



LA LLAMADA CRISIS DEL DERECHO PENAL Y SUS CAUSAS *

Por ANTONIO FERRER SAMA
Catedrático de Derecho Penal

Ha sido mi propósito al elegir el tema de este trabajo, el tratar de una fundamental cuestión que viene preocupando a la generalidad de los penalistas contemporáneos, cual es la referente al fenómeno de la llamada crisis de la disciplina jurídico penal (1).

Conforme en el fondo con las afirmaciones de los escritores que señalan tal crisis de la ciencia penal, no creo, sin embargo, que esta expresión «crisis» sea la adecuada para poner de manifiesto la situación de atraso del Derecho penal en comparación con el desarrollo alcanzado por otras ramas jurídicas. Más exacto que decir que el Derecho penal atraviesa un período de crisis, es afirmar que el Derecho penal como verdadera ciencia jurídica es de formación tan reciente, que hasta hace muy pocos años no ha adquirido aquellos caracteres y perfiles propios que permiten señalar la delimitación entre esta actividad científica y

* Los puntos de vista que se desarrollan en el presente trabajo fueron expuestos por el autor en la conferencia pronunciada el día 3 de Mayo del corriente año en el Seminario de Derecho penal de la Universidad de Barcelona.

(1) Vid. ROCCO.—Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. En Opere Giuridiche, Roma 1933. Vol. III. Pág. 263.



aquellas otras disciplinas con las que se ofrecía confundido.

Es evidente que la Ciencia del Derecho, en general, guarda íntima relación con la Filosofía, la Moral, la Sociología, la Política y otras actividades humanas; pero así como el Derecho privado desde sus orígenes ha conservado delimitadas, con mayor o menor diafanidad, las esferas de su propio contenido y objeto con respecto a aquellas otras actividades, el Derecho público ha venido desarrollándose íntimamente unido a las indicadas disciplinas de naturaleza extrajurídica, principalmente a la Filosofía, hasta el punto de quedar confundido con ellas. Este confusionismo llega en su mayor grado en el Derecho penal, hasta el punto de que los penalistas anteriores al siglo XIX no elaboraron Derecho penal propiamente dicho, sino filosofía penal. Lamentándose de la obsesiva preocupación filosófica por parte de los juristas y refiriéndose al Derecho público en general, pudo decir ORLANDO, con evidente razón, que «el criterio histórico, el social, el político, pero sobre todo el filosófico, con las formas más abstrusas de la metafísica más desenfrenada, sofocan el criterio jurídico hasta casi matarlo», y agregar: «donde la nebulosidad de la abstracción filosófica impide la neta percepción de los contornos, allí no está jamás el Derecho, porque el Derecho es la precisión» (1).

Una mirada, aunque rápida, a la historia de la ciencia penal, demuestra de manera irrefutable la constante y desplazadora ingerencia filosófica en el seno de la misma. Si bien es cierto que la legislación penal, en forma más o menos definida ha existido siempre, no puede decirse otro tanto respecto al Derecho penal científico como verdadera ciencia jurídica.

Verdad es que en la literatura clásica griega y latina encontramos ya tratadas cuestiones relacionadas con pro-

(1) I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico. Nel archivio Giuridico. Vol. XVII (1889), fasc. 1 y 2, pág. 113.



blemas penales. Son repetidas las citas que en tal sentido se hallan recogidas en las publicaciones de nuestro tiempo, en las que se alude a los pensamientos de PITÁGORAS, de PROTÁGORAS y principalmente de PLATÓN y ARISTÓTELES, en torno a la consideración del delincuente, del delito y de la pena, hablándose de las ideas de la retribución e intimidación de los dos primeros y estimándose a PLATÓN como precursor de la doctrina correccionalista y asegurativa en cuanto en su «Diálogo sobre las leyes» viene el delincuente a ser considerado como un enfermo, teniendo la pena carácter medicinal y justificándose la eliminación de aquél cuando lo exija la salud de la sociedad. Se ha señalado cómo en ARISTÓTELES la pena encuentra su fundamento en el hecho de ser el hombre más obediente a la necesidad que a la razón, exigiéndose una estricta correspondencia entre el delito y el castigo. Igualmente se viene repitiendo la máxima de SÉNECA «punitur non quia peccatum sed ne peccetur», como formulación del principio preventivo (1).

De gran mérito e interés penal son indudablemente las numerosas doctrinas desarrolladas en las obras de los teólogos y filósofos que florecieron en los siglos XVI y XVII, entre los que destacan las figuras de ALFONSO DE CASTRO, VITORIA, MOLINA, SUÁREZ, SOTO y otros, si bien es injusta toda cita que se haga omitiendo el nombre del magno SANTO TOMÁS DE AQUINO, en cuya «Suma Teológica» se inspiraron los mencionados escritores. En las obras teológicas se reacciona contra el principio de la venganza privada que caracterizó al primitivo Derecho germánico, obedeciendo a tal reacción el establecimiento de la tregua de Dios y del Asilo religioso. El delito y la pena vienen a ser estudiados en relación con las nociones de pecado y penitencia. En la «Suma teológica» encontramos asentada la pena sobre las ideas de la retribución y la prevención, en cuanto

(1) Vid. MAGGIORE. *Principii di diritto penale*. Bologna 1939. Vol. I. pags. 54 e 55.



se dice, de una parte, que «por ella se repara la igualdad de la justicia» y de otra que es «medicina no solo curativa del pecado pasado, sino también preventiva del pecado futuro», señalándose al mismo tiempo de manera expresa su eficacia intimidativa. Con la profundidad y acierto que caracterizaron al SANTO DE AQUINO, son tratados puntos tan trascendentales como los referentes al principio de la legalidad de las penas, a la voluntariedad, a la legítima defensa y otras causas que eximen de penalidad, así como a la mayoría de los hechos que hoy integran la parte especial de los códigos (homicidio, lesiones, hurto, fraude, usura, prevaricación, acusación falsa, etc.).

Pero ¿en qué dirección fueron tratadas tales cuestiones y cuántas fueron objeto de estudio por los teólogos y filósofos? Como es natural, en un sentido teológico o filosófico, dando lugar a la configuración de un Derecho penal ideal, referido a los postulados de justicia y apartado en absoluto del Derecho positivo.

Junto a la indicada orientación filosófica, vemos durante la misma época desarrollarse otra tendencia en el estudio del Derecho en general, que viene a constituir el polo opuesto, por cuanto su propósito se limita tan sólo al conocimiento de la legislación y que no es otra sino, la que surge con la escuela de los glosadores y los postglosadores, sobresaliendo en lo que al Derecho penal respecta los nombres de GUIDO DE SUZZARA, ALBERTO GANDINO, IACOPO DE BELVISIO, BARTOLO DE SASSOFERRATO y otros (1).

Tampoco esta última dirección conduce al Derecho penal por sus propios cauces de ciencia jurídica, por cuanto la glosa se limita a la mera exégesis de los textos, sin buscar conexión entre ellos y sin intentar extraer de los mismos una serie sistemática de principios que es lo que diferencia precisamente la labor del leguleyo de la del jurista verdadero.

(1) MAGGIORE. Ob. y lug cit pag. 57.





El comentario exegético viene predominando en Derecho penal hasta después del siglo XVI, brillando las figuras de escritores llamados prácticos, entre los que pueden recordarse como de mayor relieve a TIBERIO DECIANI, IPPOLITO DEI MARSILI, JULIO CLARO, FARINACCIO, CAPZOVIO y nuestro COBARRUBIAS, cuyas obras, no obstante el gran interés de la mayoría de ellas, no pueden estimarse como verdaderos escritos científicos por la misma razón señalada anteriormente al referirnos a los glosadores (1).

Al surgir la escuela del Derecho natural, los estudios prácticos pierden interés frente a la consideración filosófica de los problemas penales y se produce el alejamiento del Derecho positivo. El siglo XVII y gran parte del XVIII, se caracterizaron penalmente por el desprecio de los científicos a cuanto implicase conocimiento de las leyes, no concediéndose valor más que a la investigación en orden a los principios del Derecho natural. Las doctrinas de PUFENDORF, LOCKE, LEIBNIZ y tantos otros, son ejemplos de esta corriente. No menos filosófica es la literatura penal de la época iluminista, con la diferencia de que en ella se observa la nueva influencia de la doctrina liberal, que tan marcadamente resalta en la obra de BECCARIA.

Es obligado, pues, repetir algo que ya aparece dicho en líneas anteriores: llegamos al siglo XVIII sin que exista una Ciencia del Derecho penal en su acepción exacta, y ello porque los que hubieran podido elaborarla fueron indudablemente más filósofos que juristas.

El fenómeno de la enconada lucha de las dos escuelas denominadas clásica y positiva, que consume todos los esfuerzos de los penalistas del pasado siglo y principios del actual, no es sino la manifestación del carácter filosófico de las distintas doctrinas debatidas. Los problemas objeto de polémica tienen como punto de partida la delicadísima cuestión filosófica del libre albedrío o el determinismo; de acep-

(1) MAGGIORE. Ob. y lug. cit. pags. 58 y 59.



tar o negar la libre determinación de las acciones humanas, había de depender la admisión de la responsabilidad moral o la negación de ésta substituyéndola por la mera responsabilidad social; igualmente subordinado al problema del libre albedrío se ofrece la consideración del delito como ente jurídico o como puro fenómeno natural y social con la última consecuencia de ver en la pena un medio de tutela jurídica o bien la substitución de la pena por la medida de defensa social.

Tales fueron, en ligero esbozo, los puntos que se vinieron como fundamental materia de los estudios penales.

Con anterioridad a la aparición de la escuela positiva, la discusión entre unos y otros autores giraba en torno a la fundamentación del Derecho de penar, respondiendo las diferentes posiciones a las opuestas tendencias filosóficas sustentadas a propósito de la justificación del Derecho en general y así vemos frente a KANT que estima la pena como un imperativo de justicia y a HEGEL que la considera como la retribución del orden jurídico violado por el delito, a BECCARIA y BENTHAM que fundamentan la misma en la necesidad o utilidad social. Ciertamente que no faltan autores que, como CARRARA, traten junto a tales cuestiones, de materias propiamente jurídicas, pero aun en este ilustre escritor, el más jurista de todos los autores de su época, es marcadísima la preocupación filosófica.

Se intentaba por los clásicos elaborar un Derecho penal de carácter absoluto, inmutable, universal, a base del puro razonamiento, apartándose en un todo del Derecho positivo, cuyas normas no eran consideradas como objeto de estudio por el científico sino para contrastar las mismas con aquellos conceptos ideales de Derecho natural.

Como ejemplos de tal sentir recordaremos las posiciones de BERNER y de PESSINA.

BERNER, partiendo de la distinción entre Derecho positivo y Derecho ideal, y después de afirmar que ningún Derecho positivo responde en absoluto al segundo, considera



como misión propia del científico, la del estudio de los principios que han de guiar al Estado en el ejercicio de su Derecho de penar, y al mismo tiempo, la de establecer y conducir semejante Derecho. Sobre esta base estima BERNER el Derecho desde dos puntos de vista: el del juez y el del legislador; para él, el primero debe aplicar la ley aun cuando esta sea disconforme con el Derecho ideal; el legislador, en cuanto del mismo ha de emanar la ley, debe contemplar en su mente la «pura idea del hecho». Establecida tal diferenciación, afirma que para el teórico la indagación sobre esta idea (derecho ideal), es de suma importancia; para el citado autor lo que no sea esta investigación en torno al Derecho ideal, es una «mera información sobre la ley y llega a la conclusión de que *«sólo puede el teórico tomar en cuenta una legislación positiva en cuanto trate de elevarse de la misma a la verdadera naturaleza del hecho»* (1).

De la misma contraposición entre Derecho ideal y positivo parte PESSINA al formular su definición de la Ciencia del Derecho penal como «conjunto de verdades orgánica y sistemáticamente enlazadas como consecuencia de un sólo y mismo principio en torno a la punición del delito, y añadiendo: «como ella—la Ciencia del Derecho penal—abrazaba los dos aspectos del Derecho penal, o sea, la idea y el hecho; de aquí surgen la *Filosofía del Derecho penal* y la *Historia del Derecho Penal*» (2). Para PESSINA, pues, si en algún aspecto interesa al científico el Derecho positivo es exclusivamente en el de su apreciación histórica. De esta forma entre Filosofía e Historia, el Derecho penal como ciencia jurídica es desconocido.

En análogo sentido vemos inclinarse a la generalidad de los escritores de esta época, tales como CANÓNICO, BUCCELATI, BRUSSA, ORTOLÁN, BERTAUL, HAUS, el mismo CARRARA y tantos otros que, aunque reconociendo el Derecho

(1) BERNER. Tratado de Derecho Penal. Traduc. italiana de Bertola. Milán 1887. págs. 13-14.

(2) PESSINA. Elementi di diritto penale. Napoli 1870. Vol. I. pag. 9.



positivo como objeto de estudio por parte de la Ciencia del Derecho penal, se sienten dominados por una irresistible tendencia a la investigación filosófica en derredor del Derecho ideal y paralelamente, por un alejamiento de la consideración del Derecho positivo. Con toda firmeza expresa FRANCISCO CARRARA cómo en el estudio de la ciencia penal debe hacerse siempre abstracción de lo que haya querido dictarse en los códigos humanos, e investigar la verdad en el «*código inmutable de la razón*». Para él, la labor comparativa de los Derechos constituidos, no es más que un complemento de nuestra ciencia, distinguiendo dos partes en la misma: una teórica o especulativa y otra práctica y positiva, haciendo consistir esta última tan sólo en «examinar, respecto a los juicios, cuáles son los procedimientos porque se rigen en nuestro país, y respecto de los delitos *in specie*, cuáles son las funciones y las relaciones respectivas según las cuales se definen y aprecien por la ley que nos gobierna» (1). Ciertamente que CARRARA mantiene, al referirse a la denominada por él parte práctica, la procedencia de la apreciación del Derecho positivo, pero bien claramente se desprende de sus palabras cómo viene a considerarse el conocimiento del mismo como secundario y desprovisto de contenido científico o teórico, cuando es lo cierto, que el estudio del Derecho positivo ha de efectuarse científica o teóricamente, en cuyo sentido es, hablando con precisión, donde hallaremos la verdadera Ciencia del Derecho penal.

Dada la índole filosófica de los estudios penales, tenía que producirse como consecuencia de la aparición y desenvolvimiento de la filosofía positivista, el nacimiento de la corriente que toma el nombre de escuela positiva. Hay una época en que la Filosofía es positivista y el Derecho penal, que no era sino Filosofía penal, se adapta a las nuevas

(1) CARRARA. Programma. 10.^a edición. Florencia 1907. Prolegómenos pags. 42 y 43.



ideas. Consecuencia de la negación de los principios universales y asentamiento del Derecho penal sobre la utilidad por SPENCER, así como de la negación del libre albedrío y afirmación del determinismo, es aquella doctrina que trata de fundamentar la reacción del Estado frente al delincuente, en la sola idea de la necesidad de la defensa social, e igualmente las aspiraciones de sustitución del Derecho penal por la Sociología criminal, que no son sino consecuencia de la preponderancia adquirida por la nueva ciencia sociológica.

No es preciso esforzarse para poner de manifiesto el grave daño que al Derecho penal causan estas concepciones, en cuanto desorbitan la investigación penal, del terreno jurídico, obsesionando a los penalistas el estudio de problemas bio-sociológicos. Esta afirmación es compatible con el reconocimiento del valor de algunas de las aportaciones de la escuela positiva. En la lucha contra el delito ha recibido el Estado, de tal escuela, un arma poderosa, constituida por la medida de seguridad, institución que vemos acogida por las modernas legislaciones junto a la pena. El error de los positivistas consistió en intentar sustituir ésta por aquella, sin tener en cuenta que ambas responden a diferentes principios y que lejos de excluirse se complementan.

En cuanto al influjo que en el Derecho penal puedan ejercer las doctrinas de índole bio-psicológica, será preciso, si queremos mantener una posición de equilibrio, el reconocer que, en efecto, para el jurista, resultan de interés tales estudios, mas no en el sentido en que la cuestión fué planteada por la escuela positiva, sino en su verdadera medida. Para los positivistas el análisis bio-psicológico era la base de apreciación de la llamada responsabilidad social; para nosotros, el estudio del sujeto del delito tiene por objeto la apreciación de su imputabilidad como presupuesto de la responsabilidad jurídica. Por otra parte, la afirmación de los positivistas de que el hombre verdaderamente anor-



mal no puede entrar en la esfera del Derecho penal, será, como dice MANZINI, todo menos una novedad (1). Que al jurista penal le interesa el conocimiento de la normalidad o anormalidad mental del delincuente es tan cierto como que al civilista le ha de interesar la apreciación de la capacidad de obrar en un contratante, a pesar de lo cual los civilistas no han abandonado su disciplina por el estudio de la psiquiatría.

Pero no me propongo en este momento hacer la crítica de la escuela positiva; tan sólo he de indicar un hecho evidente: el de que el positivismo penal estaba condenado al fracaso desde su nacimiento, ya que no fué sino una manifestación de la errónea filosofía positivista. El total desprestigio científico del evolucionismo y sus derivaciones, tenía que producir como consecuencia inevitable, el desmoronamiento de tal escuela penal.

Mas lo que me interesaba destacar es el hecho de que, así como en la época anterior, había Filosofía penal, en la época del predominio de la escuela positiva hubo Sociología y hubo Biología criminales, pero en una y en otra, el Derecho penal en su verdadera acepción como propia Ciencia jurídica, no existe.

La preocupación filosófica, por parte de los autores, imprime carácter al Derecho penal durante el siglo XVIII y bastantes años del XIX, siendo ello, como dice MANZINI, la causa de los escasos progresos alcanzados por la ciencia del Derecho penal en tal época, en comparación con otras disciplinas del Derecho público y especialmente del Derecho privado, que quedó exento de una influencia tan opresivamente y tenaz (2).

El desprecio por el estudio del Derecho positivo condujo a una serie de elucubraciones y polémicas de índole especulativa, camino por el cual cada vez se fué haciendo

(1) MANZINI. Trattato di diritto penale. Torino 1933. Vol. I. pag. 13.

(2) MANZINI. Ob. y lug. cit. pag. 273.



más confuso el horizonte y todo por intentar construir, como afirma ROCCO, «un Derecho penal... sin Derecho» (1).

Es de notar cómo la desorientación aludida no se redujo al área de la Ciencia, sino, que como reconoce el mismo PESSINA, la lucha empeñada entre las varias escuelas en el terreno propiamente científico del Derecho penal, ha provocado en la vida práctica del mismo, una confusión de ideas que debilita el entendimiento del jurista haciendo incierta la interpretación de la ley (2). En el mismo sentido se expresaba GARCON al aludir al poco favor de que gozaba el Derecho penal entre los magistrados y abogados, atribuyendo en parte a las escuelas la responsabilidad del desinterés por los estudios penales (3). En cuanto a España, la separación entre la técnica penal y su aplicación práctica, no ha podido ser mayor, y ello se explica si se tiene en cuenta el valor casi nulo que para el juez y el abogado tienen la mayoría de las publicaciones que constituyeron la producción científica del pasado siglo, influidas de lleno por la Filosofía y viciadas en su generalidad por la concepción krausista tan arraigada en España a través de la obra de RÖEDER.

Tal fué el estado de nuestra Ciencia hasta que los juristas encauzan sus pasos en el único sentido que podía conducir al Derecho penal científico hacia su verdadero plano dejándolo delimitado de la serie de investigaciones con las que venía confundándose; la aludida tendencia no es otra que la dogmática.

Es a mediados del siglo XIX cuando se comienza por los autores a hablar de las excelencias de la dogmática como verdadera Ciencia del Derecho, sin que por ello pueda creerse que el dogmatismo jurídico es corriente nacida sobre bases enteramente nuevas, ya que sus orígenes pueden encontrarse en el espíritu del Derecho romano.

(1) ROCCO. Ob. cit. pag. 273.

(2) ROCCO. Ob. cit. pag. 267. nota 1.

(3) ROCCO. Ob. cit. pag. 267 nota 1.



La concepción dogmática que viene a dotar de precisión a la Ciencia jurídica ha tenido acogida por parte de los juristas penales con tanto mayor entusiasmo por cuanto la imprecisión reinante era aún mayor en el área de esta disciplina que en el de otras ramas del Derecho y así, habiendo nacido en Alemania, la vemos hoy arraigarse vigorosamente en el pensamiento de los modernos autores, en especial, los italianos. La labor de juristas tan ilustres como MANZINI, ROCCO, DELITALA, MAGGIORE, BATTAGLINI y tantos otros que pudieran citarse, constituyen el exponente de este dogmatismo jurídico-penal.

FILIPPO GRISPIGNI, uno de los escritores que, no obstante su orientación neo-positivista, sigue esta corriente, concibe la dogmática jurídica como «aquella ciencia que aspira a reflejar en un sistema ordenado de conocimientos el contenido de las disposiciones que constituyen el ordenamiento jurídico positivo» (1).

Como rectificación del erróneo apartamiento del Derecho legislado, el dogmático eleva el mismo a la categoría de objeto de sus investigaciones. Ello no implica, ni mucho menos, la negación del Derecho natural o ideal, sino, por el contrario, y sobre la base de la existencia de este último, la afirmación del necesario deslinde entre el estudio del Derecho positivo y el del Derecho ideal, o entre Ciencia jurídica y Filosofía del Derecho.

Inadmisible es la afirmación de FLORIAN (2) en el sentido de que el tecnicismo o dogmatismo jurídico elimina el libre albedrío como presupuesto de la imputabilidad sustituyéndolo por el de la «normalidad», pues si bien ello es cierto respecto a algunos autores, otros, por el contrario, elaboran sus doctrinas a base del método dogmático, partiendo del presupuesto del libre arbitrio. (Entre otros, BATTAGLINI. *Principii di diritto penale in rapporto alla nuova legislazione.*

(1) GRISPIGNI. *Corso di diritto penale.* Padova 1932. Vol. I, pag. 9.

(2) FLORIAN. *Trattato di diritto penale* 1934. Vol. I, pág. 34.



1929. Vid. Prefacione). El dogmatismo jurídico no afirma ni niega ningún postulado filosófico, sino que preconiza la delimitación entre técnica jurídica e investigación filosófica, resultando aceptado por escritores de las más opuestas tendencias precisamente por no ser una escuela sino un método.

Tampoco se desconoce por los dogmáticos la importancia de la apreciación de las necesidades sociales, dada la conexión existente entre éstas y el ordenamiento jurídico, sobre todo en el penal, pero también en este punto lo que se preconiza es la diferenciación precisa entre Ciencia jurídico penal y Política penal, hablando ya en términos referentes a esta rama del Derecho.

Filosofía del Derecho penal, Ciencia del Derecho penal y Política jurídico penal tienen de común entre sí el que todas ellas toman la norma jurídica como objeto de estudio, pero mirándola desde diferentes puntos de vista, pues mientras la Filosofía la estudia contrastándola al concepto de Justicia, la Política jurídico-penal aprecia su adecuación a las necesidades sociales, quedando entre ambas direcciones la dogmática o Ciencia del Derecho penal en sentido propio que, sin valorizar ni criticar la norma jurídica, investiga el contenido de la misma y reduce a un orden lógico y sistemático la multiplicidad de disposiciones encerradas en el vastísimo campo del ordenamiento jurídico-penal; de aquí la denominación de tendencia dogmática, ya que la norma jurídica, considerada como verdadero dogma, no es discutida ni valorizada, sino interpretada y estudiada en sí misma. En la norma que define tal o cual delito el filósofo penal ha de apreciar si la definición del hecho y su castigo responde o no a los principios de justicia, el político-penalista observará la procedencia o improcedencia de la sanción desde el punto de vista social, el jurista penal habrá de estudiar el hecho definido y sus caracteres propios y diferenciales con otros delitos, circunstancias especiales del mismo, posibles concurrencias con otras infracciones,



problemas que plantee en orden a su consumación y cuantas cuestiones, en fin, de índole técnico-jurídica pueda ofrecer.

Así concebida la investigación jurídico-penal es preciso ante todo salir al paso de una posible confusión entre la dogmática y la mera exégesis legal, ya que para muchos todo lo que no fuese elevarse sobre el Derecho positivo hacia el Derecho ideal, era una labor simplemente exegética sin carácter ni valor teórico. Entre la investigación dogmática o técnico-jurídica y la exégesis legal, existe una profunda diferencia: el estudio exegético del Derecho positivo se limita a la interpretación de cada uno de los preceptos legales desentrañando su significado, a la manera que lo hicieron los prácticos antes aludidos; la dogmática, sobre la base de la apreciación e interpretación de las normas que integran el ordenamiento jurídico, elabora un orden sistemático de conocimientos, orden sistemático que eleva el estudio del Derecho positivo al rango de actividad científica y que es lo que distingue precisamente a la dogmática de la pura exégesis. No en otro sentido habló ya IHERING de una «jurisprudencia inferior», consistente en una labor expositiva y exegética y una «jurisprudencia superior» caracterizada por su naturaleza constructiva y sistemática (1).

La investigación dogmática está integrada por una doble función; de un lado la abstracción de conceptos diluidos en el seno del ordenamiento jurídico; de otra, la clasificación de los mismos en un orden sistemático. La actividad del dogmático, como indica MAGGIORE, ha de partir de la norma jurídica. Es, en efecto, en la norma donde se contiene el concepto delictivo y la sanción correspondiente, consistiendo la primera fase de la dogmática en la interpretación de tal concepto formulado legalmente; una vez apreciadas una serie de formulaciones normativas se ha

(1) IHERING. *Geist des römischen Rechts* Trad. francesa. paragr. 52.



de proceder a su sistematización comenzando por hallar los caracteres comunes a las mismas y formando con ellas los diferentes institutos jurídicos; la reunión ordenada de los múltiples institutos que entre sí guardan analogía nos conduce al verdadero sistema (1).

No debe caerse, sin embargo, en el error de una excesiva abstracción, clasificación y subclasificación conceptual, defecto en el que han incurrido algunos autores, principalmente los alemanes, llegando a obscurecer cada vez más las diferentes cuestiones, y dando lugar con ello a censuras como la de FERRI que criticó a tales autores por su intento de «partir un pelo en cuatro». Frente a tales deformaciones de la dogmática se ha defendido la justa posición de la misma reaccionándose contra el abuso del método técnico-jurídico por parte de varios autores, entre ellos LASSON, GIERKE y SCIALOJA, y en general por la técnica italiana, que ha sabido asimilar el dogmatismo jurídico, depurado de excesos y concibiéndolo con la claridad y sencillez que siempre fueron atributos de la mente latina.

Preciso es también evitar la caída en un excesivo formalismo en la concepción de la dogmática. Algunos autores estiman ésta como una ciencia de pura abstracción, concibiendo su objeto, o sea el ordenamiento jurídico, como algo puramente formal, sin conexión con los hechos sociales. En tal desviación incurre CRISPIGNI cuando llega a afirmar inspirándose en KELSEN, que «las normas jurídicas son la forma de la vida social, la cual constituye su materia», añadiendo «y por tanto, queriendo limitarse—como justamente quiere la dogmática—a estudiar el contenido de las normas jurídicas es preciso estudiar tal forma como distinta de la materia social y prescindiendo de ésta. Precisamente por ello—dice—la dogmática jurídica es ciencia formal y es también ciencia abstracta porque las disposiciones jurídicas son formuladas en forma general y abstracta y el mundo

(1) MAGGIORE, Ob. cit. V. I. pag. 44.



del jurista es el mundo de la abstracción, no ya el mundo objetivo de los eventos naturales» (1).

Es grave equivocación el intentar separar tan tajantemente la forma y la materia en referencia a la norma jurídica; ésta está concebida en vista a la realidad social y para su aplicación a la vida y por ello no puede conocerse ni interpretarse su contenido apartando la atención de los hechos sociales. Refiriéndose al excesivo formalismo apunta Rocco cómo es preciso «evitar que la construcción dogmática de los institutos y de las relaciones jurídicas se deduzca mecánicamente, con las solas reglas de la hermenéutica, de las normas escritas en el código; impedir, en fin, que la Ciencia del Derecho se convierta en un juego académico de principios rígidamente deducidos con lógica ciega frente a toda realidad...» (2). La norma jurídica es norma de la humana conducta, viniendo a establecer un deber ser respecto a la vida social. Concretamente el ordenamiento jurídico-penal está integrado por la serie de normas que tienen por objeto los hechos sociales que se denominan delitos, resultando imposible conocer el significado de tales normas sin apreciar, en cierto modo al menos, los hechos sociales sobre que recaen.

Igualmente en la apreciación de la norma hemos de tener presente su finalidad, ya que si ésta tutela determinados intereses sociales elevándolos al rango de bienes jurídicos, no podemos por menos de acudir al criterio teológico que nos suministrará muchas veces el fundamento interpretativo de la norma, así como tampoco puede prescindirse del criterio histórico.

En relación con lo anteriormente citado, se ofrece la polémica sobre la cuestión de si la dogmática tiene tan solo un carácter teórico o también valor práctico. A mi modo de ver, muchos de los autores que han tomado posición

(1) GRISPIGNI. Ob. cit. V. I. pag. 9 y 10.

(2) ROCCO. Ob. cit. V. III. pag. 317.

frente al citado punto en uno u otro sentido, han descen-
trado la cuestión de su verdadero terreno, pues realmente
resulta impropia, tanto la afirmación de su carácter teoré-
tico como de su índole práctica. Decir que la dogmática es
siempre teórica, como lo hace GRISPIGNI, basándose en
el hecho de que ésta mira inmediatamente a fines cognos-
citivos, es en verdad una redundancia, puesto que todas las
ciencias aspiran a un fin cognoscitivo y, por tanto, todas las
ciencias, en tal sentido, son teóricas. Menos aceptable es
aún la calificación de ciencia práctica, puesto que la activi-
dad científica, si es tal, nunca es práctica, en la acepción
exacta de este término.

En mi opinión, el problema no existe, si se tiene en
cuenta que en la dogmática jurídica ocurre lo mismo que
en toda ciencia normativa: que es teórica, pero que sus
conclusiones tienen un innegable valor para la práctica. Es
en esta dirección en la que WINDSCHEID afirmaba que «del
conocimiento completo del contenido de los conceptos com-
prendidos en las normas jurídicas depende, no sólo el pleno
conocimiento del Derecho, sino también la seguridad de su
aplicación», (1) e igualmente IHERING expresa como «la
resolución de una sola de estas cuestiones—se refiere a las
cuestiones teóricas, puede dar la clave de toda una serie de
cuestiones prácticas que se tratan vanamente de esclarecer
de una manera indirecta» (2).

Recientemente se viene poniendo de relieve la necesi-
dad de que la investigación científica vaya seguida de una
actividad práctica en la formación del jurista. Bajo la ex-
presión de «Clínica del Derecho» se lamenta CANELUTTI de
que la enseñanza del Derecho estuviese tan apartada de la
práctica, a diferencia del carácter con que la preparación
científica es completada en el estudio de la Medicina; pos-
teriormente PAOLI ha insistido en estas observaciones de

(1) WINDSCHEID. Lehrbuch des Pandektenrechts. Trad. ital. Paragr. V. I.
pag. 25

(2) IHERING. Ob. cit. V. III. pag. 747.



CARNELUTTI (1). Esta corriente de reconocimiento del valor de la práctica en la labor del jurista, no significa la afirmación del carácter práctico de la ciencia jurídica, sino precisamente la diferenciación entre ciencia y práctica, si bien defendiéndose la necesidad del acercamiento de la una a la otra.

Cuestión que también ha dado lugar a diferentes opiniones es la referente a si el jurista debe apreciar la norma jurídica con un sentido crítico o, por el contrario, su actividad ha de reducirse al estudio estrictamente dogmático. Como hemos visto anteriormente, la obsesiva preocupación crítica de los escritores fué la causa del apartamiento del método técnico-jurídico y de que el Derecho penal se confundiese con la Filosofía, y con la Sociología, desinteresándose los juristas del estudio de la norma en sí, al estar dominados por la idea de su valorización filosófica o su crítica desde el punto de vista social. También hemos apreciado cómo a manera de reacción contra tal espíritu valorativo y crítico se ha venido afirmando con raíces cada día más profundas el dogmatismo que defiende el estudio de la norma jurídica tal como es.

Llegando a tal punto hemos de preguntar: ¿le debe ser permitida al jurista la apreciación de la norma desde el punto de vista crítico? ¿Es ello compatible con el mantenimiento de la corriente dogmática? Yo creo que no solamente debe ser permitida al jurista la actividad crítica, sino que ésta es necesaria y beneficiosa; necesaria, porque es imposible evitar que después de conocer el sentido de la norma jurídica, el científico exprese su criterio en orden a la adecuación o apartamiento de la misma en orden a las exigencias sociales; beneficiosa, porque la crítica legislativa por parte de la doctrina da lugar a la reforma de aquellas disposiciones legales cuya imperfección o improcedencia haya quedado patentizada.

(1) PAOLI. *Dottrina e clinica penale*. En Riv. Ital. di dir. pen. 1936. pag. 3.



Otro tanto puede afirmarse en cuanto a la crítica o valorización de la norma jurídica desde el punto de vista filosófico. Puede y debe el jurista proceder al estudio del fundamento de lo preceptuado en la norma y señalar la justicia o injusticia de ella.

Ahora bien, lo dicho respecto a la crítica, tanto desde el terreno social como desde el plano filosófico, debe ser entendido con dos advertencias: primera, la investigación crítica queda fuera de la dogmática jurídica, siendo otra de las manifestaciones de la actividad del jurista penal. Segundo, la investigación crítica debe quedar subordinada a la dogmática, evitando caer de nuevo en el error de preocuparse tan solo de si la norma es justa o injusta, conveniente o no a las necesidades sociales, olvidando con ello el estudio de la norma en sí mismo. Esto es evidente incluso desde el aspecto lógico, pues si se quiere calificar una idea lo primero es conocerla en su verdadero sentido, resultando imposible criticar lo que no se conoce a fondo.

Recogiendo, en resumen, cuanto anteriormente queda dicho podemos llegar a las siguientes conclusiones:

Primera. Más exacto que hablar de la crisis del Derecho penal, es afirmar que esta disciplina del Derecho penal como tal ciencia jurídica, es de formación bien reciente, habiéndose ofrecido hasta hace poco confundida con la Filosofía, fenómeno éste que en grado mayor o menor se ha producido en todas las ramas del Derecho público.

Segunda. La norma jurídico-penal puede ser apreciada desde tres puntos de vista: a) el filosófico; b) el social y c) el propiamente jurídico.

La apreciación filosófica incumbe a la Filosofía penal y consiste en la valorización de la norma jurídica contrastándola con el Derecho ideal.

El estudio social de la norma jurídica tiene lugar mediante la crítica de esta en referencia a las necesidades sociales y da lugar a la Política penal o, mejor aún, a la Política jurídico-penal.



La investigación propiamente jurídica o dogmática consiste en la apreciación de la norma en su forma y en su contenido, tal como ésta es, desentrañando su sentido, relacionándola con las restantes normas jurídicas y extrayendo del amplio contenido del ordenamiento jurídico una serie de principios, los cuales, ordenados lógicamente y sistemáticamente, constituyen la Ciencia del Derecho penal.

Tercera. El jurista penal ha de abarcar esta triple actividad, pero como primera y principal ha de destacarse la investigación técnico-jurídica o dogmática.

Cuarta. Las denominadas ciencias auxiliares del Derecho penal, como la Medicina legal, la Psiquiatría forense, la Psicología judicial, etc., no deben jamás ser apreciadas por el jurista sino como tales ciencias auxiliares.

Quinta. Por último, ha de hacerse resaltar el valor que para la aplicación práctica del ordenamiento jurídico-penal tiene la investigación científica, evitándose el divorcio que entre la teoría y la práctica ha venido produciéndose en todos los países, pero sobre todo en España, y no ciertamente por culpa de los Tribunales, sino al contrario, por la de los científicos, que, perdiéndose en disquisiciones filosóficas expuestas en su mayor parte en lenguaje ampuloso y altisonante, olvidaron que al juez y al jurista en general lo que le interesa es la técnica; pero la técnica del derecho positivo.

