, es decir, por la primacía de la constitución sobre la ley. “El Estado constitucional de Derecho mantiene pues el principio de legalidad pero subordina sus formas concretas de manifestarse al principio de constitucionalidad”<sup>23</sup>. En el Estado constitucional la ley carece de autonomía porque siempre habrá de rendir cuentas ante la instancia superior de la constitución<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> PRIETO SANCHIS, Luis: *Ideología e Interpretación Jurídica*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1987, p. 64.

<sup>21</sup> ITURRALDE, *Op.cit.*, p. 240.

<sup>22</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1992, p. 124.

<sup>23</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. En: *Obras Completas*, Volúmen III. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 3029.

<sup>24</sup> PRIETO SANCHIS, Luis: *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos II de Madrid. Dickinson, Madrid, 1998, p. 36.

En consecuencia en un Estado constitucional de Derecho como el peruano la vinculación del Juez está limitada a la ley compatible con la Constitución<sup>25</sup>.

11. El principio de vinculación del juez a la ley, en el marco del principio de constitucionalidad, encuentra fundamento en nuestro sistema jurídico. Así, el primer párrafo del art. 138 de la Constitución establece que "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes". Idéntico texto es reproducido por el art. 1 de la LOPJ.

Este principio tiene conexión funcional con el principio de independencia del Poder Judicial. El art. 146 de la Constitución, precisa que "(...) El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley". Igualmente, al art. 2 de la LOPJ refiere que "el Poder Judicial en su ejercicio funcional es (...) independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley".

12. Nuestro sistema jurídico penal prevé exigencias adicionales de vinculación del Juez a la ley penal. Estas derivan de la vigencia del principio de legalidad y la proscripción de la analogía, establecidos en los arts. 2.24.d<sup>26</sup> y 139.9<sup>27</sup> de la Constitución y en los arts. II<sup>28</sup> y III<sup>29</sup> del Título Preliminar del CP. El derecho a la legalidad penal, reconocido en la Constitución, permite afirmar que el juez sólo respeta este derecho si *selecciona e interpreta correctamente* la legislación penal que estaba vigente en el momento de realizarse los hechos que se imputan al procesado<sup>30</sup>.
13. Desde el ángulo fáctico, la vinculación del juez a la ley penal opera, además, a través de la vinculación a los "precedentes". Existe un efecto vinculante de la ley a través del derecho creado por los jueces en aplicaciones anteriores de la ley. La actividad de los jueces suele acomodarse a las "tendencias jurisprudenciales". Así ocurre, por ejemplo, en la inclinación de los juzgados penales (de primera instancia) a seguir los criterios de las Salas que conocerán del caso en segunda instancia. La misma situación se observa en relación a los plenos jurisdiccionales.

<sup>25</sup> El artículo 138 de la Constitución, en su segundo párrafo precisa que "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera".

En este sentido, ARANGÜENA FANEGO, precisa que "la vieja idea decimonónica de protección de la libertad "por la ley", tiende a ser sustituida por la de la necesidad de protección de las libertades "contra la ley". Se ha pasado del principio de legalidad al de constitucionalidad" (ARANGÜENA FANEGO, Coral: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Editorial BOSCH, Barcelona, 1991, p. 131).

<sup>26</sup> Constitución, artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley."

<sup>27</sup> Constitución, artículo 139.- "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos."

<sup>28</sup> Código Penal, Título Preliminar, Artículo II.- "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella."

<sup>29</sup> Código Penal, Título Preliminar, Artículo III.- "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde."

<sup>30</sup> En este sentido: FERRERES COMELLA, Víctor – MIERES MIERES, Luis Javier: *Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal (A propósito de las sentencias 1111/1993 y 150/1997 del Tribunal Constitucional)*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año N 19. Núm. 55. Enero – Abril 1999, p. 293.

Así, afirma HASSEMER que “los elementos reales de la vinculación no están contenidos en la ley, sino en la actuación de los mismos jueces: éstos se vincularían a los resultados alcanzados en sus propias decisiones”. En la vinculación a los precedentes existe una mayor vinculación que en el caso de la ley, porque aquí nos encontramos antes dos normas individuales que resuelven casos concretos, por lo que la conexión entre dos sentencias es fácilmente verificable. Sin embargo, como destaca SEGURA ORTEGA también en este campo se plantean algunos problemas de difícil solución: si se respeta el precedente en todas las ocasiones se favorece la estabilidad y la seguridad, pero si se procede de este modo el Derecho permanecería inmóvil, no existiría la posibilidad de cambio y el progreso jurídico se estancaría<sup>31</sup>.

14. Desde el punto de vista normativo la vinculación a los precedentes encuentra limitaciones. Así, se tiene que el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>32</sup>, establece que las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República deben ordenar la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias. Pero, como destaca HERRERA<sup>33</sup>, si bien esta norma señala inicialmente que las resoluciones emitidas por las Salas Supremas tienen carácter vinculante para los tribunales inferiores, acto seguido precisa que éstos excepcionalmente pueden apartarse del precedente expresando las razones para ello. Entonces las resoluciones en referencia no llegan a ser realmente precedente vinculante. Además esta norma consagra una excepción al *stare decisis* para la propia Corte Suprema, pues sus Salas Especializadas pueden cambiar sus criterios jurisprudenciales, motivando debidamente las nuevas resoluciones.

De otro lado, el artículo 80, inciso 3 de la misma Ley Orgánica se ubica en el supuesto en que la Sala Plena de la Corte Suprema es convocada para revisar las resoluciones emitidas por sus Salas especializadas y escoger las que considere contienen principios jurisprudenciales de relevancia para el sistema judicial en general. Dichos fallos serán publicados como precedentes vinculantes, sin la posibilidad de que los tribunales inferiores

<sup>31</sup> SEGURA ORTEGA, Manuel: La Racionalidad Jurídica. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1998, pp. 85 - 86.

<sup>32</sup> El artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que:

“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.

<sup>33</sup> HERRERA, Ricardo: *El carácter vinculante de la jurisprudencia en el Perú*. En: Materiales de Enseñanza del Módulo de Razonamiento Jurídico del Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura, Lima, 1999, p. 30.

puedan apartarse de los mismos. Sólo la propia Sala especializada, en aplicación del artículo 22 de la misma Ley, podría modificar su precedente, el que necesitaría de una nueva Sala Plena para tener carácter vinculante<sup>34</sup>.

También son relevantes, para la interpretación y aplicación de las leyes penales, las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, que contengan pautas hermeneúicas relacionadas con los preceptos y principios constitucionales. Estas deben ser observadas como precedente vinculante por los tribunales del país<sup>35</sup>.

### 3. INTERPRETACIÓN Y DOGMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL

1. En la metodología jurídico-penal contemporánea se afirma que, de la tradicional concepción de la "aplicación" de la ley, se pasa al concepto de "concreción" de la ley en relación al caso concreto.

Según esta concepción, el juez no se limita a "aplicar" un texto legal previa y definitivamente dado, sino que "busca" la norma aplicable que "nacerá" de la confrontación del tenor de la ley con las exigencias del sector de la realidad a que se refiere<sup>36</sup>. La norma no posee un contenido definitivamente fijado antes de su aplicación a casos particulares, sólo desde el momento de su aplicación se precisa su alcance de forma acabada<sup>37</sup>.

Destaca LUZÓN que la concreción de la norma no se agota en la subsunción de un caso concreto, ni siquiera tratándose de los casos más frecuentes en la práctica, sino que se completa con el examen de aplicabilidad de la norma al máximo número posible de casos, incluyendo los supuestos límite. La norma posee un carácter incompleto hasta que se procede a su aplicación a los casos concretos que pueden encajar dentro de su ámbito<sup>38</sup>.

Esta perspectiva metodológica conduce a tener presente la orientación práctica que debe guiar a la ciencia penal, en especial, mediante el tratamiento de problemas o casos y la consideración de la jurisprudencia como material de trabajo<sup>39</sup>.

2. La determinación del alcance de la norma penal para el caso concreto, se realiza mediante:

<sup>34</sup> Mediante la Resolución Administrativa N° 876-CME-PJ (14/4/99) la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial autorizó la realización de la Primera Sala Plena de selección de Jurisprudencia Vinculante de la Corte Suprema del 26 al 28 de abril de 1999, fecha en la que los Vocales Supremos se declararon en sesión permanente (Herrera, 1999, p. 31).

<sup>35</sup> Cf. HERRERA, *Op.cit.*, pp. 33-34. La Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional precisa que: "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

<sup>36</sup> MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las Bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. Bosch. Barcelona, 1976, p. 285.

<sup>37</sup> Cf. *Id.*, p. 337.

<sup>38</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Editorial Universitas, S.A. Madrid, 1996, pp. 97 y 172.

<sup>39</sup> Cf. MIR, *Op.cit.*, pp. 333 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Op.cit.*, p. 172. El planteamiento de la *concreción de la norma*, destaca la importancia del interés en la decisión o resolución de casos. En este sentido, Müller precisa que "toda cuestión jurídica se presenta bajo la forma de un caso real o ideado: toda norma posee sentido únicamente en atención a la solución de un caso". Si todo conocimiento se halla presidido por un interés, el específico interés que guía el conocimiento jurídico es el "interés de la decisión" (Müller, citado por MIR, en: MIR PUIG, *Op.cit.*, p. 333).

- a. La aplicación de la norma penal, directamente, a casos concretos Aquí se recurren a los métodos de interpretación jurídica.
  - b. Aplicación de la norma penal a través de las elaboraciones conceptuales de la dogmática jurídica (fundamentalmente la teoría del delito y la teoría de la individualización judicial de la pena) a casos concretos.
3. La aplicación de la norma mediante la utilización directa de los métodos o criterios de interpretación jurídica se realiza fundamentalmente respecto a los siguientes sectores normativos:
- a) Normas referidas a la aplicación espacial, temporal y personal de ley penal<sup>40</sup>. Ejemplo: la discusión sobre la vigencia del denominado *principio de combinación de leyes* o del *principio de unidad de la ley aplicable*<sup>41</sup>.
  - b) Normas referidas a las consecuencias jurídicas del delito: **sistema de penas, reparación civil y otras consecuencias accesorias**. Ejemplo: el problema de determinar cuál es el término de prescripción de los delitos con amenaza de pena compleja (conjunta o alternativa), en la que se combina una pena privativa de libertad no mayor de dos años y la pena de multa o una pena limitativa de derechos<sup>42</sup>.
  - c) Normas de la **Parte Especial del Derecho Penal**.- Ejemplo: el referido problema de los delitos de usurpación, resistencia a la autoridad u omisión de asistencia familiar, respecto a su consideración como delitos permanentes, instantáneos o de estado<sup>43</sup>.
  - d) También en relación a las normas de la Parte Especial se presenta el problema del concurso de leyes.

En estos casos, para determinar el alcance de las normas respectivas, el intérprete realiza su labor teniendo como instrumento fundamental los métodos postulados por la teoría de la interpretación jurídica (literal, histórico, sistemático, etc., o los criterios interpretativos específicos desarrollados en relación a los problemas del concurso).

4. La concreción de la norma penal a través de la dogmática del delito (teoría del delito), se realiza fundamentalmente respecto a los problemas vinculados a las normas referidas a las categorías de la teoría general del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad, responsabilidad, autoría y participación, tentativa, etc.

En estos casos los métodos desarrollados por la teoría de la interpretación jurídica operan al interior de la dogmática del delito, pues, la **teoría del delito** debe considerar a la ley

<sup>40</sup> Título Primero del Libro Primero del Código Penal (arts. 1 y ss).

<sup>41</sup> Sobre esta discusión en nuestro país puede verse: CARO JOHN, José Antonio: *La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia*. En: Revista peruana de ciencias penales N° 4. Editorial Grijley, 1994, pp. 733 y ss.

<sup>42</sup> Esta problemática fue objeto de discusión en el Pleno Jurisdiccional Penal de 1997 realizado en la ciudad de Arequipa, habiéndose adoptado el Acuerdo Plenario N° 5-97.

<sup>43</sup> Esta temática fue abordada en el Pleno Jurisdiccional Penal de 1998 realizado en Ica concluyendo con el Acuerdo Plenario N° 02-98.

penal como un elemento integrante de su sistema, si es que se quiere presentarse como una tesis de *lege lata*. La teoría del delito debe, por lo menos, ser compatible con la ley penal vigente y para verificar esta compatibilidad es necesario interpretar la ley.

5. En general, la interpretación de la norma forma parte de la elaboración de un sistema dogmático, aunque, como veremos en el párrafo siguiente, ello no siempre es posible por razones de carencia normativa.
6. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la dogmática del delito es mucho más que una hermenéutica del Derecho positivo. Así, **muchas de las cuestiones dogmáticas centrales del delito** como la problemática de la imputación objetiva, del dolo eventual, el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, los elementos subjetivos en las causas de justificación, etc. **no pueden presentarse pura y simplemente como cuestiones interpretativas**, pues, la base normativa (texto legal sobre los mismos) es realmente escasa.

La determinación de las **características generales que debe reunir un hecho para ser estimado merecedor de pena**, no se obtiene por vía inductiva de los tipos de la Parte especial, ni se deducen de determinadas estructuras ontológicas del obrar humano, tampoco resultan de una mera interpretación –en el sentido positivista– de las disposiciones contenidas en la Parte General del Código Penal. **La dogmática de orientación teleológica, parte de premisas valorativas fundamentales que no se hallan en el Derecho positivo, sino, en determinadas premisas trascendentes al mismo.**

Sin embargo, la obtención de estas premisas fundamentales sobre las que se va a construir el sistema dogmático, no puede ser una labor puramente especulativa, producto de un mero ejercicio de la razón, por lo que se considera que la referencia básica está constituida por el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución<sup>44</sup>. También se hace referencia a la necesidad de que el dogmático utilice reglas de interpretación y argumentos que sean compatibles con los que son reconocidos como válidos en la comunidad<sup>45</sup>.

Ahora bien, la amplitud de las disposiciones constitucionales (postulados abstractos y vagos) tornan dificultosa la tarea de traducir éstas normas en criterios determinados y concretos para atribuir responsabilidad penal. Por ello, un importante sector de la ciencia penal ha encontrado en la doctrina de los fines del Derecho Penal (teorías de la pena) el

<sup>44</sup> Cf. SILVA, *Aproximación...* Op.cit., p. 112-113. Sin embargo, precisa Silva que "tampoco puede sobrevalorarse el papel de la Constitución en este ámbito, pretendiendo hallar en ella la fijación concreta y definitiva de las premisas básicas del razonamiento dogmático. La Constitución, en realidad no constituye más que un marco, que ciertamente limita las posibilidades de la construcción dogmática de *lege lata*, pero que en muchos aspectos, dada su amplitud y ambigüedad puede rellenarse de formas sustancialmente diferentes.

<sup>45</sup> Considera AARNIO que el dogmático jurídico tiene que utilizar las mismas fuentes del derecho que el juez y ambos deben referirse a las mismas reglas metodológicas. Sólo bajo estas condiciones, la dogmática jurídica puede proporcionar a la comunidad jurídica información relevante con respecto al orden jurídico. "Si el investigador utilizara reglas de interpretación totalmente desconocidas en la comunidad, o si sus argumentos fueran incompatibles con los que son aceptados como válidos en aquella comunidad, sus resultados o bien serían considerados como no jurídicos o serían rechazados como resultados jurídicos" (AARNIO, *Op.cit.*, pp. 50-51).

instrumento de mediación entre el sistema de valores y principios de la Constitución y la dogmática de la teoría del delito<sup>46</sup>.

En este contexto, el Derecho positivo conforma tan solo el marco externo –obligatorio por el principio de legalidad– de las construcciones dogmáticas, pero no posee sobre éstas otra incidencia que la de impedir las construcciones de *lege lata* que desborden el marco de los sentidos posibles de los términos de la ley. El Derecho positivo ejerce una función de orden meramente “negativo” es decir no impone una tesis concreta, sino se limita a descartar algunas por ser incompatibles con los posibles sentidos que permite su tenor literal<sup>47</sup>. Precisamente, para posibilitar esta función negativa de las normas penales, se requiere de una actividad interpretativa de las mismas no obstante que en muchas ocasiones, reiteramos, éstas son realmente escasas. De esta manera la construcción dogmática de la teoría del delito resulta vinculante.

7. En suma “La dogmática tiene por objeto la obtención –desde las propias perspectivas valorativas– del sistema de enunciados generales de una correcta atribución de responsabilidad penal, así como de los enunciados derivados de aquellos y situados en un nivel inferior de abstracción; ello naturalmente en el marco de la Constitución y la legislación positiva, si es que se trata de una construcción del sistema de enunciados correctos de *lege lata*”<sup>48</sup>.

Aunque lo que se busque sea convencer a los demás de la corrección de las soluciones planteadas por la dogmática, es obvio que ésta no puede apoyarse en la mera adecuación al Derecho positivo dado que este opera a modo de marco admitiendo en su seno a varias concepciones posibles. No se trata pues de obtener la construcción verdadera, sino de obtener un sistema plausible que reúna los elementos precisos para alcanzar un consenso intersubjetivo. El consenso sólo puede alcanzarse a través de la argumentación racional<sup>49</sup>. La teoría de la argumentación jurídica viene enriqueciendo sustancialmente el desarrollo de la dogmática penal actual<sup>50</sup>.

En suma, la teoría (dogmática) del delito se muestra como el instrumento más importante para la determinación global del alcance de la normatividad jurídico-penal. En este sentido afirma Silva Sánchez que la teoría del delito es la teoría global que da cohesión y unidad a toda la suma de instrumentos técnicos de análisis y evaluación jurídico-penales a nuestra disposición y, además, nuestro instrumento más potente de análisis y evaluación de problemas jurídico-penales. Uno de estos instrumentos de técnicos es precisamente la teoría de la interpretación jurídica.

<sup>46</sup> Cf. SILVA, *Aproximación...* Op.cit., p. 114-115.

<sup>47</sup> *Id.*, p. 118-119.

<sup>48</sup> *Id.*, p. 134.

<sup>49</sup> Cf. *Id.*, p. 134.

<sup>50</sup> Una fructífera aplicación de los postulados de la teoría de la argumentación en relación a la dogmática jurídico-penal puede verse en: SILVA, *Aproximación...* Op.cit., en especial las págs. 162 a 178.

8. Si bien el dogmático, el intérprete y el juez están interesados en la aplicación de las normas jurídicas, existen diferencias en sus respectivas actividades<sup>51</sup>.

El juez no realiza una labor de sistematización de las normas jurídicas (no construye un sistema interpretativo), sino que *utiliza* la sistematización que el dogmático ha realizado. En la aplicación del derecho el juez realiza la tarea de verificar los hechos y aclarar los contenidos de la norma jurídica, para lo que utiliza la dogmática o la interpretación de manera directa.

El juez se ocupa de casos concretos en tanto el dogmático o intérprete científico examina los casos típicos. El científico está interesado en el contenido del derecho válido en general.

Tanto el juez como el dogmático realizan una actividad interpretativa, el primero con la finalidad de resolver un caso concreto y el segundo con la finalidad de aclarar los contenidos de la norma jurídica y construir un sistema que sea compatible con el ordenamiento jurídico. Por nuestra parte consideramos que ambas perspectivas deben avanzar hacia un fructífero encuentro en el que, por un lado, jueces con alta formación en dogmática jurídica estén en condiciones de una adecuada comprensión de esta materia y limitarse a ser aplicadores de la misma, y, de otro lado, los científicos del derecho privilegien una orientación práctica de la teoría.

#### 4. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL Y TEORÍA DEL DELITO

##### 4.a Dogmática Jurídico Penal

1. Las disciplinas que tienen por objeto el estudio del Derecho penal, suelen denominarse Ciencias penales y son básicamente la Ciencia del Derecho penal o dogmática jurídica, la Política Criminal y la Criminología.
2. En sentido estricto “dogmática jurídica” es el método que utiliza la ciencia del Derecho penal. En sentido amplio la “dogmática jurídica” es sinónimo de ciencia del Derecho Penal. Como afirma ZAFFARONI “el método actualmente más difundido en el saber penal es el dogmático, al punto que suele identificarse la “ciencia penal” con la “dogmática penal””<sup>52</sup>.

El método dogmático expuesto inicialmente por RUDOLF VON JHERING, presentado sintéticamente, consiste en un análisis de la letra del texto de la ley, en su descomposición analítica en elementos (análisis), en la reconstrucción en forma coherente de esos elementos, lo que arroja por resultado una construcción o teoría (sistema). En este proceso el contenido de la ley es un dogma que no puede ser alterado por el intérprete, de ahí proviene la denominación de dogmática<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Véase: AARNIO, *Op.cit.*, pp. 43-51.

<sup>52</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Ediciones Jurídicas. Lima, 1986, p. 124.

<sup>53</sup> Cf. *Ibid.*

3. La dogmática, en el sentido del párrafo anterior, limitada al texto de la ley, se desarrolla en el marco de la ciencia jurídica del positivismo que considera que “la dogmática jurídica [en tanto ciencia] es una disciplina estrictamente jurídica que tiene como objeto el estudio exclusivo del derecho positivo penal”<sup>54</sup>.
4. La dogmática jurídica, en tanto método, tiene por objeto al Derecho<sup>55</sup>. Si algunos sectores identifican el Derecho con la ley, como lo hace el positivismo, no es un problema que haya que cargarle al método, sino a la concepción del Derecho de que se parte. “El método dogmático tampoco decide qué es lo que debe considerarse derecho. Sería un error afirmar que todo lo que tenga forma legal sea derecho para la dogmática, porque la dogmática es un método y, como tal se aplica a un objeto una vez delimitado el mismo (...) la dogmática es un método de conocimiento, pero la delimitación de lo que hay que conocer no es cuestión que incumba al método”<sup>56</sup>, sino que es un problema de la ontología jurídica.

El rol que se asigna a la norma, valores y hechos en la concepción del Derecho, la forma cómo se conceptúa a su vez cada uno de estos aspectos, el peso específico que se les otorgue, etc., van a desembocar en una determinada concepción del Derecho, que luego será objeto de estudio de la dogmática. A su vez, la concepción del Derecho de la que se parte va a incidir en el método que se adopte para la elaboración del sistema dogmático. El método tiene que ser adecuado a su objeto de estudio. De esta manera, las opciones metodológicas fundamentales (análisis síntesis, descripción, valoración, etc.) van a ser guiadas por la concepción de Derecho que se siga.

5. A pesar de estas variantes, todas las concepciones dogmáticas coinciden en considerar que su objeto, o por lo menos parte de él, es el Derecho positivo.

Se afirma, entonces, que la dogmática jurídico-penal tiene por finalidad determinar lo que rige conforme al ordenamiento penal positivo: su misión es, averiguar y determinar el contenido del Derecho penal<sup>57</sup>. Se ocupa del estudio de las reglas jurídicas, pero en forma tal que éstas puedan presentarse como un conjunto racional.

<sup>54</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio – ARROYO ZAPATERO, Luis – FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos – SERRANO PIEDECASAS, José Ramón – GARCÍA RIVAS, Nicolás: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Editorial Praxis S.A., Barcelona 1996, p. 63. Se precisa además que “la Política criminal, por su parte, se ocupa de valorar la legislación penal desde el plano de los fines que con ella pretendan ser obtenidos y propone, en su caso, regulaciones alternativas. Finalmente la Criminología estudia el delito como un hecho de la vida social o como un hecho de la vida del individuo.”

<sup>55</sup> Anota GIMBERNAT que “El objeto de la ciencia del Derecho Penal es la ley positiva jurídico-penal, esto es: determinar cuál es el contenido del Derecho Penal, qué es lo que dice el Derecho Penal (...) lo que el dogmático tiene que averiguar es ver si –y cómo– está regulado un supuesto de hecho concreto por el Derecho Penal” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*. Tecnos, S.A. Madrid, 1999, p. 36).

<sup>56</sup> Cf. ZAFFARONI, *Manual... Op.cit.*, p. 132.

<sup>57</sup> Cf. LUZÓN PEÑA, *Op.cit.* p.93. En este sentido también: PECES-BARBA, Gregorio – FERNÁNDEZ, Eusebio – DE ASIS, Rafael: *Curso de teoría del Derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1999, p. 131, quienes precisan que “La teorización jurídica realizada por esta disciplina (la dogmática jurídica) se centra sobre un sistema jurídico concreto y en lo referente al contenido material de sus normas, es decir, el contenido normativo de los textos legales. Por ello no se puede hablar de una dogmática “general” del derecho, sino de la dogmática de cada sistema jurídico en concreto”.

La labor propia del jurista dogmático es *interpretar* qué quieren decir las disposiciones del derecho positivo y *sistematizarlas*<sup>58 59</sup>.

En esta línea ROXIN afirma que “la dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal. Por su referencia al Derecho vigente y por sus métodos se diferencia de la historia del derecho penal y del Derecho penal comparado, pero también de la Política criminal, cuyo objeto no constituye el derecho como es, sino como debería ser en cuanto a una adecuada disposición para sus fines”<sup>60</sup>.

Otro sector sostiene que “el objeto central de la dogmática (...) no lo constituyen las proposiciones legales de un Derecho positivo concreto, sino un conjunto permanente de problemas que se hallan ligados entre sí por determinadas conexiones lógico-estructurales y axiológicas, y a los que se trata de dar respuesta mediante un sistema de contenidos valorativos obtenidos a partir de determinadas premisas fundamentales en virtud, a su vez, de conexiones lógicas y axiológicas”<sup>61</sup>.

Por nuestra parte consideramos que estas posiciones no son incompatibles, pues, en primer lugar, la dogmática debe tener una finalidad práctica, en consecuencia, ser elaborada de *lege lata* y no de *lege ferenda*: debe buscar la vinculación del Juez a la ley. En segundo lugar, desde la perspectiva fáctica, la mecánica de elaboración de un sistema dogmático no parte de la ley, sino de sistemas de atribución de responsabilidad elaborados por la ciencia del Derecho penal (modelos metodológicos, causalismo, finalismo, etc.) a los que se busca presentar como compatibles con el Derecho positivo (*razón explicativa*). En tercer lugar, la presentación de las soluciones dogmáticas, especialmente, en relación a casos concretos debe ser justificada en referencia a la ley penal o al sistema jurídico penal (normas internacionales, Constitución, principios, etc.) (contexto de justificación).

6. En relación a la finalidad de la dogmática jurídico-penal y en paralelo a las posturas referidas en el acápite anterior, destacan dos concepciones. Una, a la que acabamos

<sup>58</sup> Cf. HABA, Enrique Pedro: *Los paradigmas científicos en la teoría del Derecho contemporánea. Sobre distintos modos de concebir la ciencia del Derecho*. En: VV.AA. *Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho*. José F. Palomino Manchego, Director, Grjiley, 1999, pp. 171 y ss. En este sentido también AARNIO, quien afirma que “Por lo general la dogmática jurídica es definida (...) como el estudio del contenido de las reglas (normas) jurídicas y del orden sistémico de aquellas. Los términos usuales que se refieren a estas actividades son “interpretación” y “sistematización”” (AARNIO, *Op.cit.*, pp. 46-47).

<sup>59</sup> En este sentido afirma JESCHECK que “El núcleo de la Ciencia del Derecho Penal es la Dogmática jurídico-penal (teoría del Derecho Penal), que parte de la ley penal como base y límite de sus postulados, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas, ordena la materia jurídica 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.” JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición completamente corregida y ampliada. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Comares Editorial. Granada, 1993, p. 35.

<sup>60</sup> ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 192.

<sup>61</sup> SILVA, *Aproximación...Op.cit.*, pp. 120-121.

de referirnos, que considera que su finalidad fundamental es determinar el contenido del Derecho penal positivo vigente y otra, que veremos más adelante, que afirma que su finalidad fundamental es el establecimiento de un sistema de enunciados para la correcta atribución de responsabilidad penal.

7. Igualmente veremos más adelante que, en relación al rol que desempeña el dogmático (intérprete), de un lado se encuentran quienes reconocen como punto de partida de su cadena de fundamentaciones sólo aquello que está expresado en la ley, con independencia de las opiniones del intérprete<sup>62</sup>. En tanto que otros reconocen un rol decisivo a las valoraciones que realiza éste.

En el marco del positivismo se identifica el derecho con la ley. En posteriores modelos dogmáticos se toman en consideración otros factores de naturaleza valorativa o fáctica<sup>63</sup>, por ello se afirma que “pasados ya los tiempos en los que toda la dogmática del Derecho penal se consideraba plasmada expresamente en los propios preceptos que formaban el Derecho penal objetivo, hoy se admite más o menos generalmente, al menos en los estados con una dogmática avanzada que la mayor parte de la dogmática jurídico-penal constituye un “constructo” no expresamente plasmado por el legislador en el Derecho penal objetivo”<sup>64</sup>.

8. **Naturaleza de la actividad dogmática (descripción y valoración).** Respecto a la naturaleza de la actividad que se realiza en la dogmática jurídica se reconocen básicamente dos criterios. Así, para unos la dogmática que se presenta como una actividad puramente cognoscitiva o descriptiva; en tanto que para otros la dogmática exige una actividad mixta: cognoscitiva y creadora<sup>65</sup>. Por nuestra parte consideramos que los momentos valorativos y por ende creativos, son inevitables en el quehacer dogmático.
9. **Importancia de la dogmática.** La dogmática penal hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, posibilita sustraerse a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. GIMBERNAT ha sostenido con acierto que “Cuanto menos esté desarrollada una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> En referencia a esta posición, puede verse: BACIGALUPO, Enrique: *Delito y punibilidad*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1983, p. 16.

<sup>63</sup> En la actualidad la dogmática de la teoría del delito se orienta básicamente hacia cuatro direcciones: a) la finalista (WELZEL), b) la racional teleológica (ROXIN), c) la funcionalista basada en la teoría de los sistemas (JAKOBS) y d) la lógico analítica (HRUSCHKA). En la construcción de estos sistemas juegan un papel destacado elementos que trascienden al propio Derecho Penal entendido en el sentido normativo “puro” (estructuras lógico objetivas, criterios de política criminal, interacciones comunicativas, estructuras y análisis de corte filosófico-analítico; respectivamente) (BALDO LAVILLA, Francisco: *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*. En: *Política criminal y nuevo Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 367-368).

<sup>64</sup> BALDO, *Op.cit.*, pp. 368-369.

<sup>65</sup> Cf. HABA, *Op.cit.*, pp. 170 y ss.

<sup>66</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 158.

10. La teoría del delito constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal. Seguidamente nos referiremos a ella.

#### 4.b Teoría del delito

1. La teoría jurídica del delito estudia al delito desde el punto de vista jurídico. Trata de establecer qué es el delito desde el ángulo visual del ordenamiento jurídico.
2. La teoría del delito estudia las características generales que debe tener cualquier conducta para ser calificada como un delito<sup>67</sup>. Estas características generales son la **tipicidad**, **antijuridicidad** y **responsabilidad (culpabilidad)**. Dentro de la tipicidad se estudian la imperfecta realización objetiva del tipo (tentativa) y las ampliaciones del tipo (participación).
3. Las manifestaciones específicas de estas características frente a cada delito *in especie* deben estudiarse en la parte especial del Derecho penal<sup>68</sup>. V.gr. en el caso del homicidio a petición (art. 112 CP) la manifestación específica de la culpabilidad (piedad como especial motivación) es estudiada en la Parte especial<sup>69</sup>; en tanto que la posibilidad de comprensión del injusto, la imputabilidad y la exigibilidad como "elementos" generales de la responsabilidad (culpabilidad) son estudiados en la Parte general.
4. El método que se utiliza para la construcción de la teoría del delito, conforme lo hemos manifestado, es el **método dogmático**<sup>70</sup> y el carácter vinculante de los postulados de la dogmática penal deriva de su compatibilidad con el ordenamiento jurídico.
5. Ello le confiere a la teoría del delito una finalidad práctica, pues, sirve para fundamentar las resoluciones judiciales en materia de aplicación de la ley penal<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990, p. 99. FRAGOSO considera que la teoría del delito además de las características generales del delito, estudia sus formas especiales de aparición que serían los delitos culposos y los omisivos (FRAGOSO, Heleno Claudio: *Licoes de Direito Penal, A Nova Parte Geral*. 9ª edicao. Forense. Rio de Janeiro, 1985, pp. 143-144). Por nuestra parte, no creemos que a éstas puedan considerarse como formas especiales de aparición del delito y que los delitos activos dolosos sean la forma general. Las formas activa, omisiva, dolosa y culposa constituyen estructuras típicas adoptadas por el legislador para la prohibición de determinadas conductas. Estas estructuras son independientes y no puede plantearse entre ellas una relación de general a especial.

<sup>68</sup> ZAFFARONI considera que "la metodología de la "parte especial" debe consistir en un análisis de los tipos en particular y de la antijuridicidad y de la culpabilidad en cada uno de ellos (...) La teoría del delito no puede llegar hasta ese grado de particularización, porque abandonaría su tarea para confundirla con la parte especial" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. EDIAR. Buenos Aires, 1981, p. 84).

<sup>69</sup> Véase, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial I. Delitos de homicidio*. GIOS editores, Lima, 1991, pp. 71-72.

<sup>70</sup> Cf. ZAFFARONI, *Manual... Op.cit.*, p. 124.

<sup>71</sup> Cf. VILLAVICENCIO, *Lecciones... Op.cit.*, p. 99.

#### 4.c Evolución de la Dogmática Jurídico-Penal y de la Teoría del Delito

##### 4.c.1 La concepción dogmática del positivismo<sup>72</sup> y el denominado concepto clásico de delito<sup>73</sup> o sistema causal liszt-beling<sup>74</sup> o causalismo naturalista<sup>75</sup>.

1. La ciencia jurídico-penal y en particular el concepto clásico del delito fue notablemente influenciado por el positivismo del siglo XIX<sup>76</sup>.
2. El surgimiento y desarrollo del positivismo corresponde a la etapa de asentamiento del capitalismo en los países centrales. Consolidada la burguesía en el poder pierde su espíritu revolucionario y, por el contrario, le interesa la defensa del orden establecido frente a las exigencias del movimiento obrero<sup>77</sup>. Ésta sería la misión del positivismo que en general tuvo como principales postulados los siguientes: a) La ciencia es el único conocimiento posible y su método el único válido<sup>78</sup> b) El método de la ciencia es el de la experimentación y la generalización de los resultados<sup>79</sup>, no sólo es descriptivo, sino también causal explicativo<sup>80</sup>. c) tiene por objeto a los hechos<sup>81</sup>, lo accesible a la experiencia<sup>82</sup>, lo real por oposición a lo quimérico<sup>83</sup>. Sólo reconoce como ciencia de un lado a las ciencias causales basadas en la experiencia y de otro lado a la Lógica y las Matemáticas como doctrinas de las *formas puras* de los cuerpos y de los números.<sup>84</sup> Sin embargo, la premisa epistemológica fundamental del positivismo es que sólo puede ser objeto de conocimiento aquello sobre lo cual la ciencia tiene algo que decir, mediante la aplicación del método científico; sobre el Derecho sí podemos ejercer alguna función cognoscente, puesto que es una realidad que está ahí, sólo que la realidad jurídica es una realidad sumamente compleja: el Derecho es un hecho social, pero al mismo tiempo

<sup>72</sup> La magistratura peruana en el plano del deber ser "adopta" una concepción no positivista del Derecho. Sin embargo, "en el plano de los hechos, del ser, los magistrados desarrollan una concepción positivista del Derecho y recurren por lo general a una interpretación literal de las normas" (LEÓN PASTOR, Ricardo: *Diagnóstico de la cultura judicial peruana* Colección de Estudios Judiciales N° 1, Academia de la Magistratura, Lima, 1996, p. 20).

<sup>73</sup> JESCHECK, *Tratado... Op.cit.*, 1993, p.182.

<sup>74</sup> TAVARES, Juárez E. X.: *Teorías del Delito Variaciones-Tendencias*. Traducción de Nelson R. Pessoa. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1983, 1983, p.17; ZAFFARONI, *Tratado*, III, p.34.

<sup>75</sup> BUSTOS R., Juan: *Lecciones de Derecho Penal. Volumen I*. Editorial Trotta, Madrid, 1997, p.130.

<sup>76</sup> BUSTOS R., Juan: *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, 3ª edición. Editorial Ariel. S.A. Barcelona, 1989, p.311; ZAFFARONI, *Tratado... II*, *Op.cit.*, p.32.

<sup>77</sup> Cf. IOVCHUK y OTROS: *Historia de la filosofía*. Editorial Progreso, Moscú, 1978, ps. 485 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Política Criminal Latinoamericana*. Hammurabi, Buenos Aires, pp. 41-42.

<sup>78</sup> ABBAGNANO, Nicola: *Diccionario de filosofía*. Fondo de Cultura Económica. 6ª reimpresión, 1987, p. 937.

<sup>79</sup> ROBLES MORCHON, Gregorio: *Introducción a la Teoría del Derecho*. Editorial Debate S.A., Madrid, 1993, p. 89.

<sup>80</sup> Cf. BUSTOS R., Juan: *Introducción... Op.cit.*, p. 135. En contra: ABBAGNANO, *Op.cit.*; COMTE, Augusto. *Discurso sobre el espíritu positivo*. Aguilar, Buenos Aires, 1962, pp. 59-60.

<sup>81</sup> ABBAGNANO, *Op.cit.*, p. 937.

<sup>82</sup> ZAFFARONI, *Manual... Op.cit.*, p.239.

<sup>83</sup> COMTE, *Op.cit.*, p. 90.

<sup>84</sup> LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1980, p. 95.

es norma. Estas normas se concretan en proposiciones con una lógica inherente y utilizan conceptos que se simbolizan en palabras. La historia del positivismo consistirá, en este sentido, en la historia de los desarrollos parciales de las disciplinas que estudien cada aspecto señalado. Todo depende de qué se entienda que es el Derecho, o de qué dimensión es la que define con mayor exactitud y coherencia la entraña misma del fenómeno jurídico<sup>85</sup>. En consecuencia, desde esta perspectiva, también se le reconoce al Derecho el estatuto epistemológico de ciencia. d) el método de la ciencia se extiende a todos los campos de la indagación y de la actividad humana<sup>86</sup>.

3. La ciencia del Derecho (dogmática jurídica) bajo la influencia del concepto positivista de ciencia se caracterizó principalmente por: a) desterrar toda referencia a valores, rechazo de toda cuestión relativa a principios jurídicos<sup>87</sup> *suprapositivos*, a un *Derecho Natural* o la idea del derecho en un sentido material *a priori* de todo el Derecho<sup>88</sup>, y b) Entiende el Derecho exclusivamente como Derecho "positivo"<sup>89</sup>. Restringe su ámbito estrictamente a los hechos y a su legalidad corroborable experimentalmente. Estos hechos que pueden pertenecer al *mundo exterior* (perceptible por los sentidos) o al *mundo interior* (anímico) están sometidos a la ley de la causalidad<sup>90</sup>.
4. La ciencia jurídico-penal del positivismo, considera que su objeto está constituido únicamente por el Derecho positivo. Es importante tener en cuenta que la ciencia jurídica del positivismo al considerar como su objeto exclusivo al Derecho positivo excluye toda referencia a valores y a principios jurídicos suprapositivos quedan fuera de su ámbito las valoraciones que realiza el intérprete. En esta perspectiva, la dogmática penal positivista logra sus resultados independientemente del arbitrio personal del intérprete, es decir, de sus decisiones personales<sup>91</sup>.

En el ámbito penal la dogmática del positivismo encuentra en VON LISZT a uno de sus más destacados representantes. En su obra parte del Derecho vigente y procede al análisis y sistematización de las diferentes proposiciones y conceptos que lo integran.

<sup>85</sup> ROBLES, *Op.cit.*, p. 89.

<sup>86</sup> ABBAGNANO, *Op.cit.*, p.937.

<sup>87</sup> Sin embargo, en relación al positivismo actual, un sector doctrinal afirma que "el positivismo no niega que el derecho plasme ciertos valores. Como señala Mc Cormick "lo que afirman los positivistas es una representación neutral o avalorativa del Derecho de un Estado dado —no la posibilidad de que el Derecho esté en sí mismo libre de valores". Además se afirma la compatibilidad del positivismo con la idea de principios y por tanto la inidoneidad de los principios como instrumentos de crítica de los postulados positivistas. (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *Principios y Positivismo Jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998, pp. 33-34).

<sup>88</sup> No se trata de que para los positivistas no sea posible o lícito hablar acerca de la justicia, sino que en la medida en que esto se haga, se trasciende del marco específico de la ciencia caracterizado por el imperio de una rigurosa razón, donde lo que importa es la demostración. (ROBLES, *Op.cit.*, p. 90).

<sup>89</sup> Precisa Gregorio ROBLES que "el positivismo jurídico da carta de naturaleza tan sólo al Derecho positivo, al que desde entonces se le denomina simplemente Derecho y suprime absolutamente la entidad denominada Derecho natural. (...) El Derecho positivo es el derecho realmente puesto por los hombres y que rige la vida social de los pueblos" (ROBLES, *Op.cit.*, pp. 89-90). En este sentido también: CALSAMIGLIA, Albert: *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 1993, p. 90.

<sup>90</sup> LARENZ, *Op.cit.*, pp. 57-60.

<sup>91</sup> Cf. BACIGALUPO, Enrique: *Delito y punibilidad*. Editorial Civitas, S.A.Madrid, 1983, p. 15.

Así, afirma que “si la ley penal es la única fuente del Derecho penal, ello significa que cuestiones tales como *si* y *cómo* debe sancionarse, tienen que ser respondidas exclusivamente a partir de la ley”<sup>92</sup>. En el sistema dogmático prima la vinculación a la ley. La cuestión del “derecho correcto”, la idea del fin, del bien jurídico material, corresponden a la política criminal, que pertenece al ámbito del legislador, no del juez<sup>93</sup>.

El método propuesto por VON LISZT consta de tres fases<sup>94</sup>:

- a) Recolección de las normas del Derecho penal positivo.- El Derecho vigente ha sido fijado por el legislador, circunstancia que lo convierte en un “hecho”.
- b) Deducir los conceptos de las normas jurídicas.- Mediante el arte de la interpretación se pone en claro el contenido de las normas jurídicas. Mediante el empleo de la lógica deductiva se pueden descubrir proposiciones jurídicas existentes en la ley pero no formuladas expresamente<sup>95</sup>.
- c) Construcción del sistema.- A partir de la ley positiva y de los conceptos deducidos, por vía del método inductivo, que va de los conceptos más específicos a los más generales, realiza la construcción del sistema<sup>96</sup>.

5. **Crítica al método dogmático del positivismo.** El planteamiento de la ciencia penal del positivismo es objeto de diversos cuestionamientos.

- a) **El método utilizado por el positivismo** para la elaboración del sistema conceptual que constituye la ciencia del Derecho penal, parte de la ley, es decir, se inicia con un conocimiento directo del Derecho positivo o con una deducción lógica de lo que éste establece. El positivismo presupone que es posible conocer el Derecho positivo sin la interferencia de ninguna pre-noción o presupuesto ideológico<sup>97</sup>.

Sin embargo, conocer el significado del texto de la ley resulta a menudo difícil e inseguro, por lo que los dogmáticos recurren a criterios que les permitan establecer el sentido razonable de la norma (fundamento). Pero el texto legal, generalmente, no es compatible con un único fundamento. Así, precisa BACIGALUPO que “Por regla general lo que ocurre es todo lo contrario: las normas del Derecho penal positivo son

<sup>92</sup> *Reichstrafrecht*, 1881, págs. 24 y 25 (citado por BACIGALUPO, Enrique: Delito y punibilidad. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1983, p. 15).

<sup>93</sup> Cf. SILVA, *Aproximación...*, *Op.cit.*, p. 52.

<sup>94</sup> BACIGALUPO, *Delito y...*, *Op.cit.*, pp. 20-23.

<sup>95</sup> Precisa BACIGALUPO que “De todos modos, parece claro que LISZT no deseaba cerrarse las puertas a ciertas inconsecuencias con el método deductivo, sobre todo cuando utiliza giros tales como “arte de la interpretación” o cuando recomienda “no abandonarse al formalismo” (*Id.* p. 22).

<sup>96</sup> En este sentido también explica el método del formalismo SILVA, *Aproximación...*, *Op.cit.*, pp. 51-55, quien precisa que el método inductivo es un método puramente jurídico-formal (p. 55).

<sup>97</sup> BACIGALUPO, *Delito y...*, *Op.cit.*, p. 24.

compatibles con más de un fundamento, ya que los derechos penales vigentes pueden explicarse por más de una teoría de la pena y la relación entre los elementos del concepto de delito y éstas es sumamente estrecha<sup>98</sup>.

Así por ejemplo, frente a las disposiciones contenidas en los incisos 4 y 5 del artículo 20 del Código penal<sup>99</sup>, la doctrina les ha atribuido la calidad de estado de necesidad justificante y estado de necesidad exculpante<sup>100</sup>, respectivamente, sin que esto surja expresamente del texto legal. Sin embargo, al haberles atribuido tales calidades también han atribuido importantes consecuencias respecto a los partícipes. En el caso del estado de necesidad justificante los partícipes estarán exentos de pena como consecuencia de la aplicación del principio de accesoriedad,<sup>101</sup> lo que no ocurre en el exculpante.

Se aprecia, entonces, cómo es que los textos legales no proporcionan en sí mismos bases suficientes de solución de los problemas jurídico-penales, sino que es absolutamente ineludible que el jurista tome las correspondientes decisiones<sup>102</sup>. Continúa BACIGALUPO<sup>103</sup> precisando que esta comprobación permite demostrar que, en realidad, las cadenas argumentales que culminan en la aplicación de una disposición legal a un caso determinado no comienzan en la ley positiva, sino en una serie de axiomas en los que se considera que la ley positiva reconoce su fundamento. Pero el hecho de que la ley penal pueda ser compatible con más de un fundamento, obliga a que el intérprete se decida por uno de los fundamentos posibles. El único límite que existe para esta decisión es que el texto del Derecho positivo pueda presentarse como deducible del fundamento elegido. "La primera fase del método no sería por lo tanto la reunión de las normas jurídicas que componen el objeto de la dogmática penal, sino la selección de los principios de los que se entiende deducible el Derecho vigente".

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> "Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal: (...)

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y

b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigirsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;"

<sup>100</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Código Penal*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1997, pp. 122, 126; BRAMONT ARIAS, Luis A. – BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.: *Código Penal Anotado*. Primera edición. Lima, 1995, p. 164, 166; PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*. Editora Jurídica Grijley, segunda edición, 1995, p. 372, 449.

<sup>101</sup> VILLAVICENCIO, *Lecciones...*, *Op.cit.*, p. 239.

<sup>102</sup> Cf. SILVA, *Aproximación...*, *Op.cit.*, p. 110.

<sup>103</sup> BACIGALUPO, *Delito y...*, *Op.cit.*, p. 25.

La posición del positivismo sostenida por LISZT sólo hubiera sido correcta si el lenguaje de las leyes penales tuviera en todos los casos un significado inequívoco y exacto, suficientemente definido como para identificar un único fundamento de aquellas.

- b) También se opone al positivismo que su método, en la medida que afirma que la elaboración de la Ciencia del Derecho penal parte de la ley, no permite explicar la presencia simultánea de las teorías dogmáticas corrientes, pues, bajo la vigencia de un mismo texto legal (Ej. CP Alemán, CP Español, CP Peruano) se han producido diversas teorías dogmáticas (causalismo, finalismo, elementos negativos del tipo, orientación funcional) que aportan soluciones diversas entre sí sobre la base de la misma norma jurídica<sup>104</sup>.
6. **La teoría del delito en el positivismo.** En el contexto de la dogmática del positivismo y en el campo específico de la teoría del delito surge el sistema Liszt-Beling, así denominado porque se compone de la teoría del delito de VON LISZT a la que se añade la nota de la tipicidad por obra de BELING<sup>105</sup>. Para este sistema el injusto era objetivo y la culpabilidad psicológica. Al nivel del injusto interesaba averiguar si la conducta causó el resultado; y a nivel de culpabilidad, si hay una relación psicológica entre la conducta y el resultado. De esta manera la concepción dogmática del delito dio lugar a un concepto de delito donde la acción es entendida naturalísticamente: voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad, el tipo es objetivo-descriptivo, la antijuridicidad es objetivo-valorativa (contradicción entre la causación del resultado y el orden jurídico) y la culpabilidad es subjetivo-descriptiva (concepto psicológico de culpabilidad)<sup>106</sup>.
  7. El sistema Liszt-Beling presentó múltiples dificultades, así por ejemplo:
    - a) en el ámbito del injusto, hacia 1910, se observó que para determinar la tipicidad de ciertas conductas no quedaba otro recurso que tomar en cuenta aspectos subjetivos<sup>107</sup>. Estos aspectos subjetivos del tipo, (Ejemplo: el fin de “facilitar u ocultar otro delito” en el asesinato, art. 108, 2 Código Penal), sin embargo, no encuentran cabida en el tipo concebido como integrado únicamente por elementos objetivos.
    - b) en el ámbito de la culpabilidad se observó que la teoría psicológica no proporciona un concepto material de culpabilidad<sup>108</sup> esto es, no ofrece un concepto comprensible de todas las manifestaciones de lo que se considera culpable o inculpable<sup>109</sup>. Así, de un lado, no podía explicar la culpabilidad en aquellos casos en que no existía tal relación

<sup>104</sup> Cf. BACIGALUPO, *Delito y...*, *Op.cit.*, p. 28.

<sup>105</sup> MIR PUIG, Santiago: *Introducción...*, *Op.cit.* p. 226.

<sup>106</sup> VILLAVICENCIO, *Lecciones...*, *Op.cit.*, p. 140; BUSTOS, *Manual...*, *Op.cit.*, pp.138-139; Cf. ZAFFARONI, *Manual...*, *Op.cit.*, p. 328.

<sup>107</sup> Cf. ZAFFARONI, *Manual...*, *Op.cit.*, p. 329.

<sup>108</sup> MAURACH, Reinhart: *Tratado de Derecho Penal*. 2 Volúmenes. Traducción de Juan Córdova Roda. Ariel. Barcelona, 1962, p. 17; JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 2 volúmenes. Traducción y adiciones al Derecho Penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1981, p. 275.

<sup>109</sup> Cf. TAVARES, *Op.cit.*, p. 25; BUSTOS, *Manual...*, *Op.cit.*, p. 311.

sicológica como en la culpa inconsciente<sup>110</sup> (v.g. En el caso del sujeto que por conducir negligentemente atropella y mata a un peatón, *sin siquiera haberse representado la posibilidad de tal suceso*, tendrían que considerar que no existió culpabilidad porque no hubo ninguna relación sicológica entre el autor y el resultado).

De otro lado, tampoco podía explicar la ausencia de culpabilidad cuando existía la relación sicológica como en el estado de necesidad<sup>111</sup>. Así, por ejemplo, en el caso del naufrago que se ve precisado a matar a otro para apoderarse del único madero que lo puede mantener a flote y así evitar su ahogamiento; en la medida en que existe una relación sicológica entre el autor del homicidio y la muerte del otro, la teoría sicológica tendría que afirmar la existencia de culpabilidad. Sin embargo esta solución es contraria no sólo a lo que establece la doctrina dominante, sino también a lo que postula nuestro derecho positivo que establece la exención de pena para el estado de necesidad inculpante (art. 20.5 CP).

En consecuencia, el causalismo naturalista no se muestra directamente compatible con nuestro ordenamiento jurídico-penal.

#### 4.c.2 El método del neo-kantismo y el causalismo valorativo

1. El causalismo valorativo estuvo influenciado por la metodología neokantiana. Ya no se trataba de describir realidades naturalísticas como en el positivismo, sino de comprender el **significado valorativo** de los conceptos jurídicos.
2. El neokantismo surge en Alemania a partir de último tercio del siglo XIX<sup>112</sup>. El resurgimiento del idealismo, y en especial del neokantismo como variante de él, se produce ante el fracaso del positivismo<sup>113</sup> y en respuesta al marxismo en ascenso<sup>114</sup>. Se distinguen hasta siete escuelas neokantianas<sup>115</sup>, pero unánimemente se reconoce que las más importantes fueron la Escuela de Marburgo y la Escuela de Badén<sup>116</sup>. Ambas escuelas interpretando a KANT consideran que las matemáticas y la lógica fundan su validez en la naturaleza apriorística del espacio y del tiempo; y las ciencias experimentales son válidas, en cuanto suponen la aplicación de categorías

<sup>110</sup> MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición corregida y puesta al día. Promociones Publicaciones Universitarias S.A. Barcelona, 1990, p. 579-580; BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Temis. Bogotá, 1989, p. 149; JESÚS, Damasio E. de: *Direito Penal, Parte Geral*. 1 Volume, 10ª edición. Saraiva. Sao Paulo, 1985, p. 400; ZAFFARONI, *Tratado...IV, Op.cit.*, pp. 16-17; JESCHECK, *Tratado... Op.cit.*, 1981, p. 578.

<sup>111</sup> FRANK, Reinhart. *Estructura el concepto de culpabilidad*. Traducción de Sebastian Soler. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Santiago, 1966. pp. 16 y ss.; MIR, *Derecho Penal...Op.cit.*, p. 580; BACIGALUPO, *Manual... Op.cit.*, p. 149; ZAFFARONI, *Tratado...IV, Op.cit.*, p. 14; JESCHECK, *Tratado... Op.cit.*, 1981, p. 578.

<sup>112</sup> BOCHENSKI, 1969, pp. 111.

<sup>113</sup> MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE; en : *El Significado de la Filosofía del Derecho de Emil Lask*, p. IX. Prólogo a: LASK, Emil: *Filosofía jurídica*. DEPALMA. Buenos Aires, 1946.

<sup>114</sup> IOVCHUCK, *II, Op.cit.*, p.141, 157.

<sup>115</sup> BOCHENSKI, *Op.cit.*, p. 111.

<sup>116</sup> *Id.*, p. 112; IOVCHUCK, *II, Op.cit.*, pp. 157 y ss.; ZAFFARONI, *Tratado... II, Op.cit.*, p. 306.

apriorísticas a la materia suministrada por el mundo empírico. Discrepan de KANT en que para éste fuera de dichas posibilidades no hay lugar para el conocimiento científico, en cambio, los neokantianos consideran que existen, además, las ciencias del espíritu que suponen la aplicación de otro tipo de categorías a priori sobre la misma materia fenoménica<sup>117</sup>. Otro punto de discrepancia radica en la negación de la “cosa en sí” por los neokantianos<sup>118</sup> lo que hace que caigan en un idealismo más radical que el de KANT pues sostienen que el conocimiento no es una captación del mundo, sino una creación del mismo<sup>119</sup>. En la Escuela de Marburgo, también denominada logicista, la creación del objeto por el conocimiento se da a través de la lógica y la metodología<sup>120</sup>. En la Escuela de Baden el conocimiento crea al objeto a través del valor<sup>121</sup>.

3. Para el Derecho penal sólo reviste importancia la escuela de Baden. Ésta, también denominada Escuela Sudoccidental Alemana o Escuela Axiológica, fue fundada por WINDELBAND a quien siguió RICKERT; somete a crítica el concepto positivista de ciencia que con excepción de la Lógica y la Matemática, sólo admite aquellas que se sirven del método de las ciencias naturales. Afirman los neokantianos que este método es insuficiente para las denominadas ciencias del espíritu entre las que se encuentran la Historia y el Derecho. Sostienen que la realidad experimentable es única. El objeto de las ciencias culturales es la cultura. Ésta es entendida como la “totalidad de los objetos reales en que residen valores universales reconocidos y que por esos mismos valores son cultivados”<sup>122</sup>. El mundo de la cultura que contiene realidades valiosas es el resultado del acto de valorar, por medio del cual se pone en relación el mundo de la realidad (lo que es) y el mundo de los valores (que no son pero valen)<sup>123</sup>. En este sentido se dice que el sujeto al conocer crea el objeto a través del valor. A partir de valores establecidos subjetivamente se atribuye sentido a la realidad. La dimensión de sentido es un producto del proceso de conocimiento; en otras palabras: el método determina la configuración del objeto. (*subjetivismo, epistemológico y relativismo axiológico*)<sup>124</sup>.

El planteamiento del neo-kantismo valorativo podría graficarse a través del siguiente ejemplo: un cuadro sólo sería un conjunto de materia madera, lienzo, pintura, etc. si es que no existiera un sujeto que lo valore. Cuando el sujeto valora como bello el

<sup>117</sup> MIR, *Introducción...*, *Op. cit.*, p. 224.

<sup>118</sup> BOCHENSKI, *Op. cit.*, p. 114.

<sup>119</sup> ZAFFARONI, *Tratado...*, *II, Op. cit.*, p. 306.

<sup>120</sup> IOVCHUCK, *II, Op. cit.*, p. 159; ZAFFARONI, *Tratado...*, *II, Op. cit.*, pp. 306-307.

<sup>121</sup> ZAFFARONI, *Tratado...*, *II, Op. cit.*, p. 307.

<sup>122</sup> RICKERT, H. *Ciencia cultural y ciencia natural*. Espasa Calpe. Madrid, 1965, p. 55.

<sup>123</sup> Cf. ABBAGNANO, Nicola, *Historia de la filosofía*. 2ª Edición española. Barcelona, 1964, p. 248; RICKERT, 1965, p. 46.

<sup>124</sup> En este sentido explica el método del neokantismo SILVA, *Aproximación...*, *Op. cit.*, pp. 55-59.

cuadro, le imprime el valor (belleza) y desde ese momento se tiene una obra de arte: el sujeto al valorar a creado al objeto cultural.

4. De la influencia neokantiana, en materia penal, resulta el **causalismo valorativo**. El causalismo valorativo es una teoría del delito complementaria del causalismo naturalista, pues la base sigue siendo positivista naturalista (acción jurídico-penal entendida como causalidad) y a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad tales como eran entendidas por el causalismo naturalista, se les agrega un aspecto valorativo. Resulta, entonces, que el delito es concebido por el causalismo valorativo como: acción (entendida como causalidad); tipicidad, objetiva-descriptiva-valorativa; antijuridicidad objetiva-valorativa; culpabilidad subjetiva-valorativa (La presencia excepcional de elementos subjetivos de lo injusto obedece a otra influencia).
5. El causalismo valorativo ha sido fuertemente criticado, en el ámbito de la culpabilidad destacan las siguientes objeciones:
  - a) Esta teoría define la culpabilidad como reprochabilidad (desvalor) que se le formula al autor de una conducta típica y antijurídica, por haber cometido el injusto pudiendo haberlo evitado. Sin embargo, contiene, además del desvalor, algunos elementos del objeto desvalorado como son el dolo y la culpa; por consiguiente, no es una teoría auténticamente normativa<sup>125</sup>.
  - b) Con la teoría psicológica comparte, entre otras, las siguientes críticas:
    - b.1 La ubicación del dolo exclusivamente en la culpabilidad imposibilitaría la construcción dogmática de la tentativa, por ello, aún quienes sostienen la teoría normativa compleja de la culpabilidad propia del causalismo valorativo, reconocen que el dolo pertenece al injusto, entonces ¿Porqué debe cambiar de ubicación cuando el delito pasa de tentado a consumado?<sup>126</sup>.

La importancia de la ubicación del dolo en el tipo penal, para la comprensión de la tentativa, se advierte del siguiente ejemplo: Un sujeto transita por la acera de una vía poco transitada, de pronto un enorme puñal pasa rozando su nariz y se clava en una puerta de madera. Si el puñal le caía en la cabeza era seguro que lo mataba. ¿Hubo tentativa de homicidio?. No podía darse una respuesta si no se conoce la subjetividad del lanzador del puñal. Así, podría ser que se trataba de un experto circense que jugaba una broma a un amigo (conducta atípica), o de alguien que irresponsablemente practicaba en la calle (conducta atípica), o, efectivamente de un intento de homicidio

<sup>125</sup> CURY URZÚA, Enrique: *Derecho Penal, Parte General*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1985, p. 16; ZAFFARONI, *Tratado...* IV, *Op.cit.*, pp. 25-26; WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez de la 11ª edición alemana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1976, p. 199; MAURACH, *Op.cit.*, pp. 21-22.

<sup>126</sup> TAVARES, *Op.cit.*, pp. 47-48; WELZEL, Hans: *Derecho Penal. Parte General*. Traducción del alemán por Carlos Fontán Balestra, con la colaboración del Eduardo Friker. Depalma, Buenos Aires, 1956., p.63.

(tentativa). Sólo conociendo el aspecto subjetivo del sujeto podemos determinar la tipicidad del acto y específicamente la tentativa.

- b.2 La teoría de la culpabilidad del causalismo neokantiano considera que el dolo pertenece a la culpabilidad. Esta concepción combinada con la teoría de la accesoriidad limitada en materia de participación conduce a consecuencias insatisfactorias.

Nuestro sistema jurídico reconoce dos formas de participación: complicidad (art. 25 CP) e instigación (art. 24 CP). La participación es accesoria de la autoría, pues, para que exista participación, debe existir previamente el hecho principal de un autor al que relacionar el hecho del partícipe. La teoría de la accesoriidad limitada, compatible con el art. 26 CP<sup>127</sup>, postula que para que el partícipe sea punible, el autor debe realizar cuando menos una acción típica y antijurídica, no requiriéndose de la culpabilidad. Si se ubica el dolo y la culpa en sede de la culpabilidad, como pretende el causalismo, habría que afirmar la participación no sólo en los delitos dolosos sino también en los culposos<sup>128</sup>. Sin embargo, en la doctrina nacional es unánime la negación de la participación en delitos culposos<sup>129</sup>. En consecuencia, la adopción del criterio de accesoriidad limitada y la negativa de la participación en delitos culposos, conduce a apartarse de los postulados del causalismo.

6. En la actualidad más allá de las indeseables consecuencias dogmáticas a que conduce en materia de teoría del delito, se reconoce que el mérito de la concepción del neokantismo “es mostrar las ineludibles referencias valorativas de la construcción

<sup>127</sup> Artículo 26.- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible. La doctrina nacional considera que esta disposición plasma en nuestro sistema jurídico el principio de la accesoriidad limitada. VILLAVICENCIO, *Código Penal...*, *Op.cit.*, pp. 160-162; BRAMONT, *Op.cit.*, p. 191; PEÑA, *Op.cit.*, p. 317).

<sup>128</sup> Cf. MAURACH, *Op.cit.*, p. 23.

<sup>129</sup> En la doctrina nacional es dominante el criterio que niega la participación en los delitos culposos. Así, VILLAVICENCIO afirma que “en los delitos culposos no hay participación, cualquier contribución causal culposa para el resultado representa autoría” (VILLAVICENCIO, *Lecciones...*, *Op.cit.*, p. 266); BRAMONT, ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES sostienen que “el instigador crea el dolo en la cabeza del autor” y que “el cómplice debe actuar dolosamente, con plena conciencia del hecho al cual se colabora y, además, necesariamente tiene que ser a un hecho doloso” (BRAMONT, *Op.cit.*, p. 193); por su parte PEÑA CABRERA precisa que “la accesoriidad limitada no exime de la exigencia que el hecho principal deba haberse cometido dolosamente” (PEÑA, *Op.cit.*, 1995, p. 317).

Esta posición coincide con la doctrina alemana (Ver por todos: STRATENWERTH, Günther: *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982, pp. 264 y 269). Sin embargo, a diferencia de nuestra legislación, el Código Penal Alemán requiere expresamente que el hecho principal (del autor) sea doloso, tanto en la instigación (§ 26) como en la complicidad (§27 I).

En el Código Penal peruano no se requiere de manera expresa que el hecho principal sea doloso, sólo exige que el actuar del partícipe tanto en la instigación como en la complicidad sea doloso (arts. 24 y 25 CP).

En España es postura mayoritaria la que distingue entre autoría y participación por imprudencia. En esta línea y sobre la base de que el Código Penal de 1995 (en vigor desde mayo de 1996) no exige el dolo del autor principal para sancionar la participación, sino sólo que ésta sea dolosa, se admite la participación dolosa en delito imprudente. Sin embargo, se prevé que esta posición no se consolidará a nivel jurisprudencial (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 108) otros inclusive consideran que “en el ámbito del delito imprudente caben todas las formas de participación en un hecho delictivo” (En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de “lege lata” y de “lege ferenda”*. En: Cuadernos de Política Criminal Nº 62, Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pp. 303 y ss. especialmente: p. 330).

conceptual en Derecho penal, y la caracterización de estos valores como factores no inherentes al objeto, no absolutos, universales e inmutables, sino condicionados subjetivamente, culturalmente”<sup>130</sup>.

#### 4.c.3 El método del finalismo

1. Entre la sistemática causalista y la finalista, existe un peldaño analítico muy importante representado principalmente por HELLMUTH VON WEBER y ALEXANDER GRAF ZU DOHNA quienes intentan estructurar un nuevo sistema que supere las limitaciones del causalismo valorativo. Este movimiento se inicia con la estructura compleja del tipo (tipo mixto objetivo-subjetivo) el cual comprende al dolo que antes pertenecía a la culpabilidad<sup>131</sup>. De esta manera se descargaba a la culpabilidad normativa (valoración del objeto) del dolo que es un elemento psicológico que propiamente pertenece al objeto de valoración. Posteriormente WELZEL redondeará esta nueva sistemática con un concepto óntico-ontológico de acción.
2. Las bases metodológicas del finalismo fueron fijadas por HANS WELZEL en 1930 en su artículo *Causalidad y Acción* y precisadas y desarrolladas en 1932 en *Über Wertungen im Strafrecht*, y en 1935 en *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*. Sin embargo, las principales consecuencias del finalismo para la teoría del delito recién fueron expresadas con plenitud, por WELZEL, en 1939 en su *Studium zum System des Strafrecht*; y sólo a partir de la segunda guerra mundial pasa a primer plano de la atención de la ciencia jurídico penal<sup>132</sup>.
3. Con posterioridad a la segunda guerra mundial, y en respuesta a las concepciones que posibilitaron y dieron sustento al nacionalsocialismo, se desarrolla un movimiento filosófico que tiende a buscar limitaciones a la actividad del legislador. Estas limitaciones son buscadas por algunos en un nuevo derecho natural fundado en la “naturaleza de las cosas” (RADBRUCH, WOLF, MAIHOFER, LARENZ, STRATENWERTH y otros); y, para otra línea que va a desembocar en el finalismo, los límites provienen de las “estructuras lógico-objetivas” (WELZEL)<sup>133</sup>. El finalismo emergió, entonces, como un intento de superar el irracionalismo de la escuela de Kiel<sup>134</sup>, el mismo WELZEL ha afirmado que las ideas filosóficas que lo impulsaron

<sup>130</sup> SILVA, *Aproximación...*, *Op.cit.*, p. 57.

<sup>131</sup> No obstante que tanto DOHNA como WEBER elaboraron un concepto puramente normativo de la culpabilidad, indebidamente, la mayor parte de la doctrina limita sus referencias a DOHNA, así: WELZEL, *Derecho Penal...*, *Op.cit.* p. 199; JESCHECK, *Tratado...*, *Op.cit.*, 1981, p. 579; MIR, *Derecho Penal...*, *Op.cit.*, p. 583, nota 17. La concepción de DOHNA ha sido elaborada en su *Aufbau* (1936). Existe traducción al castellano realizada por Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker: *La Estructura de la Teoría del Delito*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.

WEBER elabora esta concepción en sus *Grundriß des Tschecholosowachischen Strafrechts* (1929) y la continúa en el *Aufbau*. De este último hay traducción al castellano por Zaffaroni: *Para la Estructuración del Sistema del Derecho Penal*. En: NFP, N° 13, pp.567 y ss.

<sup>132</sup> MIR, *Introducción...*, *Op.cit.*, p. 245; VILLAVICENCIO, *Lecciones...*, *Op.cit.*, p. 105, nota.

<sup>133</sup> Cf. BUSTOS, *Introducción...*, *Op.cit.*, p. 178 y ss.; ZAFFARONI, *Tratado...*, II, *Op.cit.*, pp. 298 y ss.

<sup>134</sup> BUSTOS, *Introducción...*, *Op.cit.*, pp. 198 y ss.

tenían por finalidad vencer el naturalismo y utilitarismo que caracterizaban a la escuela de Kiel<sup>135</sup>. Desde la perspectiva de la dogmática penal, el finalismo surgió como reacción frente al relativismo gnoseológico del neokantismo<sup>136</sup>.

4. Con relación al sustento filosófico del finalismo (en especial en lo referente a su concepto de acción) existen diferentes versiones. Algunos sostienen que sus postulados no son originales, sino que habrían sido formulados anteriormente por NICOLAI HARTMANN<sup>137</sup>. Para otros el sustento no sólo proviene de éste, sino además de la filosofía de MAX SCHELER<sup>138</sup>. También se afirma que el finalismo constituye una doctrina filosófica independiente que se origina en la antigua Grecia y que tuvo entre sus representantes a ANAXAGORAS, ARISTÓTELES, TOMÁS DE AQUINO, KANT, HARTMANN y HEGEL, y que WELZEL representa la culminación de este sistema filosófico<sup>139</sup>.

Consideramos que tiene mayor sustento la posición que afirma que el finalismo de WELZEL se estructuró sobre la base de "cierta aceptación de las premisas del criticismo kantiano"<sup>140</sup>. El finalismo considera que el neo-kantismo ha interpretado erróneamente el pensamiento de Kant en lo referente a las categorías de la razón. Sostiene que cuando Kant se refiere a la razón como lo que prescribe las leyes a las cosas, no alude a la razón humana individual, sino a la razón pura como unidad sintética de categorías, condiciones apriorísticas, lógicas, de la posibilidad del objeto de la experiencia, y, por ello, universales. Consiguientemente tales categorías no las aporta el sujeto en el proceso de conocimiento, sino que las descubre en la realidad. La realidad ya tiene incorporada su dimensión de sentido (dimensión ontológica). El sujeto habrá de descubrir la estructuras permanentes del ser a través del método fenomenológico. El método se determina en función del objeto. Dada la preconstitución del objeto, las diferentes ciencias que se proyectan sobre él no pueden llegar a conclusiones contrapuestas, de modo que lo que resulte cierto para una sea falso para la otra<sup>141</sup>.

La metodología ontologicista que surge de las estructuras lógico objetivas supone

<sup>135</sup> WELZEL, Hans: *La Teoría de la Acción Finalista*. Depalma, Buenos Aires, 1951, pp. 10 y 17.

<sup>136</sup> MIR, *Introducción...*, *Op.cit.*, pp. 245-247.

<sup>137</sup> En es sentido se pronuncian WURTENBERGER, ENGISCH, HALL, KLUG, OEHLER y otros. Vid. COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho Penal Chileno, Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, p. 464; WELZEL, Hans: *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. De José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1964, p. 11.

<sup>138</sup> MAURACH, J. *Op.cit.*, p. 206.

<sup>139</sup> TÁVARES, *Op.cit.*, pp. 53-57.

<sup>140</sup> MIR, *Introducción...*, *Op.cit.*, pp. 251-252. Esta posición expuesta por Santiago Mir Puig y Jesús María Silva Sánchez se muestra como la más convincente. En efecto, WELZEL partiendo del principio supremo kantiano respecto a los juicios sintéticos de que "las condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia" deduce que "las categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir que no son sólo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario) categorías ontológicas" (WELZEL, *El nuevo sistema...*, *Op.cit.*, p. 13).

<sup>141</sup> En este sentido expone el finalismo SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, *Op.cit.*, pp. 57 y ss.

que a las valoraciones les son trazadas fronteras inmanentes por el objeto a interpretar, así se afirma que:

- a) El objeto existe independientemente de la valoración.
  - b) La valoración debe respetar la estructura del objeto valorado, por ello, y dado que los valores son valores regionales, el objeto de valoración deslinda la posibilidad de determinadas valoraciones: *Dios podría haber salvado a Judas, pero no, en cambio, a una piedra*. Por la misma razón el deber ser está limitado por la imposibilidad física, es decir, lo que es imposible físicamente no puede considerarse como un deber ser<sup>142</sup>.
  - c) El objeto no sólo delimita el marco de posibles valoraciones, sino que también conforma en cierta medida su contenido<sup>143</sup>.
5. La teoría de las estructuras lógico objetivas, creada por WELZEL, fue aplicada por él mismo a la dogmática jurídico-penal. Al recaer sobre la acción, dio lugar a la teoría de la acción finalista. La teoría del delito elaborada sobre la base de ésta es denominada "finalismo".
- Tiene razón MIR cuando afirma que el finalismo es "un reflejo en la dogmática jurídico-penal de una actitud epistemológica. Esto explica que no sea lícito afirmar, como a veces se ha hecho, que todo aquel que incluye el dolo en el tipo es, por esto solo, *finalista*"<sup>144</sup>. No basta suscribir un concepto finalista de acción como lo hizo MEZGER<sup>145</sup> (el más destacado representante del causalismo valorativo) para ser considerado finalista, sino que es necesario aplicar la metodología ontologicista que se manifiesta en las relaciones entre objeto de valoración y valoración del objeto a que hemos hecho referencia<sup>146</sup>.
6. Si bien las consecuencias dogmáticas de la metodología finalista son múltiples, destacaremos dos de ellas: el concepto de acción final y la teoría estricta de la culpabilidad<sup>147</sup> así como la vinculación entre ambas y la nueva estructura que asume el concepto del delito.

<sup>142</sup> BUSTOS y ZAFFARONI denominan estructuras lógico-objetivas a las que vinculan al legislador con el objeto que desvalora (BUSTOS, *Introducción...*, *Op.cit.*, p.182; ZAFFARONI, *Tratado...*, II, *Op.cit.*, p. 300).

<sup>143</sup> WELZEL, Hans: *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material*. Traducción de Felipe González Vicén. Editorial Aguilar, Madrid, 1971, pp. 248 y ss.

<sup>144</sup> MIR, *Introducción...*, *Op.cit.*, p. 249.

<sup>145</sup> El causalismo valorativo de MEZGER distinguía el concepto general del concepto jurídico-penal de acción. Así, afirma que "el concepto general de acción no pertenece al mundo del simple ser, naturalístico, causal, sino al mundo del ser valorizado" y su esencia propia "consiste más bien en el hecho de que aquél hacer y dejar de hacer son uno y otro conductas enderezadas a una meta, a un fin, y como tales animadas, impulsadas por la voluntad." En cuanto al concepto jurídico-penal de acción, sostiene que "el mismo Derecho penal exige, en virtud a su referencia a la realidad misma, que el concepto de acción sea estructurado y construido como un concepto natural. Sólo así puede servir de arranque al sistema." Resulta, entonces, que para MEZGER la acción en general es valorizada y finalista, en tanto que la acción jurídico-penal es causalista. (MEZGER, Edmund: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. 2ª edición revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial revista de Derecho privado. Madrid, 1946, pp.189-191) (Cf. MIR, *Introducción...*, *Op.cit.*, p. 249).

<sup>146</sup> Cf. MAURACH, I. *Op.cit.*, p. 205; MIR, *Introducción...*, *Op.cit.*, p. 249.

<sup>147</sup> La teoría estricta de la culpabilidad ubica la posibilidad de comprensión del injusto en la culpabilidad.

Para el finalismo la acción humana es ejercicio de actividad final. El hombre en virtud de su saber causal previo puede dirigir su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. La dirección final de la acción se lleva a cabo en dos etapas distinguibles sólo conceptualmente: a) la primera transcurre en la esfera del pensamiento y comprende la anticipación del fin, la selección de los medios de la acción para la consecución del fin y la consideración de los efectos concomitantes; b) la segunda etapa se desarrolla en el mundo real, en ella, el sujeto pone en movimiento conforme a un plan los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar. En la medida en que no se logra la sobredeterminación final en el mundo real (el resultado no se produce por cualquier razón) la acción final correspondiente es sólo intentada. El contenido de sentido de una acción final (acción de matar, de inyectar, de robar, etc.) se determina en relación a las consecuencias antepuestas por la voluntad de realización. Para el contenido de sentido de una acción es indiferente el que la consecuencia dispuesta voluntariamente represente, en la estructura general de la acción, precisamente el fin deseado o sólo el medio empleado, o aún una mera consecuencia concomitante incluida en la voluntad de realización<sup>148</sup>.

Se ha destacado<sup>149</sup> la vinculación que existe en el finalismo entre la acción final y la teoría estricta de la culpabilidad. El concepto de acción final abarca la dimensión de lo subjetivo -finalidad- y de lo objetivo -causalidad- (no comprende la dimensión del valor), entonces el tipo (que describe la acción para prohibirla) sólo capta los aspectos objetivos y subjetivos. A consecuencia de ello el dolo resulta avalorado (dolo sin comprensión de antijuridicidad). Entonces, la comprensión de antijuridicidad es ubicada en la culpabilidad, como posibilidad de comprensión del injusto.

De otro lado, el finalismo ha criticado a la doctrina germana que considera que los casos de falsa suposición vencible de una causa de justificación son delitos culposos. Consideran los finalistas que de esta manera se está pasando por alto la estructura lógico-objetiva que vincula al legislador en el concepto de dolo, puesto que si la finalidad era causar el resultado típico y efectivamente se ha causado de acuerdo a lo planeado, se acudiría a una ficción si se considera culposo el delito<sup>150</sup>.

En resumen, en el finalismo al adoptarse un concepto ontológico de conducta (objetivo-subjetivo), el tipo, que es la descripción de la conducta prohibida, se configuraría como objetivo-subjetivo, dando lugar al tipo objetivo y al tipo subjetivo. En el tipo subjetivo se ubica el dolo o la culpa. Al trasladar el dolo o la culpa al tipo,

<sup>148</sup> Cf. WELZEL, *Derecho Penal alemán...*, *Op.cit.*, pp. 53 y ss.

<sup>149</sup> Vid. ROXIN, *Contribución a la Crítica de la Teoría Final de la Acción*, pp. 88-89, 96; FERNÁNDEZ, 1989, I, pp. 281 y ss, 350-351.

<sup>150</sup> Cf. ZAFFARONI, *Tratado...*, IV, *Op.cit.*, pp. 86 y ss.

la culpabilidad queda limitada a la reprochabilidad: la culpabilidad es un juicio de reprochabilidad. Este juicio de reprochabilidad tiene como presupuesto la capacidad humana para autodeterminarse (libre albedrío), como una realidad ontológica.

En el ámbito de la antijuridicidad también se consideran los elementos subjetivos. Así, en las causas de justificación (excluyen la antijuridicidad y son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio legítimo de un derecho y el consentimiento) no basta que se den los elementos objetivos de justificación, sino que el autor debe conocerlos y tener la voluntad de realizarlos (momentos subjetivos). Si no se presentan estos momentos subjetivos se niega la causa de justificación. Así por ejemplo, si la mujer que ha causado su propio aborto desconocía que de no haberlo practicado hubiese muerto a consecuencia de su embarazo, no se da un estado de necesidad justificante.

7. **La construcción dogmática en el finalismo.** WELZEL afirma que la misión de la ciencia penal (dogmática jurídico-penal) es desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas del Derecho penal<sup>151</sup>, en su conexión interna, es decir "sistemáticamente". Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad. La ciencia penal es una ciencia práctica porque sirve a la administración de justicia<sup>152</sup>.

Este punto de vista Welzeliano en la práctica, se vinculó con la deducción de toda sentencia judicial de la ley en sentido formal y con la exclusión de las decisiones del intérprete en el proceso interpretativo; toda sanción penal y todo comportamiento punible debe ser deducido de o fundado en una ley formal<sup>153</sup>.

Si bien el finalismo no otorgó en la construcción dogmática un lugar a las valoraciones y decisiones del intérprete, sin embargo, tampoco puede afirmarse que para el finalismo el objeto de la dogmática se agota en la ley positiva y en los problemas de "técnica jurídica". El propio WELZEL ha destacado que "es cierto que existe en el derecho penal toda una serie de problemas puramente técnicos que el derecho penal regula en esta o en aquella forma (...) Pero es una creencia errónea y peligrosa, lamentablemente muy difundida y profundamente arraigada, la que supone que el tratamiento del derecho penal es un asunto de mera "técnica jurídica". Es creencia errónea positivista la que supone que el derecho en su integridad es un producto del legislador; que el legislador puede administrar arbitrariamente la materia jurídica y que la dogmática jurídica es, por tanto, sólo la elaboración técnica de esta materia

---

<sup>151</sup> El Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad (WELZEL, *Derecho Penal Alemán...*, *Op.cit.*, p. 11).

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> BACIGALUPO, Enrique: *Delito y ...*, *Op.cit.*, p. 13.

jurídica "causal". Frente a esta concepción el finalismo afirma que "el legislador no es en manera alguna omnipotente, y que está ligado a determinados límites dados en la materia del derecho. Encontrar y llevar al conocimiento estos límites es la misión de una tarea científica del derecho penal"<sup>154</sup>.

Sobre esta base, se sostiene que la **dogmática del finalismo** tiene como objeto básico lo permanente, lo supranacional, lo suprapositivo de la materia jurídica (por tanto no ha de tener como objeto esencial el Derecho positivo). Lo permanente en materia jurídico-penal, aquello que debe constituir el objeto fundamental de estudio por parte de la dogmática, son las estructuras lógico objetivas. Estas vinculan al legislador y a la ciencia del Derecho. Las estructuras lógico-objetivas fundamentales para el Derecho penal son la *estructura final de la acción* y la *estructura de la culpabilidad como poder actuar de otro modo*. En base a estas premisas ontológicas, aplica un método deductivo-abstracto, a efectos de deducir hasta los más pequeños detalles de una regulación jurídica<sup>155</sup>.

#### 4.c.4 La dogmática de orientación funcional o teleológica

1. A partir de los años sesenta, y en especial desde la década de los setenta, con la obra de Roxin, se produce un giro importante en la dogmática y en particular en la teoría del delito.

La doctrina mayoritaria se aleja de los fundamentos del finalismo, es decir, de la fundamentación de las categorías penales sobre datos del ser u ontológicos (especialmente la acción final y el poder actuar de otro modo como base de la culpabilidad)<sup>156</sup> y se produce una orientación de la dogmática hacia aspectos funcionales y teleológicos y la consiguiente **normativización** de las categorías de la teoría del delito (su fundamento no es ontológico, sino valorativo).

Tanto el finalismo como el causalismo entendían que la misión de la Ciencia penal consistía en la elaboración de un sistema conceptualmente perfecto, en el cual no tenían cabida consideraciones de Política criminal (cuyas propuestas se encuentra en el campo valorativo, del deber ser). Ello daba lugar a que en muchas ocasiones, la solución acorde con el sistema no fuera precisamente la más justa o la más adecuada desde el punto de vista de los fines del Derecho Penal<sup>157</sup>.

<sup>14</sup> WELZEL, Hans: *Derecho Penal...*, *Op.cit.*

<sup>15</sup> Cf. SILVA, *Aproximación...*, *Op.cit.*, pp. 57 y ss.

<sup>16</sup> Cf. BUSTOS, *Lecciones...*, *Op.cit.*, p. 134.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, en el caso del sujeto que al incendiar intencionalmente el granero de su vecino, resulta gravemente quemado a consecuencia de su propia acción, al punto que en el futuro le es físicamente imposible volver a cometer otro delito, la pena carece de utilidad preventiva, pues no es necesario imponerle una pena para evitar que vuelva a delinquir (prevención especial) o para que la amenaza de pena tenga un efecto disuasivo en los demás (prevención general). Sin embargo, estas situaciones de falta de necesidad de pena, no eran tenidas en cuenta por la dogmática causalista, ni por la finalista.

El pensamiento funcional o teleológico se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo. De manera similar a éste el teleologismo deduce los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector. Sin embargo se diferencia sustancialmente del mismo por la superación del relativismo axiológico mediante una diferenciación exhaustiva, apoyada en las ciencias sociales, del *fin de prevención*, que constituye hoy el valor rector, reconocido de modo general, de la administración de la justicia penal<sup>158</sup>.

En la construcción y desarrollo de la dogmática de orientación funcional o teleológica la cabe un rol protagónico al maestro alemán CLAUS ROXIN. La trascendencia de su pensamiento en la dogmática contemporánea ha sido destacada por MIR PUIG en los siguientes términos:

“Si hubiese que resumir en una idea el alcance más general del pensamiento de ROXIN podría hacerse: podría decirse que ha hecho evidente la necesidad de entender de otro modo el cometido y las relaciones recíprocas de la Política criminal y la Dogmática jurídico-penal. Si antes de Roxin aparecían estas disciplinas como compartimentos separados y relacionados entre sí sólo de forma externa, desde Roxin se ha impuesto su concepción como aspectos internamente vinculados: la dogmática jurídico-penal y, en especial la parte más nuclear y característica de la misma, la teoría del delito, que se había construido a espaldas de la Política criminal, sin atender a sus exigencias, se reconoce hoy gracias a Roxin, como necesitada desde sus raíces de una sólida fundamentación político-criminal”<sup>159</sup>.

Sobre este nexo entre dogmática y Política criminal, ROXIN ha destacado que “el camino acertado consiste en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del derecho penal (...) la vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el estado de Derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica”<sup>160</sup>.

2. La dogmática de orientación funcional o teleológica parte de la consideración de que los textos legales no proporcionan en sí mismos bases suficientes de solución de los

<sup>158</sup> SCHÜNEMANN, Bernd: *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. En: *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1991, p. 67.

<sup>159</sup> MIR: *Laudatio en la investidura de Claus Roxin como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Barcelona*. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.): *Política criminal y nuevo Derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 31 y 32.

<sup>160</sup> ROXIN, Claus: *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1972, p. 33. En esta perspectiva MOCCIA afirma que “esta corriente doctrinal (...) es expresión de un amplio proceso sintético de tipo ideológico orientado a efectuar una precisa síntesis entre ideología liberal e ideología de la solidaridad” (MOCCIA, Sergio: *Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente*. En: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed. Española): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1995, p. 80.

problemas jurídico-penales, sino que es absolutamente ineludible que el jurista tome las correspondientes decisiones<sup>161</sup>.

3. Entonces, la dogmática, que debe operar como instrumento para la toma de decisiones del jurista, tendrá como objeto básico la determinación de las características generales que debe reunir un hecho para ser estimado merecedor de pena<sup>162</sup>. Éstas no se obtienen por vía inductiva de los tipos de la Parte especial, ni se deducen de determinadas estructuras ontológicas del obrar humano, tampoco resultan de una mera interpretación –en el sentido positivista– de las disposiciones contenidas en la Parte General del Código Penal<sup>163</sup>. La dogmática de orientación teleológica, parte de premisas valorativas fundamentales que no se hallan en el Derecho positivo, sino, en determinadas premisas trascendentes al mismo y que por su enorme trascendencia deben ser sometidas a discusión racional.

La obtención de estas premisas fundamentales no puede ser una labor puramente especulativa, producto de un mero ejercicio de la razón, por lo que se considera que la referencia básica está constituida por el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución<sup>164</sup>.

Ahora bien, la amplitud de las disposiciones constitucionales (postulados abstractos y vagos) torna difícil la tarea de traducir éstas normas en criterios determinados y concretos para atribuir responsabilidad penal. Es por ello que aún, dentro del marco constitucional, la determinación de los principios que legitiman la intervención penal del Estado y de las premisas valorativas básicas para atribuir responsabilidad penal, se convierte en una tarea propia de la filosofía jurídica. Esta toma de posición filosófico-jurídica habrá de ser argumentada para posibilitar un control de la racionalidad de la misma<sup>165</sup>. En esta línea de pensamiento un importante sector ha creído hallar el instrumento de mediación entre el sistema de valores y principios de la Constitución y la dogmática de la teoría del delito en la doctrina de los fines del Derecho penal. En consecuencia han elaborado concepciones teleológicas de la teoría del delito (teorías del delito orientadas hacia los fines de la pena)<sup>166</sup>.

<sup>161</sup> Cf. SILVA, *Aproximación...*, *Op.cit.*, p. 110.

<sup>162</sup> A este aspecto ya nos hemos referido en el § 3.6. Cf. *Ibid.*

<sup>163</sup> Como ya se dijo, la dogmática de la teoría del delito, en tanto manifestación dogmática, es mucho más que una hermenéutica del Derecho positivo. La mayoría de las cuestiones dogmáticas centrales como la problemática de la imputación objetiva, del dolo eventual, de la omisión impropia en especial la teoría de la injerencia, etc. no pueden presentarse pura y simplemente como criterios hermenéuticos. Más bien lo que ha sucedido es la incorporación en la legislación de aquellos aspectos sobre los que se ha alcanzado una opinión dominante (Ejemplo: el actuar por otro –art. 27 CP- la omisión impropia –art. 13 CP- o la distinción entre error de tipo y error de prohibición –art. 14 CP).

<sup>164</sup> Véase la cita 39.

<sup>165</sup> Cf. Silva, *Aproximación...*, *Op.cit.*, p. 114.

<sup>166</sup> Cf. *Id.*, p. 114-115.

Esta concepción parte del siguiente razonamiento: si el Derecho penal es una institución dirigida a la consecución de unos fines, el contenido y requisitos de las normas penales deberán ser determinados desde la perspectiva de los fines a conseguir<sup>167</sup>.

Se parte, de la misión del Derecho penal como la evitación preventiva de la lesión de bienes jurídicos<sup>168</sup>. “Se sostiene entonces que el punto de partida es el fin de la pena. Ahora bien, el planteamiento preventivo especial no tuvo mayor posibilidad de construir una teoría del delito, pues al poner el acento sólo en la resocialización, carecía de bases para ello. El pensamiento preventivo general sí podía enfrentar la tarea de reconstruir una teoría del delito desde el fin de la pena”<sup>169</sup>.

4. En este contexto, el Derecho positivo conforma tan solo el marco externo –obligado por el principio de legalidad– de las construcciones dogmáticas, pero no posee sobre éstas otra incidencia que la de impedir las construcciones de *lege lata* que desborde el marco de los sentidos posibles de los términos de la ley. El Derecho positivo ejerce una función de orden meramente “negativo” es decir no impone una tesis concreta, sino se limita a descartar algunas por ser incompatibles con los posibles sentidos que permite su tenor literal<sup>170</sup>. Sin embargo, precisa SILVA SÁNCHEZ que estas afirmaciones no deben ser mal interpretadas, pues “el Derecho positivo forma, evidentemente, “parte” de la dogmática. Sin embargo, su misión consiste fundamentalmente en establecer sobre las construcciones dogmáticas una vinculación de orden meramente negativo (...) el Derecho positivo en sí no constituye desde luego el núcleo, la parte decisiva del objeto de la dogmática (...). El objeto central de la dogmática (...) no lo constituyen las proposiciones legales de un Derecho positivo concreto, sino un conjunto permanente de problemas que se hallan ligados entre sí por determinadas conexiones lógico-estructurales y axiológicas, y a los que se trata de dar respuesta mediante un sistema de contenidos valorativos obtenidos a partir de determinadas premisas fundamentales en virtud, a su vez, de conexiones lógicas y axiológicas”<sup>171</sup>.

<sup>167</sup> En este sentido: MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La Imputación objetiva del resultado*. EDERSA, Madrid, 1992, pág. 33.

<sup>168</sup> “Hasta hace poco reinaba acuerdo sobre la necesidad de limitar el poder penal del Estado en función del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos (...) la pena como @na “amarga necesidad” se justificaba por ser un instrumento teleológicamente orientado a la conservación de esos intereses”. Sin embargo, actualmente la teoría del bien jurídico-penal afronta una importante crisis, pues un sector, encabezado por el profesor de la Escuela de Bonn, Günther Jakobs, niega que la misión del DP consista en proteger bienes jurídicos y entiende que el verdadero objeto de tutela es la vigencia o estabilización de la norma penal. Tal determinación constituye un peligroso retorno hacia el positivismo jurídico, abandonado tras los horrores del Tercer Reich nacional socialista, pues implica fundar un sistema penal neutral a cualquier modelo social, es decir acrítico frente a los problemas sociales y que, por ende, deja la puerta abierta para la instrumentalización del ser humano” (CARO CORIA, Dino Carlos: *Derecho Penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Gráfica Horizonte S.A. Lima, 1999, pp. 5-6).

<sup>169</sup> BUSTOS, *Lecciones...*, *Op.cit.*, p.134.

<sup>170</sup> SILVA, *Aproximación...*, *Op.cit.*, p.118-119. Precisa además Silva Sánchez que el grado de vinculación de la ley sobre las construcciones de la dogmática es sustancialmente diferente en lo relativo a las construcciones de la Parte Especial y de la parte General. En relación a las construcciones de la Parte Especial, las descripciones típicas establecen un marco significativamente estrecho que limita las elaboraciones doctrinales posibles. En tanto que, en la Parte General, y en la obra dogmática por excelencia que es la teoría del delito, el grado de vinculación ejercida por el derecho positivo es mínimo, con lo que existe un significativo margen de libertad para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas y criterios argumentativos. Esto se aprecia en la coexistencia de sistemáticas causalistas, finalistas y orientaciones teleológico funcionalistas sobre la base de un mismo Derecho positivo como ocurre en Alemania y España.

<sup>171</sup> *Id.*, pp. 120-121.

5. En suma “La dogmática tiene por objeto la obtención -desde las propias perspectivas valorativas- del sistema de enunciados generales de una correcta atribución de responsabilidad penal, así como de los enunciados derivados de aquellos y situados en un nivel inferior de abstracción; ello naturalmente en el marco de la Constitución y la legislación positiva, si es que se trata de una construcción del sistema de enunciados correctos de lege lata”. Se trata de obtener un sistema plausible que reúna los elementos precisos para alcanzar un consenso intersubjetivo. El consenso sólo puede alcanzarse a través de la **argumentación racional**<sup>172</sup>.
6. La fundamentación político-criminal de la teoría del delito se extiende a todas las categorías del delito, pero se aprecia con especial énfasis en la teoría de la **imputación objetiva** y en la **culpabilidad**.
7. En la actualidad se reconocen dos variantes fundamentales en la dogmática de orientación funcional o teleológica<sup>173</sup>:
  - a. **El funcionalismo moderado** (Roxin; Mir Puig, Bustos, Muñoz Conde, Gómez Benitez).- En su construcción entran en juego de modo decisivo valores y principios garantísticos, y no meras necesidades sistémicas, y
  - b. **El funcionalismo radical** (Jakobs).- El sistema dogmático se orienta exclusivamente a la idea de prevención integración.

Como afirma Silva Sánchez “lo decisivo de la distinción de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del derecho penal”<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> *Id.* p. 134.

<sup>173</sup> *Cf. Id.*, pp. 62 y ss.

<sup>174</sup> *Id.*, p. 70.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1) AARNIO, Aulis: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
- 2) ABBAGNANO, Nicola, *Historia de la filosofía*. 2ª Edición española. Barcelona, 1964.
- 3) ABBAGNANO, Nicola: *Diccionario de filosofía*. Fondo de Cultura Económica. 6ª reimpresión, 1987.
- 4) ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. La Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de estudios Constitucionales. Madrid, 1989.
- 5) ARANGÜENA FANEGO, Coral: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Editorial BOSCH, Barcelona, 1991.
- 6) BACIGALUPO, Enrique: *Delito y punibilidad*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1983.
- 7) BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Temis. Bogotá, 1989.
- 8) BACIGALUPO, Enrique: *La técnica de resolución de casos penales*. Editorial Colex, 2ª edición, Madrid. 1995.
- 9) BALDO LAVILLA, Francisco: *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito. En: Política criminal y nuevo Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- 10) BECCARIA, César: *Tratado de los delitos y de las penas*. Capítulo IV. Libro de edición argentina, Editorial Heliasta S.R.L s/f.
- 11) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Editorial Práxis S.A., Barcelona 1996.
- 12) BRAMONT ARIAS, Luis A. y otro. *Código Penal Anotado*. Primera edición. Lima, 1995.
- 13) BUSTOS R., Juan: *Introducción al Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 1986.
- 14) BUSTOS R., Juan: *Lecciones de Derecho Penal. Volúmen I*. Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- 15) BUSTOS R., Juan: *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, 3ª edición. Editorial Ariel. S.A. Barcelona, 1989.
- 16) CALSAMIGLIA, Albert: *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 1993.
- 17) CARO CORIA, Dino Carlos: *Derecho Penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Gráfica Horizonte S.A. Lima, 1999.

- 18) CARO JOHN, José Antonio: *La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia*. En: Revista peruana de ciencias penales Nº 4. Editorial Grijley, 1994.
- 19) COMTE, Augusto. *Discurso sobre el espíritu positivo*. Aguilar, Buenos Aires, 1962.
- 20) COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho Penal Chileno, Parte General*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1975.
- 21) CURY URZÚA, Enrique: *Derecho Penal, Parte General*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1985.
- 22) DOHNA, Alexander: *La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción al castellano realizada por Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.
- 23) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de "lege lata" y de "lege ferenda"*. En: Cuadernos de Política Criminal Nº 62, Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.
- 24) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: *Derecho Penal Fundamental*. Tomo I. Introducción al Derecho Penal, Evolución de la Teoría del Delito. Temis (reimpresión de la 2ª edición). Bogotá, 1989.
- 25) FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido: *El Juez Imparcial*. Editorial COMARES. Granada, 1997.
- 26) FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*, Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta, S.A. Madrid 1995.
- 27) FERRERES COMELLA, Víctor – MIERES MIERES, Luis Javier: *Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal (A propósito de las sentencias 1111/1993 y 150/1997 del Tribunal Constitucional)*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año N 19. Núm. 55. Enero – Abril 1999.
- 28) FRAGOSO, Heleno Claudio: *Licoes de Direito Penal, A Nova Parte Geral*. 9ª edicao. Forense. Rio de Janeiro, 1985.
- 29) FRANK, Reinhart. *Estructura el concepto de culpabilidad*. Traducción de Sebastian Soler. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Santiago, 1966.
- 30) GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *Principios y Positivismo Jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998
- 31) GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. En: Obras Completas, Volúmen III, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- 32) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*. Tecnos, S.A. Madrid, 1999.
- 33) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Civitas, Madrid, 1981.
- 34) HABA, Enrique Pedro: *Los paradigmas científicos en la teoría del Derecho contemporánea. Sobre distintos modos de concebir la ciencia del Derecho*. En: VV.AA. *Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho*. José F. Palomino Manchego, Director, Grijley, 1999.
- 35) HART, H.L.A: *El concepto de Derecho*. Editora Nacional, México, 1980.
- 36) HASSEMER, Winfried: *Sistema jurídico y codificación. La vinculación del juez a la ley*. Traducción de María Virginia Martínez Bretones. En: VVAA: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial debate, Madrid, 1992, pp. 198 y ss.
- 37) HERRERA, Ricardo: *El carácter vinculante de la jurisprudencia en el Perú*. En: *Materiales de Enseñanza del Módulo de Razonamiento Jurídico del Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura*, Lima, 1999, pp. 21 y ss.
- 38) IOVCHUK y OTROS: *Historia de la filosofía*. Editorial Progreso, Moscú, 1978.
- 39) ITURRALDE, Victoria: *Sobre el Silogismo Judicial*. Anuario de Filosofía del Derecho VIII, 1991.
- 40) JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 2 volúmenes. Traducción y adiciones al Derecho Penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1981.
- 41) JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición completamente corregida y ampliada. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Comares Editorial. Granada, 1993.
- 42) JESÚS, Damasio E. de: *Direito Penal, Parte Geral*. 1 Volúme, 10ª edición. Saraiva. Sao Paulo, 1985.
- 43) LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1980.
- 44) LEÓN PASTOR, Ricardo: *Diagnóstico de la cultura judicial peruana* Colección de Estudios Judiciales N° 1, Academia de la Magistratura, Lima, 1996.
- 45) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Editorial Universitas, S.A. Madrid, 1996.
- 46) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La Imputación objetiva del resultado*. EDERSA, Madrid, 1992.
- 47) MARTÍNEZ PAZ, Enrique; en : *El Significado de la Filosofía del Derecho de Emil Lask*, p. IX. Prólogo a: LASK, Emil: *Filosofía jurídica*. DEPALMA, Buenos Aires, 1946.

- 48) MAURACH, Reinhart: *Tratado de Derecho Penal*. 2 Volúmenes. Traducción de Juan Córdova Roda. Ariel. Barcelona, 1962.
- 49) MEZGER, Edmund: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, 2ª edición revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial revista de Derecho privado. Madrid, 1946.
- 50) MEZGER, Edmund: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Traducción de la 2ª edición alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial revista de Derecho privado. Madrid, 1949.
- 51) MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición corregida y puesta al día. Promociones Publicaciones Universitarias S.A. Barcelona, 1990.
- 52) MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las Bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. Bosch. Barcelona, 1976.
- 53) MIR PUIG, Santiago: *Laudatio en la investidura de Claus Roxin como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Barcelona*. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.): *Política criminal y nuevo Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- 54) MOCCIA, Sergio: *Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente*. En: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed. Española): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1995.
- 55) MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Tercera edición, Madrid, 1995.
- 56) PECES-BARBA, Gregorio – FERNÁNDEZ, Eusebio – DE ASIS, Rafael: *Curso de teoría del Derecho*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1999.
- 57) PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*. Editora Jurídica Grijley, segunda edición, 1995.
- 58) PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Derecho Penal Jueces y Jurisprudencia (Parte General)*. Palestra Editores. Lima, 1999.
- 59) PRIETO SANCHIS, Luis: *Ideología e interpretación jurídica*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987.
- 60) PRIETO SANCHIS, Luis: *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos II de Madrid. Dickinson, Madrid, 1998.
- 61) RICKERT, H. *Ciencia cultural y ciencia natural*. Espasa Calpe. Madrid, 1965.
- 62) ROBLES MORCHON, Gregorio: *Introducción a la Teoría del Derecho*. Editorial Debate S.A., Madrid, 1993.

- 63) ROJAS VARGAS, Fidel: *Imputación objetiva: aproximaciones críticas a una temática contemporánea en la dogmática penal*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, diciembre de 1999.
- 64) ROJAS VARGAS, Fidel: *La teoría de la imputación objetiva vista desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana: una primera aproximación*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, noviembre de 1999.
- 65) ROXIN, Claus: *Contribución a la Crítica de la Teoría Final de la Acción*, en: *Problemas Básicos de Derecho Penal*. Traductor: Diego Manuel Luzón Peña. Reus S.A. Madrid, 1976, pp. 84 y ss.
- 66) ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.
- 67) ROXIN, Claus: *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, 1972.
- 68) SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho Procesal Penal*. 2 volúmenes. Editora jurídica Grijley, Lima, 1999.
- 69) SCHROTH, Ulrich: *Hermenéutica filosófica y jurídica*. En: *VVAA: El pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial debate, Madrid, 1992, pp. 288 y ss.
- 70) SCHÜNEMANN, Bernd: *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*. En: *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1991.
- 71) SEGURA ORTEGA, Manuel: *La Racionalidad Jurídica*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1998.
- 72) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1992.
- 73) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- 74) STRATENWERTH, Günther: *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982.
- 75) TAVARES, Juárez E. X.: *Teorías del Delito Variaciones-Tendencias*. Traducción de Nelson R. Pessoa. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1983, 1983.
- 76) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990.
- 77) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial I. Delitos de homicidio*. GIOS editores, Lima, 1991.

- 78) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Código Penal*. 2ª edición, Grijley. Lima, 1997.
- 79) WEBER, Hellmuth Von: *Para la estructuración del Sistema del Derecho Penal*. (s/f) Traducción de E.R. Zaffaroni, en: NFP N° 13.
- 80) WELZEL, Hans: *La Teoría de la Acción Finalista*. Depalma. Buenos Aires, 1957.
- 81) WELZEL, Hans: *Derecho Penal. Parte General*. Traducción del alemán por Carlos Fontán Balestra, con la colaboración del Eduardo Friker. Depalma, Buenos Aires, 1956.
- 82) WELZEL, Hans: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. De José Cereza Mir, Ariel, Barcelona, 1964.
- 83) WELZEL, Hans: *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material*. Traducción de Felipe González Vicén. Editorial Aguilar. Madrid, 1971.
- 84) WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez de la 11ª edición alemana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1976.
- 85) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Política Criminal Latinoamericana*. Hammurabi, Buenos Aires.
- 86) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. EDIAR. Buenos Aires, 1981.
- 87) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Ediciones Jurídicas. Lima, 1986.