

**CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA DOGMÁTICA
JURÍDICO-PENAL Y SUS RELACIONES CON EL PENSAMIENTO DEL
AUTOR DE LA REINERECHTSLEHRE (1934) ***
por Christian Alfaro Muirhead **

Si es efectivo que, como lo admite el sentido común, en la experiencia nos encontramos con la realidad, no lo es menos que este encuentro sólo puede ser episódico y tangencial: la experiencia es apenas un punto de contacto, donde lo real, más que intuido, es mentado y, siendo presencia actual, es en rigor una promesa y proyecto de presencias posibles y una reconstrucción de presencias pasadas.

Idea de la Filosofía, Jorge Millas. El conocimiento, Tomo I, pág. 31, ed. Universitaria, 1970.

Quatrième scène

Etendue de paysage illimité sur des sommets de montagnes Alberich, Wotan, Loge, les autres Dieux et Déesses, Erda, les trois Filles du Rhin.

Rheingold ! Rheingold ! Reinesgold !

Oleuchtete noch in der Tiefe dein lauterer Tand !

Traulich und treu ist's nur in der Tiefe;

Falsh und feig ist, was dort ober sich freut !

Richard Wagner.



Interlude Orchestral
Marche funèbre
Götterdämmerung, R. Wagner.

La verdad que no son pocos los temas o nódulos más característicos de la teoría general del derecho penal que se vinculan, demasiado estrechamente con la teoría general del derecho y del estado; y, muy concretamente, con la teoría pura del derecho, en su versión francesa de los años cincuenta, en el siglo veinte, de Hans Kelsen.

En efecto, como lo señalara magistralmente el más brillante introductor del sistema normativo, y del que estamos haciendo referencia, en nuestro medio nacional, el pensador y filósofo Jorge Millas, “el pensamiento jurídico no se mueve en el plano de la **objetividad real**, donde lo que se piensa se determina por lo que es,

* Publicado en la RTFD el 21 de marzo de 2002.

** Juez de tribunal de juicio oral en lo penal de Temuco. Profesor de derecho penal, parte general en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Miembro del Capítulo chileno de IVR. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Egresado de Derecho de la Universidad de Chile (Chile).

sino en el de la **objetividad prescriptiva**; en ella lo pensado se determina por lo que **debe ser**, según las condiciones de construcción de este concepto por el propio sistema". (*Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho*, 1982). Con todo, Millas había hecho suyo, de manera ya definitiva en 1961 (*Curso de Filosofía del Derecho*), en su entera reflexión de las cuestiones jurídicas más fundamentales, el núcleo teórico esencial y supuesto precisamente de aquellas, en la fórmula metodológica que, de acuerdo a Kelsen, permitió presentar de una manera proteica y radical, las nociones que sobre estos mismos respectos ya habían hecho suyas, aunque todavía de forma puramente filosófica, Kant, desde una perspectiva parmeneídeo – aristotélica, y Hegel, según la lógica que derivara de Heráclito el oscuro¹.

Ahora bien, incluso parafraseando a J. Millas, quien en los años 70 (*Las máscaras filosóficas de la violencia*, 1975) rechazara bajo el argumento de constituir propiamente lo que él llamó la falacia del género sumo, la inclusión ideológica de la violencia al interior de las normas institucionalizadas, dentro de un orden que pudiéramos configurar como auténticamente democrático; o, al mismísimo Karl Popper y su falsacionismo en la construcción del pensamiento científico, en el campo de las disciplinas sociales, los penalistas también han venido denunciando, últimamente, el vicio teórico ínsito en la reflexión de la dogmática del siglo 19 y buena parte del 20, y acentuándola desde la noción de acción en la teoría del delito, lo que se ha venido en llamar la falacia naturalista o seudocausalismo – mecanicista que recorre a todas y cada una de las categorías más fundamentales de la parte general del derecho penal.

No obstante lo anterior, curiosamente y constituyendo aquél un golpe demoledor desde una perspectiva específicamente epistemológico – jurídica, el discurso de los penalistas aparece de manera constante permeado por ese mismo vicio que denuncian, tanto en la parte general como especial del objeto de su ciencia. Ello no podría atribuirse, sin más, a algún género de impostura teórica de sus más conspicuos representantes y epígonos.

Pienso que los penalistas, al margen de reconocer la importancia de la filosofía general del derecho o de la teoría general del ordenamiento jurídico a la hora de construir sus conceptos jurídicos

1 El profesor Garrido Montt, el más consecuente de los normativistas jurídico- penales en nuestro medio, con base en el insnaturalismo, considerado ecléctico por otros, consigna brevemente, en la pag.163 del Derecho Penal, Ed.1997, que Hegel se ocupó sólo de los delitos dolosos. Con todo, Heidegger subsumiendo tanto a Kant como a Hegel, y replanteando la cuestión de orden epistemológico antes abierta, trató de la culpa en el ser, del cuidado y de la angustia, en su *Sein und Zeit*, 1927. Welzel publicó *Kausalität und Handlung* en 1931. Durante su rectorado, según consigna Rüdiger Safranski, Heidegger no alcanzó a echar a andar la comisión que debía establecer las bases filosóficas para el nuevo derecho.

elementales, han **carecido**, u obliterado reiteradamente, de un **enfoque** directo de orden **epistemológico**. El oportunismo acientífico, por el que se han inclinado debido a razones puramente ideológicas no poco de sus cultores, y no siempre sin escándalo aquellas veces en que lo han hecho, en aras del mundo de la política, por cierto con toda inocencia y acriticamente, aunque explicable por la muy directa relación de aquella con los más caros temas de la ciencia jurídico - penal, ha enrarecido y secuestrado de manera evidente los conceptos y la estructura básica de ésta.

Tan cierto es lo anterior que Zaffaroni, insistiendo en ese lenguaje perifrástico y del tipo que no poco daño ha causado a la reflexión teórica en la ciencia jurídico - penal, señala, no sin cierto dejo de razón, que así como la guerra es la continuación de la política sólo que por otros medios, según Karl von Clausewitz, el derecho penal no puede sino entenderse hoy, a la luz de la vigente construcción dogmática, como la continuación de la política para la evitación continua de la guerra, por medios estrictamente jurídicos, puntualizaríamos nosotros. Por su parte, Francisco Muñoz Conde, desde las primeras páginas de su derecho penal general, se extiende diría aunque de manera positivamente sobrecogedora, por lo desmistificador de su alcance, sobre idénticos respectos: el derecho penal es sin lugar a dudas una respuesta violenta a otra violencia ejercida contra el orden jurídico o derecho. Necesariamente democrático, agregaríamos nosotros, desde la concepción de la teoría pura (la eficacia como condición última de validez) la que es según lo indica certeramente J. Millas, “en gran medida y con significación importante para la dilucidación del núcleo teórico del sistema, una **epistemología jurídica**, una **teoría de la Ciencia del Derecho**”. Es más, la falacia naturalista, no obstante resultar maniqueamente sugerente y socialmente atractiva en torno a la consideración de la cuestión del Estado y su identificación, de acuerdo a Kelsen, con el ordenamiento jurídico mismo, incluido obviamente el propio orden jurídico - penal, entendido como el más grave sistema de control social formal al que aquél recurre en orden a castigar punitivamente a la persona física (los cuerpos de Foucault) del infractor; implica, en definitiva, un reconocimiento aprobatorio, precisamente de esta confusión que venimos señalando.

Es de este modo rutinario, sobresimplificador, substancialista o cosista a la hora de pensar los **objetos jurídicos**, pseudo causalista, naturalista a la hora de tratar de las **relaciones sociales**, adscrito a una especie de falso materialismo o metafísica vulgar, mecanicista a la manera de los positivistas del siglo XIX, del que se sirven los especialistas jurídico-penales cuando se hacen cargo de las más trascendentales categorías del entero entramado que conforma, en su parte más esencial, la **teoría general y especial del derecho penal**.

Por último, en relación con el Estado en la teoría de Kelsen, Millas señala: Sólo en los esfuerzos de la construcción especulativa, y

apelando a dudosas intenciones “espirituales” y “éticas” (cuando no místicas) surge la idea de la “personalidad” del Estado y de su naturaleza de ente real.

Finalmente, por razones de espacio, no podemos sino tan sólo enunciar los temas de la dogmática que admiten, seriamente, una reconsideración a la luz del pensamiento jurídico del autor de la teoría pura: Los relativos a la interpretación de la ley penal, la sentencia en materia penal y la llamada creación judicial en este conjunto normativo regido, garantísticamente, por el principio de legalidad, el llamado concurso aparente de leyes de esta clase; y, qué decir de cuestiones tales como el *iter criminis* o el concurso de personas en el delito. Ello sin desconocer que los capítulos antes expresados, de un modo u otro, inciden todos en la cuestión cardinal de la tipicidad en la construcción decisiva de la teoría del delito. Bástenos recordar, para estos fines, la teoría de la imputación objetiva en los delitos no tan sólo culposos u omisivos, cuanto también en los dolosos de acción.

Así como el concepto de acción atraviesa a todas y cada una de las notas o determinaciones de las categorías constitutivas del concepto de delito, **extraído del horizonte de la objetividad real**, el iter o el concurso de personas en aquél intervinientes, los aspectos normativos en todos ellos son también concurrentes de una manera insoslayable a la hora de operar con los mismos, tanto de una manera teórica como práctica, conforme las consideraciones necesariamente epistemológicas antes apuntadas².

2 A manera de colofón de lo tratado en las líneas precedentes, afirmaciones como las que luego se reproducen autorizan a calificar al profesor don Mario Garrido Montt como adherente al finalismo con una fuerte inflexión normativista, extraídas de la Pág. 301 de su obra ya señalada: “No se requieren otros elementos - para dar con el concepto de autor- fuera de aquellos que son inherentes a la acción misma en su concepción normativa”. “Corresponde separar conceptualmente la noción normativa de autor y la de realizador material del hecho”. “La tesis normativa tiene un fundamento **ontológico** concreto y claro: el cómplice no participa de la finalidad del autor, ni está concertado en el caso de la coautoría”. “Se independiza así (por las consideraciones normativas) ampliamente, la noción de autor y la de cómplice”. Luego en la pág. 303, dice: “Lo que pretende el art.15 es **explicar** – no extender ni restringir – lo que se entiende por **autor** para los efectos **normativos**, y ello es imprescindible en una legislación de índole garantizadora, toda vez que la voz “autor” puede tener una multiplicidad de sentidos desde una perspectiva semántica”. Lo subrayado, entre paréntesis y entre guión de la pág.301, son nuestros. Sobre la importancia Kelsen y el normativismo, ver: *Les fondements de l'ordre juridique*, de Simone Goyard – Fabre, Press Universitaires de France, París, 1992. (Ver en especial, la teoría autopoietica del derecho, pág. 238).