

**I - CONSTITUCIONALIDAD DE LA ESTERILIZACIÓN
DE DEFICIENTES PSÍQUICOS GRAVES**
II - POSITIVISMO Y RELATIVISMO EN LA DOGMÁTICA PENAL.

Dr. Manuel Jaén Vallejo

Profesor Titular de Derecho Penal.

Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

I - CONSTITUCIONALIDAD DE LA ESTERILIZACIÓN DE DEFICIENTES PSÍQUICOS GRAVES

1. INTRODUCCIÓN

La declaración de constitucionalidad del supuesto de esterilización de incapaces en la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/94 (STC)¹ no fue bien acogida por algunos sectores de la sociedad. Algunas voces calificaron la Ley que dio nueva redacción al art. 428 del Código Penal (CP), 156 del nuevo CP (NCP)², de “disparatada” y de “tintes nazis”; incluso, algunos obispos afirmaron que aquel supuesto constituía “un atentado contra la dignidad de la persona”. En particular, el obispo de Avila, monseñor Antonio Cañizares, poco después de conocerse la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), expresó en una carta pastoral el malestar de la Iglesia por la esterilización de deficientes psíquicos. A mi juicio, aquellos calificativos son totalmente improcedentes, y el malestar de la Iglesia, aunque comprensible, resulta injustificado. No se trata, ni mucho menos, de una medida indiscriminada, que permita, sin más, la esterilización de personas incapaces. Las garantías que se contemplan en el art. 428 CP en relación a este supuesto, aumentadas incluso en el nuevo art. 156 del NCP, permiten despejar las dudas que la figura en sí pudiera plantear en una primera aproximación. Del mismo modo, creo que una lectura más detenida de la STC 215/1994, que en estas breves líneas voy a intentar resumir, servirá para comprender mejor el acierto del legislador al regular esta medida y del TC al declarar su constitucionalidad.

La cuestión de inconstitucionalidad que resuelve -desfavorablemente- el TC fue promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona, a raíz de una demanda formulada por los padres de una incapacitada, aquejada del síndrome de

1 STC 215/1994, de 14 de julio (“BOE” núm. 197, de 18 de agosto). Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1415/1992. Pleno. Ponente: Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral. Declara la constitucionalidad del párr. 2º, último inciso, del art. 428 del CP, que permite la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. Cinco votos particulares.

2 El párr. 2º dice así: “Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, *tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz*, haya sido autorizada por el Juez, *bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo*, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”. Se han subrayado las modificaciones en relación al texto anterior del art. 428.

Down, en la que solicitaban la esterilización de la misma mediante la “ligadura de las trompas de Falopio”. El citado Juzgado, en el Auto mediante el que promovió la cuestión, consideraba que la previsión del art. 428 en relación a la autorización de la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica, debida a la reforma introducida en el CP por la L.O. de 21 de junio de 1989, era contraria al art. 15 CE, que reconoce el “derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Según el titular del Juzgado impulsor de la cuestión, la esterilización de los incapaces constituye una medida objetivamente vejatoria y contraria a su integridad física, además de desproporcionada.

Tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado, en sus respectivas alegaciones, se pronunciaron en contra de la pretendida inconstitucionalidad de la figura analizada. El primero, entre otras consideraciones, destaca que “una mujer incapaz grave ni puede valorar el alcance del acto sexual ni enfrentarse responsablemente con la maternidad. La Ley no puede privarle de lo primero (...), pero sí permitir que, observando todo un cúmulo de garantías, pueda impedírsele la maternidad a la que no puede enfrentarse de forma solvente”. El segundo hace hincapié en el presupuesto de la gravedad de la deficiencia psíquica. No basta con cualquier incapacidad, sino que ésta ha de ser grave. Precisamente para garantizar el cumplimiento de este requisito, la norma cuestionada, recuerda el Abogado del Estado, ordena al Juez que oiga “el dictamen de dos especialistas”, así como la audiencia del Ministerio Fiscal y “la previa exploración del incapaz”.

El punto de vista favorable a la esterilización constituye la opinión generalizada en la doctrina³, e incluso en las propias asociaciones de disminuidos psíquicos. También fue defendida y reclamada por la Confederación de Padres de Disminuidos Irreversibles y por la Confederación Española pro Deficientes Mentales⁴. El TC se pronuncia igualmente a favor sobre la base de una serie de argumentos, que, a mi juicio, fundamentan suficientemente la constitucionalidad de aquella eventual medida, aunque la Sentencia cuenta con cinco votos disidentes. Pero antes de examinar esta Sentencia y sus votos particulares, quiero hacer algunas consideraciones sobre uno de los elementos que legitiman todo tratamiento médico e intervención quirúrgica, esto es, el consentimiento⁵.

3 Cfr. ARROYO ZAPATERO, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, en *Estudios penales y criminológicos*, XI, Santiago de Compostela, 1988, pp. 11 ss.; BACIGALUPO, E., “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física”, en *Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal*, Poder Judicial, núm. esp. XII, CGPJ, pp. 157-160; GARCIA ARAN, M., “Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho penal español”, en *Estudios Jurídicos en Honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, I, Barcelona, 1983, pp. 251 ss.; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El consentimiento y la esterilización de los incapaces”, CPC, nº 44 (1991), p. 331 ss.; ZUGALDIA ESPINAR, J.M., “Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989”, *Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal*, PJ, núm. esp. XII, CGPJ, p. 65.

4 Cfr. SILVA SANCHEZ, J.M., *La esterilización de disminuidos psíquicos*, Barcelona, 1988, pp. 11 s.

5 Muy interesante es el reciente trabajo de LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, sobre “El consentimiento informado”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 56/1995, pp. 447 ss, así como el libro de DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz, *Consentimiento, bien indicó e imputación objetiva*, ed. Colex, Madrid, 1995.

2. EL CONSENTIMIENTO EN LOS SUPUESTOS DE TRATAMIENTO MÉDICO EN GENERAL

Es muy probable que la discusión acerca del consentimiento en los delitos contra la integridad física y el bienestar corporal⁶ tenga su origen en el polémico art. 428 CP⁷. Este artículo, muy confuso y discutido, ha sido objeto de numerosas modificaciones. En la redacción original de 1963, el legislador pretendía negar toda eficacia al consentimiento, pues se limitaba a decir que “las penas señaladas en el capítulo anterior (“De las lesiones”) se impondrán en sus respectivos casos, aun cuando mediare consentimiento del lesionado”. La perplejidad de tan rotunda como poco afortunada declaración quedó muy bien reflejada en las siguientes palabras de GIMBERNAT: “Aunque nuestro Código penal sea muchas veces una caja de sorpresas, lo que es seguro es que no ha sido la voluntad de la ley ni la del legislador la de constituir a España en el único país civilizado que tiene reservado en las cárceles un lugar para los especialistas en trasplantes entre seres vivos y en cirugía plástica por considerarse delictivas las actividades que ejercen”⁸. Más adelante, el art. 428 fue objeto de modificaciones. Así, la Reforma de 1983 añadió un segundo párrafo a dicho artículo, que es el que contiene los tres supuestos en los que el consentimiento tiene relevancia por disposición expresa del legislador: los trasplantes de órganos, las esterilizaciones y la cirugía transexual. Finalmente, la Reforma de 1989 introdujo la novedad de permitir la esterilización de incapaces que padezcan de grave deficiencia psíquica, que, como se dijo, se mantiene, con una redacción algo mejorada, en el art. 156 NCP.

Las excepciones que se han ido incorporando al texto legal plantean la duda de si la regla general sigue siendo la irrelevancia del consentimiento, es decir, la disposición contenida en el párr. 1º, o, por el contrario, si la regla general es la relevancia del consentimiento, es decir, el párr. 2º, pasando a ser el párr. 1º la excepción. En cualquier caso, es claro que el consentimiento tiene y debe tener relevancia, aunque el legislador no lo diga expresamente, en otros supuestos de tratamiento médico o de actividad médico-quirúrgica. El médico que procede a la amputación de un miembro gangrenado no parece que deba ser punible, aunque, evidentemente, tampoco todo tratamiento médico puede excluir siempre toda punibilidad.

⁶ Aunque tradicionalmente se ha entendido que el bien jurídico en los delitos de lesiones es la integridad corporal, entendida como el conjunto de todos los miembros y órganos del cuerpo, y la salud, entendida como la ausencia de enfermedad física o psíquica, me parece una concepción algo estrecha, pues no todas las lesiones afectan a la salud y no todas las lesiones producen menoscabo de la integridad corporal; es lo que ocurre, por ej., en las faltas de lesiones del art. 582/617 NCP.

⁷ El párr. 2º de este artículo se encuentra ahora contenido en el párr. 1º del art. 156, en términos prácticamente idénticos, con las únicas modificaciones que se subrayan: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento *válida*, libre, *consciente* y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

⁸ Nota a pie de página de GIMBERNAT, E., en *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, I-I, de QUINTANO RIPOLLES, A., ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1972, p. 798.

A mi juicio, el consentimiento es un elemento perteneciente al primer nivel de análisis de la imputación objetiva, que puede permitir, de concurrir otros requisitos, como el de obrar de acuerdo con la *lex artis*, excluir la imputación del resultado por falta de creación de un peligro jurídicamente desaprobado⁹. El médico no tiene ningún derecho profesional a intervenir, sin más, en toda actividad curativa. Es el consentimiento del paciente, en su caso presunto, el que legitima la intervención del médico¹⁰. De lo contrario, cualquier conducta del médico resultaría, bajo el pretexto de “actuar en el ejercicio de su profesión”¹¹, justificada. Sólo si el médico realiza un tratamiento o intervención quirúrgica indicada, desde una perspectiva *ex ante*, con arreglo a la *lex artis*, es decir, cumpliendo el cuidado objetivamente debido para su realización, y con consentimiento del paciente, quedará exento de toda responsabilidad, independientemente del éxito o fracaso del tratamiento o intervención; concurriendo tales condiciones, el riesgo creado con su acción por el médico estará permitido.

3. LAS GARANTÍAS DEL ART. 428 DEL CÓDIGO PENAL

La STC 215/1994 considera suficientes las garantías exigidas en el art. 428 para que se pueda pronunciar el Juez sobre la autorización que de él se solicita¹². El TC, después de recordar que la disposición contenida en aquel artículo siempre está referida a supuestos concretos y excepcionales y que excluye cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, hace hincapié en la necesidad de la intervención judicial para que pueda otorgarse la autorización. Añade la STC que “la solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz, sin la cual no se puede iniciar el procedimiento de autorización judicial, es la segunda garantía” (F.J. 3), presuponiendo esta solicitud una previa incapacitación del mismo declarada jurisdiccionalmente en otro proceso. Otra garantía consiste en la verificación por el Juez de la gravedad de la deficiencia psíquica “generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización su representante legal promueve” (F.J. 3). Para establecer el cumplimiento de este requisito el Juez se debe servir del dictamen de dos especialistas, de la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal y de la previa exploración del incapaz. Esto es lo que dice el texto legal, que en la Sentencia 215/1994 obtiene el beneplácito del propio TC, al afirmarse en ella que “tales garantías son suficientes para conducir a una resolución judicial que, sin otra mira que el interés del incapaz, favorezca sus condiciones de vida” (F.J. 3).

⁹ Cfr., en este mismo sentido, la tesis inédita de Beatriz DE LA GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, ed. Colex, Madrid, 1995.

¹⁰ Cfr. BACIGALUPO, op. cit., p. 157.

¹¹ Con acierto se ha sostenido recientemente el carácter supérfluo de la regulación expresa de la causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; v., PEREZ ALONSO, Esteban J., “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto supérfluo y contraproducente”, en CPC, nº 56/1995, pp. 623 ss. Como se sabe, se mantiene la mención expresa de dicha exigencia en el art. 20.7º NCP.

¹² Las garantías se mantienen e incluso se refuerzan en el art. 156 del NCP; v. nota 2.

Aunque comparto esta última conclusión, creo que el legislador podía haber sido algo más explícito en la redacción. Así, la Ley exige “el dictamen de dos especialistas”; pero sin aclarar, cuando lo podía haber hecho perfectamente, a qué especialidad se refiere. Y en cuanto al último inciso del art. 428, “previa exploración del incapaz”, me parece igualmente poco afortunada y precisa la expresión, pues parece referirse a cualquier cosa menos a lo que realmente se refiere, esto es, al interrogatorio del incapaz. Ninguno de estos aspectos se ha mejorado en el NCP. Con ciertas palabras ha señalado BACIGALUPO que el dictamen de los médicos especialistas, pues a ellos se debe haber querido referir el legislador, “se requiere en la Ley para garantizar, ante todo, que la incapacidad sufrida por la persona tiene tal magnitud que justifica una medida como la esterilización, pues impide al paciente por sí el ejercicio de las funciones requeridas para la paternidad o la maternidad y, además, para establecer que la intervención sobre el incapaz no afectará su salud de una manera que resulte desproporcionada con el fin social perseguido”¹³. Es claro que si la deficiencia psíquica no alcanza esta gravedad no se podrá reemplazar ya el consentimiento del incapaz por el de su representante¹⁴.

4. LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

En cuanto a la finalidad legítima del precepto para amparar la limitación del derecho constitucional a la integridad física de los incapaces y la proporcionalidad entre el medio autorizado (esterilización) y los fines que persigue la norma (mejorar las condiciones de vida y el bienestar de aquéllos), me parece acertado el punto de vista adoptado por el TC. Es cierto que la norma cuestionada, al menos en una primera aproximación, plantea la duda de su compatibilidad con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Poco después de que entrara en vigor la L.O. 3/1989 se preguntaba BACIGALUPO lo siguiente: “¿la decisión sobre la esterilización de otro que no puede consentirla, no implica tratarlo como una cosa y no como una persona?”¹⁵. La respuesta de este autor fue negativa, luego favorable a la esterilización, por entender que “la posibilidad de sustitución del consentimiento del incapaz por el de sus representantes legales es un principio general del derecho español, que no debe ser limitado en esta materia, dado que existen razones que justifican la medida en función de los derechos de terceras personas que también son derivados de la dignidad de éstas”¹⁶. Según BACIGALUPO, esas razones no son otras que la dignidad de los propios hijos que los incapaces podrían engendrar, por cuanto que carecerían del padre o de la madre que los pudiera educar, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los que, por su cercanía con el incapaz, deberían asumir las funciones sociales de la educación de esos posibles hijos, lo que gravitaría seriamente sobre su propia vida¹⁷.

13 Op. cit., p. 160.

14 Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, op. cit., p. 341.

15 Op. cit., p. 159.

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*.

El TC sigue esta misma orientación, destacando que los incapaces con grave deficiencia psíquica no pueden cumplir las obligaciones que a los padres impone el art. 39.3 CE y el 154 del Código Civil¹⁸, por lo que la norma impugnada es perfectamente legítima y constitucional (F.J. 4). También afirma la STC la compatibilidad entre la disposición cuestionada del art. 428 CP y el art. 49 CE, a cuyo tenor “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. A juicio del TC, la medida prevista en el art. 428 no contradice la finalidad de este mandato constitucional, “puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente (F.J. 5).

5. LOS VOTOS PARTICULARES

Como se sabe, la Sentencia cuenta con cinco votos particulares de los once magistrados que integraron el Pleno del TC que conoció de la misma, aunque sólo dos de ellos en el sentido de considerar inconstitucional la norma cuestionada (magistrados don José Gabaldón López y don Rafael de Mendizábal Allende). Los otros tres votos expresan su discrepancia con algunos fundamentos jurídicos. En concreto, se critica, por un lado, la falta de un examen pormenorizado de las exigencias de la proporcionalidad, como se hizo en la STC 7/1994 en relación a los análisis sanguíneos para la investigación de la paternidad (magistrado don Vicente Gimeno Sendra), y, por otro, la insuficiencia de las garantías previstas en el art. 428 CP en relación al supuesto enjuiciado (magistrados don Julio Diego González Campos y don Pedro Cruz Villalón).

Es cierto que el legislador podía haber sido más preciso y claro, determinando no sólo el alcance de la gravedad de la deficiencia psíquica, sino también, como se dijo, la especialidad de los peritos que tienen que emitir el dictamen y el significado de la “exploración” a que se refiere igualmente el texto legal, así como que la intervención sobre el incapaz no va a afectar a su salud de tal manera que llegue a resultar desproporcionada con el fin socialmente perseguido y aprobable. Pero, en cualquier caso, creo que las garantías previstas en el CP, con el complemento ahora de la interpretación realizada en la Sentencia examinada, es decir, la solicitud del representante legal del incapaz, la intervención del Juez mediante su autorización, el dictamen de los especialistas y la intervención del Ministerio Fiscal, son suficientes para evitar, como lo hace la STC, la pretendida inconstitucionalidad de la esterilización de los incapaces; y añade ahora el art. 156 del NCP que siempre habrá de tomarse como criterio rector “el del mayor interés del incapaz”.

¹⁸ Según el primero, “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”; según el segundo, deben “(...) velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (...)”.

II - POSITIVISMO Y RELATIVISMO EN LA DOGMÁTICA PENAL

1. En el contexto del Derecho penal del Antiguo Régimen -brutal e irracional- no cabía consideración científica alguna del Derecho penal¹. Fue a partir de la Codificación cuando comenzaron a realizarse los estudios “sistemáticos” de la legislación penal, lo que hizo posible el nacimiento de la dogmática jurídico-penal, como especialidad de la ciencia penal, caracterizada por estudiar el delito y la pena desde el punto de vista jurídico-normativo². En palabras de WELZEL, la dogmática es la explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base del orden jurídico o de alguna de sus partes. “Como ciencia sistemática (la ciencia del Derecho penal) brinda el fundamento de una administración de justicia igualitaria y justa, dado que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho elevan la aplicación del mismo por encima de la casualidad y la arbitrariedad”³.

Ahora bien, aunque la realización práctica de este punto de vista se vinculó con la deducción de toda sentencia de la ley en sentido formal y con la exclusión de las decisiones del intérprete en el proceso interpretativo, lo cierto es que “de un análisis del trabajo de los dogmáticos surge que el dogmático penal se encuentra ante la necesidad de decidir en favor de una u otra interpretación del derecho positivo penal, sin que pueda deducir su decisión de los textos legales”⁴. Piénsese, por ej., en la determinación de los criterios para decidir sobre quiénes son autores en sentido estricto y quiénes simples partícipes; o en la determinación del momento a partir del cual se puede entender que hay comienzo de ejecución; o en el concepto de unidad de acción en el concurso ideal de delitos. Y otros ejemplos se encuentran también en la parte especial: así, la fijación de los límites temporales mínimo y máximo de aplicación de los delitos de aborto; el concepto de patrimonio en el delito de estafa, etc. Estos ejemplos, entre otros muchos que se podrían añadir, contrastan con la idea ampliamente extendida de que “la teoría general del delito debe deducirse de la ley”⁵ y que tiene su origen en v. LISZT.

Según v. LISZT, “si la ley penal es la única fuente del Derecho penal, ello significa que cuestiones tales como sí y cómo debe sancionarse, tienen que ser respondidas exclusivamente a partir de la ley”⁶. Este punto de vista, pues, se basa en la convicción de que la dogmática penal logra sus resultados independientemente de las decisiones personales del intérprete, y que su único punto de partida es la ley. Pero, en verdad, esta concepción no es sino una apariencia⁷. Como actualmente lo ha puesto de manifiesto BACIGALUPO, “la dogmática procura una aplicación altamen-

1 A la transformación y reforma de este Derecho penal contribuyó de forma notable la obra de Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, publicada en 1764.

2 Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, PG, Universidad de Granada, 2ª ed., Granada, 1991, pp. 123 ss.

3 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 11.

4 BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 13.

5 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3ª ed., 1978, Berlin, p. 157 (*Tratado de Derecho Penal*, trad. y adiciones por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, ed. Bosch, v. I, p. 265).

6 *Reichsstrafrecht*, 1881, pp. 24 y 25.

7 Así, KANTOROWICZ, en “Mon. f. Krim. Psychologie u. Strafrechtsreform”, 4, 1907-1908, pp. 76 ss.

te objetiva del derecho vigente. Sin embargo, no puede lograr una objetividad total: la exclusión absoluta de puntos de vista del intérprete no es posible. Toda aplicación del derecho requiere fijar puntos de partida que condicionan el proceso interpretativo posterior. Ejemplo de ello es ya la primera cuestión que debe resolver un dogmático: ¿se debe investigar la voluntad del legislador o la ‘voluntad’ de la ley? ¿debe preferirse una interpretación amplia o restrictiva?”⁸. Este mismo autor, en su obra “*Delito y punibilidad*” se ha ocupado precisamente de la problemática acerca de cómo se construyen las cadenas argumentales de la dogmática penal, y sobre qué dicen los dogmas y cuáles son los dogmas de partida del razonamiento, esto es, de las cadenas argumentales de las fundamentaciones jurídico-penales. Y, como el mismo autor reconoce⁹, esta tarea adquiere una especial complejidad, porque el Derecho penal, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del ordenamiento jurídico (arts. 4.1 y 1º del Código civil) prohíbe recurrir a la analogía y al derecho consuetudinario por exigencia del principio de legalidad, con lo que sus puntos de partida son más estrechos que los de otras ramas del ordenamiento. El principio de legalidad, entendido hoy, no como la “Carta Magna del Delincuente”, sino como la “Carta Magna del Ciudadano”¹⁰, exige que tanto el delito como la pena se establezcan en una *lex scripta*, luego se excluye la legitimidad de una decisión que se funde en el derecho consuetudinario o que no provenga de la ley escrita, *certa*, es decir, precisa, que sea interpretada como una *lex stricta*, cuyo significado se expresa a través de la prohibición de aplicar la ley penal a supuestos no previstos por ella (prohibición de aplicación analógica de la ley penal)¹¹, y *prævia*, es decir, anterior a la comisión del delito (prohibición de la retroactividad, excepto si se trata de una ley más favorable)¹².

Como recuerda BACIGALUPO, “para llevar a cabo el programa institucional del Derecho penal, la ciencia dogmática partió de una rígida distinción entre valoración y conocimiento”¹³. La valoración quedaría reservada al poder legislativo y el conocimiento de las leyes al poder judicial, llegándose a reconocer en el fin perseguido por

8 BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, PG, 2ª ed., Akal, Madrid, 1990, p. 45. Del mismo autor: “Sui dogmi della dogmatica penale”, en *Dei delitti e delle pene*, nº 2/1983, pp. 245-268. Cfr. también, en el mismo sentido, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, pp. 237 ss., y ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten*, 2ª ed., 1981, p. 16.

9 *Delito y punibilidad*, p. 18.

10 Cfr. NAUCKE, *Strafrecht, eine Einführung*, 1975, pp. 69 ss.; BACIGALUPO, “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho penal”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2/1983, Universidad Complutense, Instituto de Derechos Humanos, pp. 11 ss., y “Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa”, *Revista del Foro Canario*, nº 87/1993 (enero-abril), pp. 11 ss.

11 Aunque tradicionalmente se ha tratado en estos términos la exigencia de *lex stricta*, lo cierto es que hoy la cuestión ya no se plantea así porque hay cierto acuerdo en la doctrina en que no hay interpretación sin analogía y, desde luego, sin interpretación no se puede determinar el alcance de la ley; luego, es falso el aforismo *in claris non fit interpretatio*. Más bien se entiende actualmente que lo que prohíbe el principio de legalidad es generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisibles. Cfr., en este sentido, BACIGALUPO, “La garantía del principio de legalidad”, cit., pp. 11 ss., y HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, pp. 66 ss.

12 Cfr., entre otras, SSTC 62/1982, 89/1983, 75/1984, 133/1987 y 127/1990.

13 *Delito y punibilidad*, p. 18.

la norma jurídica “una cuestión sólo relevante en el momento de la decisión legislativa, que, paralelamente, no debe incidir en la elaboración de los conceptos dogmáticos”, que deben limitarse a ser “categorías formales”¹⁴. Pero, la historia dogmática del siglo XX muestra una constante tendencia superadora del anterior punto de vista, como lo prueba, por ej., el método teleológico y la vieja distinción entre antijuricidad material y antijuricidad formal. Con esta última expresión (*formeller Rechtswidrigkeit*) se expresaba simplemente la infracción de una norma, mientras que con la primera (*materieller Rechtswidrigkeit*) se expresaba un concepto superior al anterior, que permitía distinguir en un caso la mayor o menor antijuricidad y constituía una fuente autónoma de causas de justificación, que permitía justificar algunas acciones (justificación suprapositiva)¹⁵.

2. La irrupción de la filosofía positivista a finales del siglo XIX en la ciencia en general influyó en toda la evolución posterior de la ciencia penal, e incluso se puede afirmar que “la fisonomía conceptual de la dogmática penal actual no ha superado todavía su vinculación directa con el ideal científico del positivismo”¹⁶. El positivismo filosófico rechazaba como objeto de estudio las cuestiones trascendentales y abstractas, centrándose en la contemplación y estudio de los hechos; el ideal científico del positivismo, pues, partía de la consideración de que sólo merecían el calificativo de científicos aquellos estudios de la realidad que se llevaran a cabo operando a través de los métodos de las ciencias naturales. Para el positivismo sólo hay “proposiciones empíricas”, luego sólo aquellos conceptos surgidos de la experiencia, sensiblemente perceptibles por los sentidos, podían considerarse como científicos. Este modelo científico impactó en la ciencia penal, originando dos corrientes científicas, de signo distinto, que intentaron defender su científicidad de acuerdo con el ideal científico del positivismo: el positivismo jurídico, que es el que inspiró el sistema clásico de Derecho penal diseñado básicamente por BELING y v. LISZT, y que se caracterizó por su reacción frente a la versión naturalista del Derecho natural, llegando a identificar el Derecho con el conjunto de leyes¹⁷; y el positivismo criminológico, que centró el estudio de la ciencia penal en las realidades naturales que acompañan al fenómeno del delito y determinó el nacimiento de la criminología.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cfr. HEINITZ, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, 1926.

¹⁶ BACIGALUPO, op. ci., p. 19. Probablemente, señala este mismo autor (en “La enseñanza del Derecho en las Universidades alemanas y la experiencia que de ellas se desprende en miras a una reforma de los estudios de Derecho”, *Cuadernos del Centro de Documentación Legislativa Universitaria*, Univ. Autónoma de México, nº 4/1980, p. 14) “el impacto de la codificación del derecho civil de Francia haya dado como resultado la convicción de que todo el derecho había quedado encerrado en el Código y -tal vez- por eso todavía no se ha superado la etapa exegética en el derecho francés. En cambio, en Alemania la no interrupción de la tradición del derecho natural del siglo XVIII permitió, a pesar de su superación, conservar en la tradición dogmática la idea del sistema como algo esencial para la ciencia del derecho”.

¹⁷ La expresión más acabada del positivismo jurídico se halla en la *teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, según la cual las normas sólo pueden ser reconducidas a otras normas, nunca a la realidad, y para evitar el regreso al infinito que este mecanismo supondría, KELSEN idea una “norma fundamental”, sin contenido concreto, como piedra final del edificio normativo. Fuera de este esquema, la decisión sería metajurídica y, por tanto, metodológicamente ilegítima; de este modo, el jurista se convierte en mero técnico, que debe limitarse a subsumir.

El positivismo jurídico procedió en la ciencia del derecho de la misma manera que en las ciencias naturales, considerando a su objeto como cosas. Para ello se dota a las elaboraciones dogmáticas jurídico-penales, realizadas sobre los textos legales, de un método propio, pero similar al utilizado en las ciencias de la naturaleza. Desde este punto de vista, “dogmas y textos legales del Derecho positivo vigente debían ser conceptos idénticos. El texto legal del Derecho positivo constituía la realidad de la que era posible inferir lógicamente conceptos, de la misma manera que la experiencia hubiera permitido hacerlo en las ciencias naturales”¹⁸. Un punto de inexcusable referencia, pues, del positivismo jurídico, es el derecho positivo; a partir de él se inducen, mediante un proceso de abstracción, los conceptos y principios básicos que se ordenarán en un sistema.

Un ejemplo paradigmático de la adopción de este modelo metodológico lo brinda v. LISZT. El esquema del método propuesto por v. LISZT se concreta en los siguientes puntos: a) el jurista del Derecho penal debe recopilar el material, esto es, las normas jurídicas que componen su objeto de estudio; la circunstancia de que el Derecho penal vigente haya sido fijado por el legislador lo convierte en “un hecho”, luego el jurista podía equiparar su situación frente al objeto de su conocimiento con la del científico de las ciencias naturales¹⁹; b) una vez reunido el material, el jurista debe deducir sus conceptos de las normas del Derecho penal, entendidas como un dogma, como un punto de partida de imprescindible consideración²⁰; c) el último paso del método de la dogmática de v. LISZT es el de la construcción de un sistema, pues “sólo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular. El orden sistemático se eleva constantemente por el camino de la abstracción desde los conceptos más especiales a los más generales; a partir del hurto, del asesinato, del incendio, etc., se desarrolla el concepto de delito ... La tarea de ordenación sistemática no descansa hasta alcanzar los conceptos más altos y únicos de cada disciplina jurídica”²¹; la ciencia del Derecho penal “no sólo es una ciencia eminentemente sistemática; al mismo tiempo es una ciencia eminentemente práctica”²², facilitándose así la necesaria seguridad en la aplicación de las normas.

Con posterioridad, el anterior método de v. LISZT fue reiterado en Italia, con pocas variaciones, por Arturo ROCCO²³. Para este autor, según lo dicho en su famosa lección inaugural de la Universidad de Sassari (1910), la dogmática consiste en la exégesis y sistematización del Derecho positivo; el objeto del Derecho penal no podría ser sino el Derecho positivo carente de toda contaminación antropológica, sociológica o política.

Desde luego, la influencia de este método ha sido extraordinaria. El propio WELZEL, en la última edición de su *Lehrbuch* (1969) decía que “la misión de la ciencia

18 Op. cit., pp. 19 y 20.

19 LISZT, Franz von, ZStW 6 (1886), cit. según *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, 1905, pp. 212 ss. (citado por BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, cit., p. 20).

20 Op. cit., p. 215.

21 Ibidem.

22 Op. cit., p. 217.

23 Cfr. *Opere Giuridiche*, III, *Scritti Giuridici Vari*, 1933, pp. 263 ss.

penal es desarrollar y explicar el contenido de estas reglas jurídicas en su conexión interna, es decir, sistemáticamente”²⁴ y, más recientemente, JESCHECK se expresa en términos similares: “El núcleo de la ciencia del Derecho penal es la dogmática jurídico-penal (teoría del Derecho penal), que, partiendo de la Ley penal que constituye su fundamento y límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los Tribunales y las opiniones de la ciencia e intenta hallar nuevos caminos de elaboración conceptual y de sistemática”²⁵.

3. En verdad, la imagen del comportamiento científico de los juristas del Derecho penal que surge del esquema del método positivista de v. LISZT no puede ser compartida en la actualidad. La equiparación de los textos legales con las cosas, esto es, partir del Derecho positivo como un dogma, presupone la necesidad de conocerlo sin la interferencia de ninguna pre-noción o presupuesto ideológico, lo que es prácticamente imposible²⁶. En realidad, toda interpretación que supere el plano de la interpretación gramatical²⁷, poco útil por lo general dada la ambigüedad del lenguaje ordinario utilizado por el legislador, supera ya el marco del Derecho positivo²⁸.

Puede afirmarse, pues, que las cadenas argumentales que culminan en la aplicación de una ley a un hecho determinado no comienzan en la ley positiva, sino en una serie de axiomas en los que la ley positiva encuentra su fundamento. Así, por ej., se entiende mayoritariamente que el art. 8, n° 7 del Código penal (20.5° del nuevo Código penal) hace referencia a dos modalidades distintas del estado de necesidad: el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante; sin embargo, esta distinción no se deduce de la letra de la ley, sino de la consideración pre-legal de que la ley debe haber partido de considerar lícito sacrificar un bien jurídico de poca importancia para salvar otro de más valor (principio del interés preponderante) y solamente disculpado, aunque ilícito, el hecho de sacrificar un bien jurídico para salvar otro de igual valor. Otro ejemplo: un mismo Código penal, como el español, ha sido y es interpretado a partir del modelo de la teoría causal de lo ilícito y, al mismo tiempo, a partir del modelo opuesto que representa la teoría de lo ilícito personal. Esta situación pone de manifiesto que la labor dogmática requiere decisiones del intérprete previas al texto legal. El único límite que existe en relación a estas decisiones valorativas del intérprete es que “el texto del Derecho positivo pueda presentarse como deducible del fundamento elegido”²⁹. Por ello, la primera fase del método no sería la reunión de las normas jurídicas que componen el objeto de la

24 *Derecho penal alemán*, PG, trad. por J. Bustos y S. Yañez, ed. jurídica de Chile, p. 11.

25 *Tratado de Derecho penal*, PG, trad. y adiciones por S. Mir y F. Muñoz Conde, ed. Bosch, 1981, p. 58.

26 En este sentido, BACIGALUPO, op. cit., p. 24.

27 La interpretación de una ley puede resultar más o menos difícil, pero siempre se debe hacer; luego, es falso el aforismo *in claris non fit interpretatio*; cfr., en este sentido, BACIGALUPO, “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho penal”, cit., pp. 11 ss., y ZUGALDIA, *Fundamentos*, cit., p. 192.

28 Cfr. KAUFMANN, Armin, “Problemas del conocimiento jurídico ejemplificado en el Derecho penal”, trad. de E. Bacigalupo, *Nuevo Pensamiento Penal*, ed. Depalma, Buenos Aires, n° 2/1972 (mayo-agosto), pp. 205 ss.

29 BACIGALUPO, op. cit., p. 25.

dogmática penal, “sino la selección de los principios de los que se entiende deducible el Derecho vigente”³⁰.

Por consiguiente, como se dijo, la labor dogmática requiere decisiones y toma de posiciones del intérprete que no tienen cabida dentro del marco teórico del positivismo. Como recuerda BACIGALUPO, “en 1919 Max Weber demostraba que un conocimiento científico carente absolutamente de presupuestos no existe en ninguna ciencia: todo conocimiento científico presupone por lo menos la lógica y el método”⁴⁹. En definitiva, se puede afirmar hoy la *crisis del método positivista de la dogmática*, y, al mismo tiempo, el auge del llamado *relativismo metodológico*, que, en realidad, de una u otra forma ha dominado el desarrollo de la dogmática desde el comienzo, y que encontró sus más significativos representantes en M.E. MAYER y Gustav RADBRUCH. Según RADBRUCH, el método es relativista “porque tiene por función la de establecer la corrección de los juicios de valor sólo en relación a un determinado juicio de valor superior, únicamente dentro del marco de una determinada concepción del valor y del mundo, pero no pretende fundamentar la corrección ni de esta concepción del valor ni del mundo”³².

Un punto de vista muy próximo al anterior es el defendido por POPPER. Para este autor el conocimiento científico no es un conocimiento cierto, está siempre abierto a revisión; por ello, el trabajo de todo científico, ya sea teórico o experimental, consiste en proponer teorías y escogerlas teniendo en cuenta los resultados obtenidos por cada una de ellas en su contraste y crítica, con el objeto de comprobar su “resistencia a ella”³³. Desde esta óptica, la investigación tiene por modelo la concepción socrática según la cual nunca es posible saber si nuestras teorías son verdaderas para siempre; sólo nos es posible verificar críticamente si son falsas.

4. Pues bien, del hecho de que el relativismo metodológico domine en la dogmática jurídico-penal se deriva una primera consecuencia muy importante: que *los verdaderos dogmas de la dogmática jurídico-penal son también decisiones hechas por el intérprete*, que inician la cadena argumental que culmina en la resolución de un caso, y que las mismas carecen de la posibilidad de ser fundamentadas científicamente³⁴; luego, se puede afirmar que los dogmas de la dogmática “trascienden” a la ley penal³⁵. Por ej., la opción en favor de un sistema causalista o de un sistema finalista es libre, y depende, básicamente, de la concepción de lo ilícito, no determina-

30 *Ibidem*.

31 “La ciencia del Derecho penal entre el ideal científico de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, libro homenaje al Prof. Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 462.

32 *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 1963, p. 102 (cit. por BACIGALUPO, en *Delito y punibilidad*, p. 29).

33 Esto es lo que POPPER llama el criterio de la científicidad y designa como “criticabilidad”, “crítica racional” o racionalismo crítico; cfr. POPPER, *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, 1984, p. 67; también, del mismo autor, *Logik der Forschung*, 6ª ed., 1976, pp. 24 ss.

34 BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 30.

35 Así, ZUGALDIA, *Fundamentos*, cit., p. 128; por ello, con acierto señala este autor que la determinación del exacto y concreto alcance de la ley no depende tanto del lenguaje utilizado en la misma, como de una “decisión” personal del intérprete, luego extralegal (*ibidem*).

da en la ley, de la que parte el intérprete. Ya a principios de este siglo KANTOROWICZ sostenía que “para obtener un sistema, además de la ley, es preciso recurrir a otras fuentes subsidiarias del Derecho, en parte válidas sólo subjetivamente y seleccionadas según puntos de vista valorativos”³⁶.

Ahora bien, para que la situación anterior no resulte insoportable para una ciencia, la dogmática jurídico-penal, que debe pretender siempre la aplicación del Derecho por encima de la arbitrariedad, resulta absolutamente necesario someter aquellas decisiones a la *crítica racional*. Si se parte, dice ALBERT, de que “el conocimiento es una parte de la praxis humana, dejará de tener sentido distinguir entre razón teórica y práctica lo mismo que construir una oposición entre conocimiento y decisión, tal como parecería plausible a partir de una teoría del conocimiento que concibe a éste como revelación de la razón o de los sentidos, es decir, como resultado de la contemplación. En la teoría del conocimiento y en la teoría de la ciencia, en tanto ésta tiene carácter metodológico, se trata de lograr la racionalidad de las decisiones, y de esta forma, de la praxis humana en un determinado ámbito de la vida social, haciendo posible en dicho ámbito una crítica relevante”³⁷.

Visto que las decisiones que constituyen el punto de partida o fundamento de las cadenas argumentales de la dogmática penal están sometidas a la crítica, se presenta aún otro problema: ¿cuáles son los criterios para decidir entre diversos fundamentos posibles? En verdad, no es fácil de contestar esta pregunta, pues “sobre los criterios para decidir en favor de una u otra de las teorías que pueden elaborarse sobre distintos axiomas no existe en la actualidad la menor claridad”³⁸.

Ahora bien, en la actualidad se abre paso el criterio que considera que la racionalidad de una decisión depende de su “capacidad para lograr el consenso científico tras una discusión libre”³⁹. Y el logro de este consenso se vincula a los resultados a que cada axioma conduce en la aplicación del Derecho. Este punto de vista preside hoy, por ej., la discusión en relación al problema de diferenciar entre las causas de justificación, que convierten el hecho prohibido en excepcionalmente autorizado, y las causas de exculpación, que permiten que el ilícito no se sancione en atención a razones relacionadas con el autor. Pues bien, la consideración de que la persona que actúa con error inevitable de prohibición lo hace ilícitamente pero sin culpabilidad, por entenderse que para obrar lícitamente no basta con creer que se actúa lícitamente, ha logrado imponerse en la doctrina mayoritaria, pues sólo así se logran los siguientes efectos: que frente a quien actúe con error de prohibición quepa la legíti-

36 KANTOROWICZ, *Tat un Schuld*, 1933, p. 27 (cit. por BACIGALUPO, en *Delito y punibilidad*, p. 30).

37 ALBERT, Hans, *Traktat über Kritische Vernunft*, 3ª ed., 1975, p. 54. Una metodología de la comprobación crítica, dice ALBERT (op. cit., p. 52), es una “búsqueda de concepciones alternativas”, que necesariamente se apoyará en la construcción y utilización de otros y nuevos marcos de referencia que permitan a su vez nuevas soluciones del problema.

38 BACIGALUPO, op. cit., p. 33.

39 Cfr. ESER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2ª ed., 1972; HORN, Norbert, *Rechtstheorie*, 1976, pp. 145 ss. En el Derecho penal fue propuesto ya por GRÜNHUT, en *Festgabe für Frank*, 1930, I, p. 13; sobre cómo podría llevarse a la práctica, cfr. ROXIN, en *Fest. für Bruns*, 1978, pp. 183 ss.

ma defensa, que exige una agresión ilegítima; que el error de prohibición del autor no beneficie a quienes intervienen con él en la realización del hecho; y que quien actúe con error de prohibición inevitable, aunque no vaya a sufrir pena alguna, sí sea responsable civil.

5. En *resumen*, los dogmas de la dogmática penal son decisiones, sujetos a la crítica, y la dogmática debe permitir racionalizar la aplicación de la ley penal por los jueces y órganos jurisdiccionales. Una vez más hay que recordar las palabras de GIMBERNAT al respecto, cuando dice que la dogmática “hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”⁴⁰.

40 GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de Derecho penal*, ed. Tecnos, 3ª ed., 1990, p. 158.