

EL MÉTODO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LA DOGMÁTICA PENAL

Leonardo Augusto Schonfeld

Facultad Teresa de Ávila, Universidad Católica Argentina,
Paraná, Entre Ríos

Contacto: leonardoschonfeld@uca.edu.ar

ORCID: 0000-0003-2997-2172

Recibido: 5 de agosto de 2021

Aprobado: 24 de agosto de 2021

Para citar este artículo:

Schonfeld, L. A. (2022). “El método en la Filosofía del Derecho y la Dogmática Penal”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 77-104

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.77-104>

Resumen: Este trabajo se propone poner de resalto que la Dogmática Penal no ha receptado el estado actual del debate iusfilosófico. Solo se abordará el tema del método jurídico y las consecuencias que, de haber sido receptadas, hubieran tenido para la Dogmática Penal. Se propone la superación del método silogístico-subsuntivo, tanto respecto de la ley positiva como de los conceptos de la teoría del delito y la consecuente apertura a métodos más abiertos de índole aristotélica, tales como la tópica y la retórica. Se demostrará, asimismo, que tal apertura no contradice la exigencia de legalidad penal.

Palabras clave: Método jurídico, Tópica jurídica, Argumentación jurídica, Retórica, Dogmática Penal.

The method in the Philosophy of Law and Criminal Dogmatic

Abstract: This work aims to highlight that criminal dogmatic has not received the current state of the philosophical debate. It will only address the issue of legal method and the consequences that, had they been received, would have had for criminal dogmatic. It is proposed to overcome the syllogistic-subsunctive method, both with respect to positive law and the concepts of crime theory and the consequent assumption of more Aristotelian open methods, such as topical and rhetoric. It will also be shown that such opening does not contradict the requirement of criminal legality.

Keywords: *Legal method, Legal topic, Legal argumentation, Rhetoric, Criminal Dogmatic.*

Il metodo nella Filosofia del Diritto e nella Dogmatica Penale

Sommario: Questo articolo si propone di evidenziare che la dogmatica criminale non ha ricevuto lo stato attuale del dibattito filosofico. Affronterà solo la questione del metodo giuridico e delle conseguenze che, se fossero state recepite, avrebbero avuto per la dogmatica criminale. Si propone il superamento del metodo sillogistico-subordinato, sia rispetto al diritto positivo che ai concetti di teoria del crimine e la conseguente apertura a metodi più aperti di natura aristotelica, quali l'attualità e la retorica. Si dimostrerà inoltre che tale apertura non contraddice il requisito della legalità penale.

Parole chiave: Metodo legale, Argomento giuridico, Argomento giuridico, Retorica, Dogmatica Penale.

1. Introducción

Un somero análisis de las teorías que se han desarrollado en el ámbito del Derecho Penal de los últimos cincuenta años nos arroja que, siendo aquella una rama del Derecho esencialmente ligada a la filosofía antropológica, no ha receptado suficientemente los aportes ni han repercutido

en ella las discusiones que se han dado en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

La evolución de la teoría del delito de los últimos cincuenta años se ha caracterizado por una relativa impermeabilidad hacia los aportes que, sobre todo en torno al método jurídico, se han desarrollado en el ámbito iusfilosófico.

No pretende decirse con esto que el discurso jurídico de los penalistas no tenga una determinada posición filosófica, la que de manera más o menos patente es de imposible ausencia en un discurso medianamente coherente. La posición epistemológica del penalista, su visión sobre el rol del Derecho Penal, el fin de la pena, la concepción antropológica que supone una determinada teoría del delito, etc., son elementos insoslayables, aun cuando solo sean *presupuestos* y no haya una filiación explícita y tematizada. En otros términos, todo discurso, incluso el jurídico penal, tiene un marco de referencia más amplio del que toma los contenidos con los que llenará las categorías con las que desarrolla esa parte del saber.

Ante este panorama, observamos que el desarrollo de la teoría del delito se fue apartando gradualmente de sus fundamentos y discusiones filosóficas primigenias para ir encausándose hacia temas de neto corte político-criminal.

Tal reencauzamiento del discurso de la teoría del delito hacia contenidos más políticos que filosóficos es, con todo, entendible en el contexto histórico en el que se produjo.

En efecto, la Segunda Guerra Mundial dejó muy en claro que el Derecho Penal, si no va calibrando su brújula constantemente, es muy posible que pierda el rumbo y termine siendo un mero discurso justificador de prácticas políticas aberrantes. Aun así, cabe salvar la tarea del jurista distinguiendo *el fin de la obra y el fin del que obra*. En términos escolásticos, podríamos decir que ese *finis operantis*, esa finalidad política con la que se use la herramienta científica, no deslegitima *per se* el desarrollo científico mismo (*finis operis*).

Con todo, puede afirmarse ahora que, sentada la honestidad de la preocupación del penalista para que la teoría del delito no se descarrile a causa del uso político de la misma, reconduciendo constantemente el discurso jurídico penal en términos político criminales, se ha exagerado la tematización del problema del contenido político en desmedro del antropológico, llegando al punto de que las principales teorías del delito en boga –tanto la teoría funcional teleológica como la funcional sistémica– son teorías del delito *normativizadas*, lo que –en el contexto de la Dogmática Penal– no significa otra cosa que *politizadas*.

Por otra parte, esta focalización en el fin político criminal ha determinado que la actual teoría del delito coexiste junto a la idea –contradictoria

con aquella— de que el desarrollo conceptual de una dogmática provista de coherencia interna nos brindará una herramienta que dote de seguridad jurídica y de previsibilidad a las decisiones judiciales. Este fin garantístico de la teoría del delito, ya puesto de relieve por Von Liszt como función propia de la Dogmática Penal frente a la política criminal, permanece como un anhelo de todo cultor de la Dogmática Penal.

Es en este punto en el que, precisamente, puede verse una falta de recepción por parte del Derecho Penal de los avances que la Filosofía del Derecho ha realizado, paradójicamente, en esos mismos cincuenta años, aproximadamente.

2. Estado actual de la discusión iusfilosófica

Los más actuales tratamientos iusfilosóficos en lo referente al método están signados por fuertes intentos de superación del método de la subsumción. En efecto, las obras de Dworkin y Alexy han sido las de mayor predicamento en este punto¹.

Tales posturas podrían ser interpretadas como causa de lo que se ha dado en llamar peyorativamente como activismo judicial o, también, gobierno de los jueces, y que ha despertado no pocas reacciones, la mayoría de ellas desde posturas progresistas y de los partidarios de la democracia deliberativa².

El iuspositivismo normativista³ imperante hasta la mitad del siglo XX, ha perdido gran parte de sus cultores en todo el orbe. A su vez, los promoto-

1 La nómina de autores que han dedicado sus investigaciones a la superación del formalismo jurídico sistematista desde la argumentación jurídica excede ampliamente la de aquellos que aquí podemos referenciar. Para un panorama completo de los aportes realizados en esa dirección, debe verse: Aarnio, A. (2017). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación Jurídica*. Lima. Ed. Palestra; McCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*. Lima. Ed. Palestra. Por el lado de la corriente hermenéutica y compendian-do el desarrollo de la metodología del derecho, ver Larenz, K. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona. Ed. Ariel.

2 Así, Waldron, J. (2018). *Contra el Gobierno de los Jueces*. Buenos Aires. Ed. Siglo XXI. En igual sentido, Gargarella: “[...] a partir de la misma concepción de la democracia que nos lleva a criticar al control judicial tradicional, impugnamos la organización de un sistema político que, en los hechos, parece orientado a socavar la representación popular, expropiando el poder de decisión de la ciudadanía y depositándolo en una élite política a la que la ciudadanía tiene enormes dificultades de acceder”. Gargarella, R. (2011) *La justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Ecuador. Ed. Corte Constitucional, 17.

3 Es necesario realizar aquí una aclaración terminológica: normativismo, en Derecho Penal, significa algo muy distinto de lo que significa en la Filosofía del Derecho. En aquél, el término normativismo designa una posición valorativa del concepto que se analice, mientras

res de aquella visión del Derecho y de su método propio que lo siguen predicando han intentado marcar algunas diferencias con aquél positivismo de fines del siglo XIX y primera mitad del XX, al que ellos mismos denominan *paleopositivismo*⁴.

Como sostiene Bobbio, tales diferenciaciones que el iuspositivismo de nuevo cuño resalta se deben a que “una vez producida en la mayor parte de las constituciones modernas la constitucionalización de los Derechos Naturales, el tradicional conflicto entre Derecho Positivo y Derecho Natural, y entre positivismo jurídico y el iusnaturalismo, ha perdido gran parte de su significado”⁵.

Con todo, lo que ha quedado de aquél positivismo jurídico, una vez realizado el test de constitucionalidad de la norma, es el de su aplicación automática por la vía de la subsunción. Es decir, es un formalismo positivista morigerado por criterios sustanciales derivados del constitucionalismo.

Este no es el lugar para desarrollar *in extenso* esa teoría de la aplicación del Derecho, por lo que me limitaré a decir que tal método de aplicación supone la ausencia de valoración al momento de aplicar la norma al caso. El poder de la lógica formal se impone ante cualquier tarea hermenéutica ligada a criterios axiológicos.

Para el caso del Derecho Penal, ese modo de proceder podría ser presentado como el más adecuado para garantizar el principio de legalidad penal. Sin embargo, tal proceder en el juzgamiento de una acción es, dicho por el mismo Ferrajoli, una “utopía”, quedando siempre un margen de poder por fuera del decisorio como acto puramente racional-deductivo. Claro que tal poder es tolerado por el positivismo siempre que sea usado garantísticamente: “El juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella [...] [pero] el modelo penal garantista, al tener la función de delimitar el poder punitivo del Estado mediante la exclusión de los castigos *extra* o *ultra legem*, no es en absoluto incompatible con la presencia de momentos valorativos cuando éstos, en vez de dirigirse a penalizar al reo más allá de los delitos cometidos, sirven para excluir su responsabilidad [...]”⁶.

Por el mismo lado iuspositivista, sostiene García Amado que la función judicial, aunque implique valoraciones, éstas deben asumirse como tales, esto es, como subjetivas y relativas. Arremete contra el objetivismo ético y

que desde el punto de vista iusfilosófico designa un apego a la norma positiva o una primacía de la ley como fuente del Derecho.

4 Así, Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y Razón*. Madrid. Ed. Trotta, 162 y sig.

5 Bobbio, N. (1989). *Prólogo a Derecho y Razón* de Ferrajoli, L. Madrid. Ed. Trotta.

6 Ferrajoli. *Ob. cit.*, 39.

contra la teoría de la ponderación, iniciada por Alexy y Dworkin y sostenida, en el habla hispana, por autores como Manuel Atienza, Rodolfo Vigo, Juan Cianciardo (en su caso, corregida por la tesis de la armonización), entre otros. El problema se plantea precisamente en cuanto al grado de racionalidad y a la necesidad de argumentar cuando se toma una decisión judicial: “[...] cuanto más pesamos, menos tenemos que argumentar; y donde más hemos de argumentar es porque menos objetivo es el pesaje. Ahí se halla una de las grandes tensiones de la actual teoría de la ponderación aplicada en el campo jurídico: si en verdad principios y valores jurídicos pesaran, poco habría que argumentar; y si mucho hay que argumentar es porque quien dice que pondera en realidad no pesa, sino que valora personalmente con mayor o menor razonabilidad”⁷. Esto supone admitir, aún de parte de los positivistas actuales, aquello ya afirmado por Kelsen acerca de la irracionalidad de la toma de decisión: dentro del margen de contenidos, no hay posibilidad de justificar racionalmente la elección que el juez realiza⁸.

Pero tal afirmación acerca de la cuota de emotivismo e irracionalidad de las decisiones se da de bruces con la pretensión inicial del positivismo: “El normativista reclama para sí la justicia impersonal y objetiva frente al personalismo arbitrario de los decisionistas [...] las frecuentemente repetidas antítesis entre *ratio* y *voluntas*, *veritas* y *auctoritas* apoyan la pretensión normativista de un gobierno de la ley contrapuesto a un gobierno personal [...] Si el pensamiento normativista quiere permanecer fiel a sí mismo, ha de referirse una y otra vez solo a normas y validez de las normas”⁹.

La *vexata quaestio* acerca de la posibilidad de que el juez resuelva conforme a criterios extra o metalegales ha quedado, en el plano de la doctrina iusfilosófica mayoritaria, zanjada. Sin que lo siguiente implique una adhesión de mi parte, es innegable que este nuevo estado de cosas, que en términos muy amplios y un tanto imprecisos podríamos llamar *neoconstitucionalismo*, ha tomado carta de ciudadanía en el pensamiento de la Teoría general del Derecho. Tanto iuspositivistas como iusnaturalistas o anti-iuspositivistas admiten que el juez no solo puede, sino que incluso –para algunos de ellos– debe apartarse del criterio legal cuando éste sea derrotado por un principio.

Con todo, el problema de la inseguridad jurídica sigue siendo la nota común. Si por seguridad jurídica se entiende la estabilidad de las decisiones judiciales que se deriva de la unicidad del método y la adhesión a un texto

7 García Amado, J. A. (2016), “Qué es ponderar. Sobre implicaciones y riesgos en la ponderación”, en Revista Iberoamericana de Argumentación, N° 13, 1-22.

8 Kelsen, H. (1979). Teoría Pura del Derecho. México. Ed. UNAM, 34 y sig.

9 Schmitt, C. (1996). Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica. Madrid. Ed. Tecnos, 12 y sig.

legal, tal seguridad jurídica no existió nunca: “[...] la seguridad, la certeza, la fijeza, la cientificidad rigurosa, la previsibilidad de funcionamiento y todas las demás cualidades y excelencias ‘positivas’ no eran en realidad excelencias propias de la ‘norma’ legal y del precepto humano, sino solo de la situación normal, relativamente estable en el siglo XIX, de un Estado que tenía su centro de gravedad en la legislación, es decir, de un sistema de legalidad de un Estado legislativo. Se podría ser ‘positivo’ también así, no por la norma, sino solo en la medida en que existiera un Estado construido de un modo particularmente estable, seguro y firme”¹⁰. A esas palabras, me animo a añadir que la fijeza y seguridad también sería posible, o solo sería posible (¿?), en una comunidad en la que los jueces compartieran los criterios de interpretación de la norma, sea esta meramente legal o constitucional.

Porque, en definitiva, como se demostrará en este artículo, ni la legalidad ni la Dogmática Penal brindan la mentada seguridad jurídica y firmeza en las conclusiones.

En síntesis, de lo dicho extraemos las siguientes consecuencias, a saber: primero, que el iuspositivismo legalista está en franco retroceso. Segundo, que tal iuspositivismo nunca logró cumplir acabadamente su promesa de traer seguridad jurídica a la solución de los casos. Tercero, que tanto el iuspositivismo como el iusnaturalismo están siendo reemplazados en la actualidad por un planteo denominado neoconstitucionalismo, dando por sentado que el juez hace algo más que subsumir el caso en la norma, pero quedando pendiente cuáles serán las cuotas tolerables de subjetividad y objetividad del discurso justificador de la toma de decisión (ponderación y argumentación).

Veamos qué hay de ello en el tratamiento actual del método para el Derecho Penal.

3. Estado actual del problema metodológico en Derecho Penal

Las preocupaciones de base en el método del Derecho Penal y su conexión con la filosofía jurídica han cambiado rotundamente desde los comienzos del siglo XX a la actualidad.

En efecto, en lo que podríamos denominar la “etapa embrionaria” de la Dogmática Penal, los temas de discusión se centraban fundamentalmente en la ubicación sistemática de los elementos que configuraban las categorías del delito (ubicación del dolo y la culpa, concepto causal y final de la

¹⁰ Ídem, 36.

acción y sus consecuencias para la teoría del delito –sobre todo para la autoría, tentativa y el concurso de delitos–, ubicación intrasistemática de los elementos subjetivos del delito distintos del dolo, ubicación de las distintas eximentes de responsabilidad –estado de necesidad justificante y disculpante–, las distintas opciones en torno a la causalidad, etc.).

Con Welzel se trajo un nuevo tema de discusión de neto corte filosófico. La supuesta incapacidad del legislador y del intérprete de crear los conceptos jurídico-penales, proponiendo una ligazón a datos pre-jurídicos u ontológicos. Refiriendo a lo estrictamente epistemológico, “si los neokantianos elevaron a máxima fundamental el principio según el cual el método, y no el objeto, determina el conocimiento, Welzel invierte el planteamiento: el objeto determina el método”¹¹. Con todo, por más realismo u ontologicismo que se atribuya a la metodología finalista, entendemos que la afirmación de Mir Puig¹² sobre la influencia kantiana en el pensamiento welzeniano tiene sólidos fundamentos. En efecto, si bien la teoría final de la acción es aristotélica, no lo es tanto el modo de proceder con que Welzel encara el resto de la elaboración dogmática: “[...] la dogmática tradicional, singularmente la finalista, se había caracterizado por obtener las diversas teorías en virtud de operaciones lógico-abstractas y prescindiendo en general de sus repercusiones sobre la realidad de la aplicación del Derecho Penal”¹³. Tal método de derivación silogística de las conclusiones de la dogmática, desentendiéndose de si tales conclusiones son satisfactorias desde lo valorativo o en términos de justicia, no puede ser más alejado del método que Aristóteles propone para las disciplinas prácticas, siendo aquél proceder más propio del pensamiento racionalista de raíz cartesiana y kantiana (*more geométrico constructo* a partir de axiomas).

En la actualidad, la mayoría de esas cuestiones están fuera del foco de los científicos del Derecho Penal. No son temas zanjados, como dijimos, sino que se admite, desde ahí, que el entendimiento que de ellos tengamos depende, en gran parte, de una prejudicial filosófica: normativismo y ontologicismo.

El hecho es que las conclusiones de Welzel se terminaron imponiendo, aunque solo sea en cuanto a la configuración definitiva de las categorías del delito (ubicación de un dolo avalorado y la culpa a nivel del tipo, teoría estricta de la culpabilidad, injusto personal).

11 Mir Puig, S. (2003). Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF, 229.

12 Ídem.

13 Silva Sánchez, J. M. (2010). Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF, 109.

Pero desde que aparecieran los planteos funcionalistas, la Filosofía del Derecho Penal ha tomado un nuevo rumbo. Si algo caracteriza a la Dogmática Penal posfinalista es su apartamiento del dato ontológico y su suplantación por criterios político-criminales.

Esos criterios político-criminales, ligados a la teoría de la pena, dan lugar a una nueva Filosofía del Derecho Penal. El ontologismo de Welzel se apartó de la escena para ser suplido por Kant, Luhmann y Hegel.

De manera muy esquemática, pretendo destacar algunas consecuencias de este cambio: en primer lugar, el objetivismo científico finalista¹⁴, ligado precisamente a estructuras lógico-objetivas, ha perdido adeptos, quedándonos con una Dogmática Penal de neto corte constructivista (entiendo que este calificativo es aplicable a todo tipo de funcionalismo). Los conceptos jurídico penales son contruidos a partir de fines, no de datos empíricos.

En segundo lugar, la elaboración científica del Derecho Penal se ha recluido en su propio recinto, elaborando una teoría ya no solo de espaldas a la realidad óntica, sino incluso al dato legislado: “[...] la propia evolución de la dogmática a lo largo del siglo XX ha ido poniendo de manifiesto que las cosas no son tan claras como aquél esquema [positivista-legalista] pretendía. Al contrario, se ha ido mostrando que la labor dogmática requiere decisiones y tomas de posición del jurista que no tienen cabida en el simplismo de la concepción positivista clásica. Ello ha generado un nuevo estado de opinión. Así, puede señalarse que, en la actualidad, la tesis según la cual el objeto de la dogmática está representado de modo esencial por el Derecho Positivo, se encuentra en trance de decidida superación”¹⁵. Como ejemplo histórico de esta independencia que la construcción dogmática ha tenido respecto de los códigos penales, es hartamente demostrativo lo dicho por Bacigalupo: “Una clara demostración de este fenómeno se encuentra en la propia historia dogmática alemana: el sistema dogmático de V. Liszt, Beling, Mezger y Welzel, con sus diferencias, ha sobrevivido al reemplazo del Código de 1871 por la nueva redacción entrada en vigor el 1º de enero de 1975. Con otras palabras: el mismo código ha sido entendido durante su vigencia con más de un sistema dogmático y el sistema dogmático ha permanecido cuando el código perdió su vigencia y fue reemplazado por otro”¹⁶.

14 Bien podría usarse la expresión “empirismo”, con la que Villey califica al pensamiento aristotélico. Otra interpretación sobre la filiación filosófica de Welzel la sostiene Mir Puig, expresando que “cuando Welzel rechaza la fenomenología es para acudir a una apoyatura esencialmente racionalista, como es, por antonomasia, la filosofía kantiana”. Ob. cit., 237.

15 Silva Sánchez, Aproximación... Ob. cit., 163.

16 Bacigalupo Zapater, E. (2019). “La recepción de la Dogmática Penal alemana en España y Latinoamérica”, en *InDret Penal*, N° 2/2019, recuperado 31 julio, 2021 en <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1458.pdf>.

Una tercera observación sobre el estado actual es que las corrientes críticas del Derecho Penal no parecen haber repercutido de manera importante en la teoría del delito. Por mucho que en la década del setenta (en el resto del mundo) y en la del noventa (en Argentina y Latinoamérica) hubo fuertes pretensiones de influir en el estudio del delito por parte de la criminología crítica de inspiración marxista, ella pudo influir parcialmente y solo en el problema de la política criminal, sin que sus conclusiones hayan afectado al concepto de delito.

Es llamativo, al respecto, que el principal expositor argentino de la Criminología Crítica, Zaffaroni, se mantuvo fiel a una dogmática finalista no-abolicionista. La teoría del delito de Zaffaroni no presenta prácticamente ninguna influencia crítica, a excepción de su concepción de culpabilidad como vulnerabilidad. Como botón de muestra de su dogmática no abolicionista basta ver su propuesta acerca de la posibilidad de admitir una autoría por determinación para los delitos de propia mano¹⁷.

En resumen, si bien no puede decirse que haya una crisis de la Dogmática Penal como tal, nos hallamos en la necesidad de responder a nuevos planteos previos en torno a la misma.

Tales planteos son: 1. el referente al método con el que se debe abordar la teoría del delito (objeto principal de este trabajo); 2. la cuestión aún abierta sobre el rol que le cabe a la dogmática frente la política criminal (esto es, si la dogmática es instrumental a la política criminal, o bien es la barrera de las pretensiones político-criminales)¹⁸; 3. el problema de qué se entiende por política criminal en el caso de que se admita una dogmática funcionalista, cuáles serían sus contenidos y, lo que es más importante aún, de dónde se extraen los criterios de imputación que deben sistematizarse mediante la dogmática.

Sobre la influencia de los avances de la iusfilosofía en el Derecho Penal, debe admitirse que aquella ha sido muy escasa. La doctrina iuspenalista ha desarrollado su disciplina de manera paralela al filósofo del Derecho. Tal afirmación debe, con todo, ser precisada un poco más.

17 Zaffaroni, E. (2006). Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires. Ediar, 618.

18 Cfr. Silva Sánchez, J. M. (2007). ¿Crisis del sistema dogmático del delito? Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia; alertando acerca de la poca gravitación que en definitiva tiene la dogmática como ciencia en las costumbres judiciales: los jueces necesitan fallar conforme a la legislación y no tanto conforme a las conclusiones de la Ciencia Penal. Tal afirmación, que quizás sea verdadera en otro contexto judicial, no es lo que ocurre en el caso argentino. Si hay algo evidente en las sentencias argentinas es su apego a la letra de un código penal hijo de su tiempo, esto es, del positivismo peligrosista que no se ha modificado en lo que hace a las categorías del delito.

En efecto, no puede decirse que no hubo avances filosóficos y metodológicos en la teoría del delito. De hecho, los hubo y fueron muy importantes. Lo que sí puede corroborarse es que la filosofía que influenció en los cambios de la Ciencia Penal no fue la filosofía jurídica sino, sobre todo, la filosofía política. La discusión de los últimos treinta años entre penalistas ha sido, principalmente, una de tipo filosófico-política y no filosófico jurídica.

La influencia de la filosofía política en la Ciencia Penal se ve, sobre todo, en los postulados del funcionalismo sistémico de Jakobs. Su visión, influenciada primero por Luhmann y más tarde (o al menos más expresamente) por Hegel, lo llevó a reformular los fines del Derecho Penal como un mecanismo de reforzamiento del sistema o constitución social. Tales fines fueron determinantes para una nueva dogmática que, si bien en lo estructural mantuvo las categorías del delito, llenó sus contenidos con ideas instrumentales y no principialistas¹⁹. El intervencionismo penal que se critica de la teoría del profesor de Bonn no se debe a su elaboración dogmática sino a la concepción filosófico-política que subyace.

Por su parte, Roxin ha dejado abierta la posibilidad de replantearse el método para el Derecho Penal aunque, según entiendo, no lo ha llevado hasta las consecuencias que tal replanteo parecía prometer y que es, en gran parte, la línea por la que se trabaja en este artículo. Puntualmente, me refiero a la adopción de un método *tópico* para el Derecho Penal, presentado expresamente en su *Derecho Penal. Parte General*²⁰ pero sin dejar de recalcar en la necesidad de un modo de pensar sistemático para el Derecho Penal. Al respecto, ha dicho Silva Sánchez que “en sus orígenes, la preocupación de Roxin es ‘práctica’ y se halla muy relacionada con la crítica al sistema desde las perspectivas de la tónica. Su propuesta es, pues, un intento de salvar el sistema, haciéndolo, a la vez, apto para la resolución de problemas. La solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tónico, por otro, se llama ‘sistema abierto’ de orientación teleológica”²¹.

19 Aquí radican fundamentalmente las diferencias entre el funcionalismo sistémico de Jakobs y el teleológico de Roxin: el carácter principialista de la teoría de éste y el puramente instrumental de la de aquél. En palabras del propio Roxin, “dado que [Jakobs] solo limita esa tarea [del Derecho Penal] a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivas generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal que son centrales en mi concepción: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado no se contemplan en su punto de partida teórico-sistémico. Pero también el método seguido por Jakobs se distancia claramente del mío por la renuncia a la consideración de las circunstancias empíricas”. Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch, 51.

20 Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 2ª edición. Madrid. Ed. Civitas, 215 y sig.

21 Silva Sánchez. *Aproximación...* Ob. cit., 110.

Este aporte de Roxin ha sido una de las pocas confesiones que se han realizado por parte de los penalistas acerca de las desventajas de un método sistemático para la teoría del delito, confesión que implica, como puede verse, admitir la precedencia del planteo filosófico jurídico frente al exclusivamente iuspenalista.

4. Exigencias metodológicas para el Derecho Penal a la luz de los actuales avances iusfilosóficos

De lo dicho en la primera parte de este trabajo, referido a la actual discusión iusfilosófica, cabe poner de resalto que el objeto del Derecho Penal tiene aristas propias derivadas de su propio objeto (¿naturaleza de la cosa?) que habilita a realizar algunas precisiones.

Si bien es cierto que las teorías de la argumentación en general y la de la ponderación en particular se vienen imponiendo en el pensamiento hispanoparlante, no es menos cierto que tales propuestas se dan, sobre todo, en el plano de la interpretación de los denominados modernamente Derechos fundamentales²². Los ejemplos con los que se ha debatido acerca de la ponderación incluyeron muy pocos problemas penales propiamente dichos, de modo tal que difícilmente pueda demostrarse la viabilidad de su método para esta rama del Derecho. Así, a excepción de la discusión que se dio entre Atienza y García Amado sobre el delito de prevaricato del juez Baltasar Garzón en el caso *Gürtel*²³, siempre que se ha tematizado sobre el método de la ponderación *versus* el de la subsunción, se han trabajado conflictos entre libertad de prensa y derecho al honor, entre autodeterminación y derecho a la vida, etc.

Aquí debemos afirmar sin ambages que el método solo puede derivarse del objeto. A objetos distintos, métodos distintos. Ese punto de partida, dada la naturaleza del objeto del Derecho Penal, reclama un método que elimine, en la mayor medida posible, la subjetividad y la relatividad en la toma de decisión.

Como puede verse, el modo como procede la teoría de la ponderación no satisface tal requerimiento.

Como contribución me parece imperioso realizar una distinción que, aunque parezca solo semántica, creo que va al fondo del asunto del método.

22 Sobre la ponderación en los Derechos fundamentales ver Alexy, R. (2012). La construcción de los Derechos fundamentales. Buenos Aires. Ed. Ad Hoc.

23 Ver Atienza, M. y García Amado, J. A. (2016). Un debate sobre la ponderación. Lima-Bogotá. Ed. Palestra.

En tal sentido, debe distinguirse entre subjetivismo, relativismo y problematicidad.

El subjetivismo supone que solo el pensamiento del sujeto que decide es formador, constitutivo, de la decisión. El subjetivismo, sea que se lo funde en Descartes, Kant o Hegel, supone que no hay más realidad que la existente en la mente del sujeto que decide.

El relativismo, que en el fondo supone una especie de subjetivismo (aunque no son lo mismo), implica la negación de una verdad objetiva. Esta es la vía por la que se llega al constructivismo o al consensualismo. A esta opción responden los planteos de Dworkin y Alexy. Ello por mucho que Dworkin insista en la tesis de la única respuesta correcta, pues nunca logró demostrar cómo el *juez hércules* puede llegar a ella y mucho más cuando el mismo Dworkin nos presenta una moralidad (que da contenido a los principios jurídicos) totalmente relativista²⁴. En Alexy se encuentra una confesión de constructivismo procedimental o formalista –aunque no de consensualismo–, por lo que huelga dar más razones de lo que aquí se afirma: “[...] son relativamente correctas todas las concepciones que son defendidas tras la efectiva realización de un discurso, es decir, todas aquellas que son resultado de discursos reales. El resultado de un discurso real puede ser un consenso o un disenso. Incluso en el caso de un disenso es posible calificar las concepciones divergentes como relativamente correctas. Su corrección es relativa a la respectiva medida de cumplimiento de las reglas del discurso, al respectivo momento de tiempo y a los respectivos participantes”²⁵.

Respecto del carácter problemático del conocimiento práctico, será desarrollado con detenimiento a continuación.

5. El carácter aporético o problemático de toda dogmática

La problematicidad²⁶, por su parte, se aparta del subjetivismo en el sentido de que nunca se pretende que el sujeto constituya ni construya la

24 De hecho, Dworkin se ha pronunciado expresamente en favor de la eutanasia y el aborto.

25 Alexy. Ob. cit., 74.

26 Partamos de la definición de problema (aporía) que nos da Viehweg: “[...] puede llamarse problema –esta definición basta– a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual torna el cariz de la cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución”. Viehweg, Th. (2016). *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid. Ed. Civitas, 53.

realidad. Asimismo, se distancia del consensualismo y del constructivismo en la medida en que los problemas o *aporías* pueden ser resueltos de modo racional gracias a ciertos elementos de lógica formal.

Doy por sentado aquí que las *aporías* nos ponen frente a la necesidad de salir en búsqueda de soluciones que no vienen dadas por el sistema –sea porque el sistema no las contempla o porque su solución no es satisfactoria. Por ello, frente a toda *aporía* es necesaria una tarea valorativa-argumentativa. Ese es el campo de lo *dialéctico*, dentro del cual se encuentra la *tópica*. En contra de lo que podría pensarse, tal tarea de valorar y argumentar, al estar guiada por la lógica formal, nos previene del subjetivismo y relativismo.

Por su parte, cuando nos encontramos con elementos estructurales reales, sean estos antropológicos o empíricos, la valoración se hace a un lado, no hay *aporía*, y el uso de la lógica formal se impone. Lo mismo dígame de aquellos elementos que, aunque sean legales, no suponen la necesidad de una interpretación o valoración especial (por ejemplo, cuando la ley define qué debe entenderse por *funcionario público*, *veneno* o *estupefacientes*, etc.). Este segundo grupo de objetos conforman el campo de lo *apodíctico*²⁷.

El Derecho Penal supone, hay que admitirlo, algunas estructuras ónticas²⁸. Sería necesario un extenso trabajo para deslindar qué cosas en la teoría del delito son verdaderas *aporías* y qué cosas no presentan problematicidad alguna. Siguiendo a Aarnio, podríamos decir que aún las tareas más “mecánicas” o, usando terminología de Makkonen, “decisiones isomórficas”, se nos presentan como faenas cuyo resultado es solo plausible: “Los partidarios de un movimiento ecológico se atan ellos mismos con esposas a unas excavadoras a fin de impedir que sean utilizadas en el drenaje de un lago [...] algunos lo calificarán de motín [...] otros de resistencia violenta en contra de un agente oficial en cumplimiento de sus deberes, [...] un tercer observador podrá decir que es un caso de obstrucción a los deberes de un

27 Sobre la distinción aristotélica entre lo *apodíctico* y lo *dialéctico*, ver Viehweg (2016). Cap. II.

28 Creo que es posible asumir que hay estructuras lógico-reales sin que ello implique asumir in totum las consecuencias sistemáticas del finalismo. Este trabajo, con la propuesta de un método *aporético*-valorativo, es una muestra de ello. Lo que sí cabe es realizar una debida distinción acerca de qué cosas son entes objetivos y qué cosas son entes que se “construyen” desde lo valorativo. Del mismo modo, sostiene Silva Sánchez, citando a Schünemann: “Los conceptos deben ser ‘conformes con la realidad’ (*wirklichkeitskonform*). Sin embargo, ello permite un cierto ‘espacio de juego’; así, mientras que sería posible someter a las sillas a las mismas reglas jurídicas que las mesas, y declararlas ‘mesas en sentido jurídico’, no cabe en modo alguno someter a las sillas a las reglas sobre la capacidad negocial de los hombres, dado que a la silla le falta la capacidad óntica necesaria para ello, es decir, para realizar acciones voluntarias”. Silva Sánchez. Aproximación... Ob. cit., 106.

agente oficial. [...] Una interpretación más liberal podría sostener que los manifestantes realizaban un ‘daño malicioso’. Los propios manifestantes interpretan su comportamiento o bien como autodefensa o bien como una acción en estado de necesidad [...] la tipificación misma del hecho es ya un problema”²⁹.

El hecho central que se pretende destacar en estos párrafos, sin pecar de cinismo, es que se debe admitir que las respuestas que se dan a los casos, muchos de ellos de laboratorio, se construyen a partir de un modo de pensar no *sistemático* sino *tópico*: “Si se prescinde del frustrado ensayo de Leibniz de conservar la estructura tópica, sometiénola a control, se hace preciso, con el fin de obtener la cientifización pretendida, sustituir la tópica por el sistema. Es significativo, sin embargo, que esto solo pueda hacerse conservando los resultados ya obtenidos. Se utiliza el trabajo previo, que la tópica ha realizado, poniendo en un orden lógico los conceptos y las proposiciones elaborados por ella y asegurando de esta manera un método deductivo”³⁰. En rigor de verdad, entiendo que la dogmática siempre operó de modo aporético. La dogmática anterior a la aparición de las tesis funcionalistas, por mucho que pretendía abordar la teoría del delito de un modo lógico-sistemático, también ha procedido de modo aporético.

El modo de pensar sistemático-deductivo puede entenderse en dos sentidos: como un modo de pensar que, por vía simplemente subsuntivo-deductiva, pretende extraer las soluciones a partir de axiomas dados por la propia teoría del delito, lo que podríamos llamar *sistematicismo conceptual*; o bien, puede entenderse como la solución que surge de la mera subsunción del caso en la norma, que llamaríamos *sistematicismo legalista*. Ninguno de los modos sistemáticos señalados puede explicar acabadamente cómo procede el científico y, mucho menos aún, el operador del Derecho Penal.

En lo referente a la tópica, sostiene Viehweg, con referencia al pensamiento de Vico, que para el italiano: “El método antiguo (tópica) tiene, en cambio, el siguiente aspecto: el punto de partida lo forma el *sensus communis* (sentido común, *common sense*), que manipula con lo verosímil (*verisimilia*), intercambia puntos de vista de acuerdo con los cánones de la tópica retórica y trabaja principalmente con un tejido de silogismos”³¹. En otros términos, el modelo tópico deviene el abordaje que, aunque problemático, se mantiene en los cauces de la razonabilidad a partir del uso de la lógica formal.

29 Aarnio. Ob. cit., 26.

30 Viehweg. Ob. cit., 135.

31 Viehweg. Ob. cit., 28.

Pues bien, tomaré un par de ejemplos en los que se demostrará que, cuando la doctrina se ha encontrado con que las soluciones provenientes del sistema (bien sea el conceptual de la teoría del delito, o bien el de la legislación) no han sido racionalmente satisfactorias, se ha recurrido a un *modo de pensar aporético*, tópico, para dar al caso la respuesta que se considera *razonable*, aun cuando esto implique traicionar a alguno de aquellos *sistemas*.

6. Algunos ejemplos sobre el carácter aporético de la Dogmática Penal

Uno de los mejores lugares para demostrar el carácter aporético de la construcción de la teoría del delito es el de la ubicación de las categorías del delito y el tratamiento de sus problemas.

Intentaré demostrar con algunos ejemplos cómo las soluciones y argumentos son muchas veces traducibles (esto es, que más allá de la ubicación sistemática, las respuestas de diversos sistemas conceptuales o legales llegan a la misma conclusión). Con ello se pondrá de resalto que lo fundamental en la elaboración de la Ciencia Penal y en la resolución de los casos no es la *derivabilidad* de las soluciones a partir de *corsets* conceptuales o legales, sino la fuerza del argumento que sostiene aquellas soluciones y que es perfectamente posible que una misma respuesta pueda ser fundada con argumentos distintos, así como que hay argumentos racionales para más de una respuesta.

Tal como indica Mahiques, “es posible la coexistencia de diversos sistemas conceptuales, tales como lenguajes que connoten un mismo objeto y que permitan ser traducidos el uno en el otro sin generar deformaciones”³².

Dejo sentado de antemano que los ejemplos solo se ponen al efecto de mostrar la tesis de este trabajo, esto es, el carácter problemático del saber jurídico penal y que ya no solo un caso concreto puede tener más de una respuesta razonable, sino que hasta la elaboración científica misma tiene dicha característica.

Tomemos como ejemplo la categoría de la culpabilidad. Partiendo de la base de que la culpabilidad es un juicio de reproche que supone la capacidad de culpabilidad, su ubicación como furgón de cola del análisis del delito se justificaría, en líneas generales y según la opinión abrumadoramente mayoritaria, del siguiente modo: solo cabe preguntarse sobre el reproche de culpabilidad acerca de acciones que ya sabemos que son típicas y que no

32 Mahiques, C. (2008), La Ciencia del Derecho Penal como problema abierto. Buenos Aires. Educa, 25.

tienen permiso del ordenamiento jurídico para, recién ahí, preguntarnos sobre la capacidad del sujeto para motivarse en la norma. Toda culpabilidad supondría como *prius* lógico, que el sujeto haya realizado injusto penal.

Pero también es perfectamente razonable e igualmente lógico ponerla en primer término y razonar del siguiente modo: solo son relevantes penalmente aquellas acciones realizadas por sujetos capaces de culpabilidad, por lo que analíticamente es un sinsentido abordar el estudio acerca de la tipicidad o antijuricidad de un hecho realizado por un sujeto carente de capacidades de motivación normativa. Luego, la culpabilidad –al menos en cuanto a la imputabilidad– debe ser analizada previamente a cualquier otra categoría de la teoría del delito. Sería un verdadero dislate debatir sobre la presencia, por ejemplo, de un estado de necesidad justificante respecto de la acción de un sujeto que ya de antemano sabemos que es inimputable.

Un ejemplo similar lo encontramos en la obra de Creus: “[...] el despliegue de las ideas sobre la teoría del delito tiene que comenzar por el tema de la antijuricidad [...] Este punto de partida se impone porque el cometido del Derecho Penal se construye a penalizar conductas que ya son antijurídicas, vale decir, conductas que expresa o implícitamente ya están prohibidas por el ordenamiento jurídico general; el tipo siempre se limita a seleccionar (para punir) algunas de esas conductas, no puede seleccionar una conducta cualquiera que se torne antijurídica porque el tipo penal la describe [...] la antijuricidad, consecuentemente lo antijurídico y, por ende, lo que no lo es por estar (pese al tipo) autorizado (o justificado) es un dato prepenal, que merecería un tratamiento previo al propio de la teoría jurídica del delito”³³.

Esta posición, evidentemente, parte de la idea comúnmente aceptada de que no existe una antijuricidad penal propiamente dicha y no es otra cosa que una aplicación coherente y lógica del principio de fragmentariedad. Vale decir, desde el punto de vista estrictamente lógico-formal, que la antijuricidad es un presupuesto de la tipicidad, por aplicación, a contrario sensu, del argumento *a maiori ad minus*, en este caso, *lo más supone lo menos*: “[...] la ilicitud penal, por ser más gravosa (tipicidad), supone de antemano una ilicitud menos gravosa (antijuricidad)”. Solo se podrían tipificar (ilicitud penal) las conductas que ya presentan una ilicitud menor (contrariedad al ordenamiento general).

La teoría de la imputación objetiva es otro lugar desde el que podemos mostrar el carácter aporético del saber jurídico penal. Tal como se ha señalado, la idea de una imputación objetiva del resultado no ha sido una

33 Creus, C. (2003). Introducción a la nueva Doctrina Penal. Buenos Aires-Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni, 56-57.

innovación funcionalista³⁴. Toda teoría del delito tiene elementos que sirven para trabajar el aspecto objetivo de la imputación a los efectos de limitar la causalidad.

Ya el causalismo tenía sus propios criterios limitadores de la causalidad. De hecho, la teoría originalmente fue creada en los años treinta por Honig.

Pero más allá de ello, hay argumentos por los que se llega a la misma conclusión que a través de la teoría de la imputación objetiva: así, la teoría de la adecuación social en Welzel tiene la misma función (aunque no igual alcance) que la teoría de la imputación objetiva, en tanto pretenden ambas ser limitadoras de la causalidad.

Del mismo modo, el ejemplo del sobrino que envía a su tío rico a un viaje con un “dolo” homicida en la esperanza de que éste muera en un accidente, puede resolverse sin necesidad de la teoría de la imputación objetiva, aplicando un tópico diferente³⁵. Mientras la teoría de la imputación objetiva lo resuelve aplicando la idea del riesgo jurídicamente permitido, podría llegarse a la misma conclusión partiendo de la exigencia antropológica de que todo dolo supone la posibilidad de dominio del curso causal y que desear o esperar no es lo mismo que querer. La idea de dominabilidad del curso causal, esto es, la posibilidad de preordenación de los medios encaminados a la consecución del resultado, permite solucionar casos análogos a los que proponen los partidarios de la teoría de la imputación objetiva.

En otro orden de ideas, la teoría de la imputación objetiva, si tomamos como una de sus aplicaciones la idea de *rol*, tampoco aporta nada que no pueda ser resuelto desde otros argumentos, por ejemplo, sosteniendo que quien actúa siguiendo un rol estereotipado no realiza un injusto por aplicación de la causa genérica de justificación que impide considerar delictiva a las acciones que se realicen “en legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo”. Aquí vemos cómo la teoría de la imputación objetiva no es otra cosa que una causa de justificación, pero analizada al nivel del tipo objetivo.

A similares resultados se llega también a través de la teoría de los elementos negativos del tipo o de la tipicidad conglobante, propuesta por Zaffaroni³⁶.

34 La preexistencia de criterios limitadores de la causalidad anteriores a la aparición de la Teoría de la Imputación Objetiva es reconocida por el propio Jakobs: “Mucho antes de que se desarrollara esta doctrina estaba claro que no toda causación evitable (o bien originada en un acto voluntario o final) de un resultado potencialmente típico constituía al mismo tiempo una conducta típica (ya se ha hablado de la adecuación social en Welzel)”. Jakobs, G. (2008). *El Derecho Penal como disciplina científica*. Pamplona. Ed. Civitas, 85.

35 Sobre las posibles respuestas al caso del “tío rico” ver Hirsch, H. (1998). *Derecho Penal. Obras completas*. T. I. Buenos Aires-Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni, 37.

36 Zaffaroni. *Ob. cit.*, 369.

Por lo demás, es reconocido por los propios partidarios de la teoría de la imputación objetiva que los criterios que sirven de base para la solución de casos mediante su implementación son precisamente de carácter problemáticos. En tal sentido, todo funcionalista afirma que, por ejemplo, el instituto del *riesgo jurídicamente desaprobado dentro de los fines de protección de la norma* supone, ya desde el comienzo, un dato nada apodíctico, como lo es el determinar cuál es ese fin y alcance de protección de la norma para determinar si el riesgo es o no permitido. Vale decir, la propia teoría de la imputación objetiva supone, para su aplicación, elementos no sistemáticos ni lógico-deductivos.

7. Posible aplicación de la tópica al Derecho Penal

En estos párrafos haré una serie de distinciones y clasificaciones para lograr una mejor tarea analítica e intentaré exponer de manera clara y esquemática los puntos de partida para un abordaje aporético de la Ciencia Penal.

En primer término, debe delimitarse el campo de lo apodíctico y lo dialéctico. Sobre aquellas cuestiones apodícticas el abordaje no es tópico propiamente dicho, ya que no son materia sobre la que quepa el disenso o puntos de vistas distintos. Por el contrario, el campo de lo dialéctico es precisamente, como vimos, aquél en el que entra a jugar la tópica.

Así las cosas, cabe distinguir lo que es real y constatable empíricamente (ámbito de lo apodíctico) de aquello que supone un cierto punto de vista valorativo u opinable (dialéctico y aporético).

Las realidades constatables tienen que ver con *elementos descriptivos del ilícito*, algunos de ellos *empíricos* y otros puramente *lógicos*³⁷. Estos elementos descriptivos o reales pueden ser *objetivos* o *subjetivos*. Estos tipos de elementos reales no presentan problematicidad en sí mismos. La tarea del operador jurídico será solo la constatación (sobre la que luego volveremos) de su existencia. Así, son elementos reales y objetivos los conceptos como la causalidad, la existencia de una agresión ilegítima para el caso de la legítima defensa, el peligro inminente para el estado de necesidad disculpante, etc. Por su parte, son *elementos reales subjetivos* aquellos como el dolo, la capacidad de culpabilidad, la comprensión de la criminalidad, los elementos

³⁷ Nos referimos a la constatación que se puede realizar por vía silogística y que presenta, siempre que se parta de premisas apodícticas, conclusiones necesariamente apodícticas y sobre las cuales no es posible proceder dialécticamente.

subjetivos distintos del dolo –la malicia, el ánimo de lucro, el aprovechamiento–, entre otros.

Así, una de las principales de esas estructuras reales es el fenómeno de culpabilidad en el sentido lato u antropológico, esto es, la relación de dominio o señorío que el sujeto posee con su acto. Tal relación del agente con su acto es, evidentemente, inescrutable, pero real, objetiva. El dolo, asimismo, no puede ser otra cosa que una estructura real porque es una realidad antropológica. Se equivoca la doctrina cuando sostiene que la culpabilidad es un juicio de reproche que, como tal, es exterior al sujeto. La culpabilidad es siempre una relación del sujeto con su acto, de modo tal que, acreditada positivamente tal relación, deviene el posterior juicio de reproche. Pero en todo caso, la culpabilidad es algo distinto del juicio de reproche, pues éste supone aquella.

Afirmar la existencia de elementos objetivo-reales, sean empíricos o lógicos, nos lleva a la necesidad de dar respuesta a la eventual acusación de incurrir en la denominada “falacia de Hume”. Sobre ello me remito a mi trabajo en el que se responde a la cuestión afirmando que es perfectamente posible fundamentar proposiciones normativas (del deber ser) en consideraciones antropológicas (del ser) sin caer en falacia alguna³⁸.

Por otro lado, debo aclarar que ese dato objetivo no debe entenderse con lo hacía Rickert y la escuela neokantiana sudoccidental alemana. Para el citado autor, por aplicación de la gnoseología kantiana, la realidad captada poseía no solo una dimensión empírica sino una dimensión de sentido; pero tal dimensión de sentido sería un dato *a priori*. Nosotros, en cambio, afirmamos que el ente ya se encuentra completo en la realidad empírica. Mientras para el neokantismo la realidad se constituye con el aporte de las categorías *a priori* y el dato empírico *a posteriori*, parto de la base de que el sujeto cognoscente descubre tanto la materia como la forma *a posteriori*, en la cosa misma.

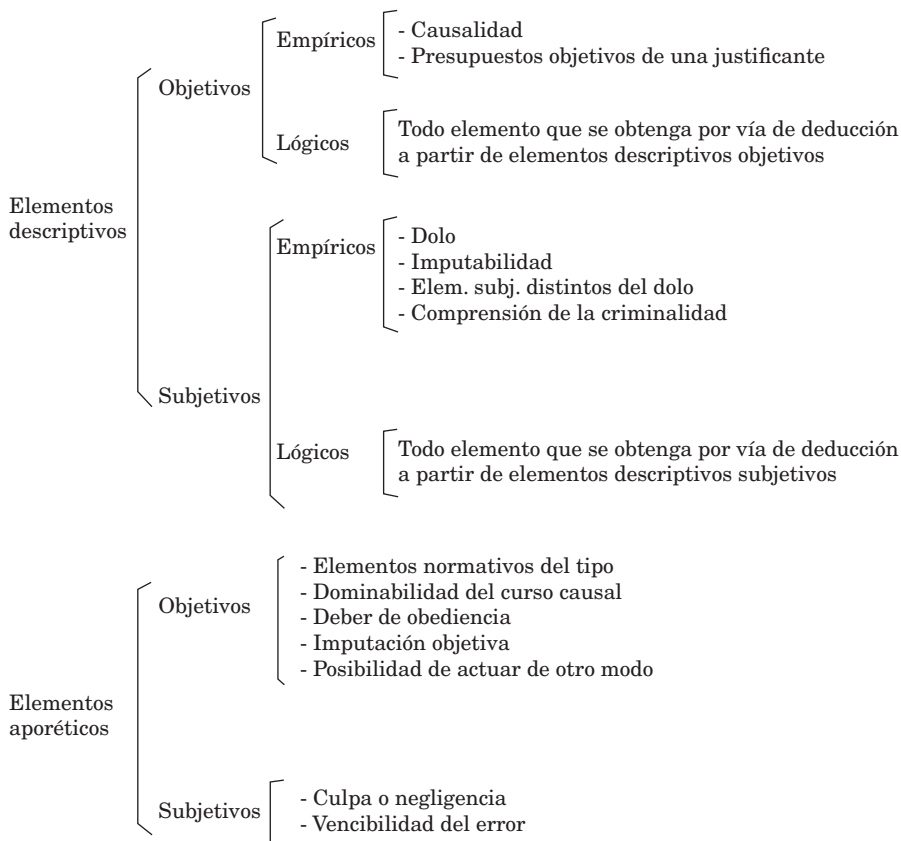
En lo referente a los elementos que están en el campo de lo dialéctico (aporéticos), son aquellos sobre los que puede haber más de un punto de vista y *requieren cierta valoración*. Estos elementos también son clasificables en objetivos y subjetivos, según refieran a aspectos externos al agente, o bien, a aspectos relacionados con aquello que de subjetivo tiene el ilícito. Así, por ejemplo, encontramos como *elementos aporéticos subjetivos* aquellos referidos a la vencibilidad del error, etc., y como *elementos aporéticos objetivos* a aquellos tales como el deber de obediencia como causa de justificación,

38 Schonfeld, L. (2020). “Ley Natural. La lógica y la antropología como su fundamento”, en Revista da Faculdade de Direito da FMP. Porto Alegre, v. 15, n. 1, 178-190, disponible en <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/186>

los denominados elementos normativos del tipo, la ponderación de los bienes en juego para el estado de necesidad justificante, imputación objetiva del resultado, posibilidad de actuar de otro modo, dominabilidad del curso causal, etc.

La enumeración pretende ser solo ilustrativa y la muestro al mero efecto de que se comprenda el método que se propone para la Ciencia Penal. Ello así pues, como sostiene Larenz, “la ordenación de tales catálogos [de tópicos] es discrecional, por ejemplo, alfabéticamente; el número posible de *topoi* es prácticamente ilimitado. Es indiferente que aparezcan como conceptos o como proposiciones”³⁹.

Así las cosas, tendríamos la siguiente clasificación:



39 Larenz. Ob. cit., 153.

El repertorio de tópicos, que como señala Larenz, es posible llevarlo al infinito, puede ordenarse en base criterios. Como ordena la lógica, para que una clasificación sea válida basta con que se mantenga el criterio de división y no se omita ninguna especie dentro de ese género.

Así las cosas, podemos clasificar los tópicos del siguiente modo:

Tópicos de la Teoría general del Derecho: aquí encontramos como tópicos a los principios del Derecho universalmente admitidos, tales como el principio de que nadie tiene el deber de sufrir la injusticia (principio de autoconservación); el principio de que nadie está obligado a lo imposible; que nadie puede alegar su propia torpeza, que nadie puede beneficiarse de su propio acto ilícito, etc.

Tópicos constitucionales: se encontrarían aquí todos los argumentos que gravitan en la esfera del Derecho constitucional, tales como el de legalidad, debido proceso, culpabilidad, razonabilidad, humanidad, *pro homine*, *in dubio pro reo*, última ratio, etc.

Tópicos del Derecho Penal: son tópicos específicamente penales aquellos que encontramos en la ley penal positiva y la Ciencia del Derecho Penal. En este orden encontramos tópicos como el de accesoriedad de la participación, de fragmentariedad, el principio de confianza, el riesgo permitido (la teoría de la imputación objetiva en general puede ser considerada un tópico), el que asume que los delitos de mera actividad no admiten tentativa, etc.

Estos tópicos específicos del ámbito penal pueden ser objeto de subclasificaciones, ordenándolos bien sea en objetivos y subjetivos, como se propuso más arriba, o bien puede perfectamente ordenárselos en base a la categoría del delito en el que gravitan: tópicos atinentes al tipo, tópicos referidos a la antijuricidad, tópicos referidos a la culpabilidad y tópicos referidos a la culpabilidad; o bien solo en tópicos atinentes al injusto y tópicos atinentes a la culpabilidad.

La clasificación de los tópicos, cualquiera sea el criterio que se tome para la división lógica, es estrictamente necesaria por varios motivos: por un lado, clasificarlos facilita el recurso mental a ellos, permite encontrarlos con facilidad, agiliza el análisis del caso y evita omitir alguno de ellos. Por otro lado, clasificar los tópicos permite contrastarlos desde el punto de vista lógico para cuando aparecen nuevos tópicos, de tal modo que los existentes y universalmente admitidos sirven como filtro de compatibilidad de los nuevos tópicos que pretendan sumarse. Como puede verse, aquí encontramos la tarea propiamente científica ya que los tópicos deben responder a un criterio lógico que permita su inclusión en alguna de las categorías de la clasificación y exige que la metodología tópica no se asimile a una mera yuxtaposición de argumentos contradictorios.

8. Tópica *versus* principio de legalidad

La objeción más palmaria que podría invocarse contra lo que aquí se sostiene, sería que la adopción de un método tópico para el Derecho Penal se da de bruces contra la exigencia de estricta legalidad.

Tal objeción puede responderse desde dos perspectivas, una fáctica y otra normativa. Desde la perspectiva de los hechos, debemos decir que el apego a la estricta legalidad nunca erradicó la necesidad de fijar los contenidos de los conceptos que maneja la teoría del delito. Basta abrir cualquier manual de la parte especial para observar la necesidad de delimitar el alcance de los términos empleados por el legislador (por ejemplo, los conceptos de arma, de funcionario público, mujer honesta, etc.).

Aún en la parte general la doctrina ha elaborado conceptos que, o bien carecen de fundamento legal, o bien los modifican. Así, el concepto de dolo, en todos los lugares en los que el legislador parece referirse a ese elemento subjetivo, lo hace siempre con palabras tales como “fin” (art. 42, CP), “quiso” (art. 47, CP, *a contrario sensu*, como límite a la participación), todo ello sin contar con las numerosas interpretaciones y adecuaciones que la doctrina y jurisprudencia han realizado sobre los institutos contenidos en el artículo 34, CP, donde expresamente la ley dice que “no serán punibles”, entre otros casos, los que obraren “bajo amenaza de sufrir un mal inminente y grave”; pese a lo cual la doctrina ha propuesto que –al ponerlo a nivel de culpabilidad como estado de necesidad disculpante– podría pensarse igual según haya sido la gravedad de la afectación del estado de necesidad, dado que la culpabilidad es *graduable* sobre la afirmación previa de un injusto doloso.

Sobre tal actitud de armar una ciencia de espaldas a la realidad y a la legislación se ha dicho que “incluso aquellos que proclaman la necesidad del saber criminológico, cuando escriben de teoría del delito, de parte general e incluso de tipos penales concretos, omiten completamente cualquier referencia al saber criminológico (salvo excepciones). No se sabe cómo administrarlo: cuando se critica el Derecho vigente, o cuando se habla [...] de criminología se dice que ésta (y las Ciencias Sociales) son necesarias, pero no se hace lo mismo cuando se entra *in medias res* en el Derecho Penal para comentarlo o sistematizarlo”⁴⁰.

En cuanto a la respuesta desde un punto de vista normativo a la eventual crítica, debe considerarse que el método que aquí se propone se adecua de mejor modo a las exigencias de un Estado de Derecho Constitucional. En

40 Donini, M. (2004). “La relación entre Derecho Penal y Política: Método Democrático y Método Científico”, en *Revista Penal*, ISSN 1138-9168, N° 13, 68-84. Recuperado 8 julio, 2021 en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12532/Relaci%C3%B3n.pdf?sequence=2>

el caso argentino⁴¹, y conforme lo ha resaltado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el preclaro fallo *Casal*, qué es el Derecho válido y vigente lo establece el juez, no el legislador. Ese dato, sin implicar la adopción de una tradición jurídica anglosajona, nos conmina a reformular el alcance del principio de legalidad. Si por legalidad se entiende la facultad del legislador para determinar el alcance de los conceptos empleados por la ley, más aún cuando tales definiciones legislativas vayan en contra de la experiencia y el dato científico, tal concepto de legalidad devendría inconstitucional. Pero no solo es contraria al modelo constitucional argentino, sino que además es contraria a la realidad como operan juristas y jueces. Tal como se advirtió más arriba, una concepción positivista y normativista del principio de legalidad no fue sino, en boca de Ferrajoli, una utopía. Ni los exégetas franceses pudieron sustraerse a la necesidad de que el juez fije los contenidos y la interpretación que cabe darle a la norma en el caso concreto. Al respecto, es llamativa la observación de Radbruch: “La prohibición de la retroactividad del Derecho Penal no puede regir en la medida en que el Derecho Penal sea derecho de juez ‘judge made law’: un nuevo precedente encuentra necesariamente aplicación a un hecho a pesar de que al cometerse el nuevo criterio jurídico todavía no existía. Esto rige no solamente para el Derecho inglés, sino para todo Derecho de jueces, incluso el alemán”⁴².

Toda crítica legalista-positivista contra lo que aquí se sostiene se cae en el mismo instante en que se puede demostrar que en los hechos, en el plano del proceder habitual de juristas, científicos y jueces, el dato legal nunca fue un límite para la interpretación y la elaboración de los conceptos penales que, en definitiva, serán los que fundamenten la aplicación de la pena. Dicho en términos más claros, como toda ley *debe interpretarse* y siempre cabría una interpretación *pro reo*, toda aplicación de la pena supondría una interpretación *in malam partem*.

Así, pues, descartado el mito de una construcción científico-dogmática a partir del dato legal y asumiendo el rol que le cabe a los jueces en un modelo de Estado de Derecho Constitucional, resulta que el criterio de razonabilidad de las decisiones es el fundamento de la calificación de una solución como *justa*. Tal principio –también constitucional– de razonabilidad tiene, sino más peso constitucional que el de legalidad, al menos una mayor reali-

41 Sobre las consecuencias de la distinción entre Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional ver Schonfeld, L. (2019). “Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional en el Sistema Argentino. Implicancias para la Teoría General del Derecho”, en *Ars Boni et Aequi*, Vol. 15, N° 2, Santiago-Chile, disponible en <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/361/334>; DOI: <http://dx.doi.org/10.23854/07192568.2019152Schonfeld114>

42 Radbruch, G. (2018). *El espíritu del Derecho inglés*. Santiago-Chile. Ed. Olejnik, 60.

dad práctica. La razonabilidad de las decisiones como criterio positivamente calificante de ellas tiene como una de sus mayores exigencias el seguimiento de las reglas de la lógica en la argumentación.

En definitiva, es necesario realizar una aclaración central respecto de lo que aquí se propone: *toda argumentación desde los tópicos encuentra su límite y seguridad en el sentido común y en el seguimiento de las reglas de la lógica.*

Así, por ejemplo, si se pretende poner como tópico a la teoría del dolo, tal como la propone Jakobs, debería rechazarse desde el punto de vista estrictamente lógico, procediendo del siguiente modo: toda la psicología y la antropología nos enseña que querer y conocer responden a potencias distintas, el querer a la voluntad y el conocer al intelecto. Y si el conocer es fundamento del querer, querer es más que conocer (es el fundamento más lo fundado). Por ello, se incurre en una falacia presuponiendo que si se da lo menos (conocer) también se da lo más (querer). La falacia, dicho de modo más simple, viola las reglas de la lógica en lo atinente a la relación entre las proposiciones, toda vez que las proposiciones del tipo *todo el que quiere, conoce* (proposición universal afirmativa), deben ser convertidas *por accidente*, esto es a una proposición particular afirmativa: *algunos que conocen, quieren*⁴³. El error de Jakobs, como puede verse, consiste en que procede a la conversión simple: *todo el que quiere, conoce*, lo convierte falazmente en *todo el que conoce, quiere*.

Por lo demás, entiendo que los modelos interpretativos funcionalistas tampoco han traído la seguridad jurídica necesaria, dada su constante referencia a criterios no ya lógicos –como los que aquí se proponen–, sino puramente político criminales⁴⁴. En efecto, “si el Parlamento no tiene en cuenta a la criminología o a las Ciencias Sociales para construir los tipos penales, si éstos no tienen una adecuada matriz teleológica, ¿por qué, o con qué límites se les debería dar un margen en sede interpretativa o ejecutiva? ¿O tendríamos que pensar en nuevas finalidades que el intérprete (doctrina, jurisprudencia) aplicaría *ab extra* a normas nacidas ciegas? Este déficit explica el éxito permanente de posturas idealistas (aunque estén enmascaradas de teleologismo, funcionalismo o valoraciones pseudo político-criminales), que no miden las consecuencias de las decisiones criminalizadoras: basta que las incriminaciones y las condenas satisfagan el consenso social que da es-

43 Sobre las reglas de la conversión de las proposiciones o juicios puede verse Balmes, J. (1943). *Curso de Filosofía Elemental*. T. II. Barcelona. Ed. Araluce, 72; también, Vernaux, R. (1989). *Curso de Filosofía Tomista. Introducción General y Lógica*. Barcelona. Ed. Herder, 117.

44 Sobre el riesgo del populismo punitivo no puede dejar de verse Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF.

tabilidad al sentimiento de seguridad colectiva, reintegrando idealmente el orden jurídico violado y la fidelidad al ordenamiento”⁴⁵.

9. Conclusión

Cabe concluir que los aportes que la Filosofía del Derecho ha coleccionado en los últimos años pueden dar una sólida base para la reelaboración del método en el Derecho Penal, asumiendo éste un carácter retórico y tópico, sin que de ello quepa temer arbitrariedad. Muy por el contrario. Arbitrariedad es sinónimo de falta de razonabilidad. La arbitrariedad y con ella la inseguridad jurídica se instalan desde el mismo momento en que el intérprete y operador jurídico se apartan de las reglas de la lógica que rigen toda la tarea argumental. Por su parte, la adopción de criterios sistemáticos deductivos, ya sea partiendo de la legislación o bien de construcciones científicas, no solo ha resultado frustrada e incapaz de limitar el poder punitivo a sus cauces normales y razonables. Por el contrario, como señala Silva Sánchez, “constatado lo anterior, en la medida en que la dogmática no solo tiene pretensiones cognitivas, sino también pretensiones prácticas, parece claro, de entrada, que no puede optar por sistemas cerrados axiomáticos, ni tampoco por enfoques conceptualistas. La interrelación estructural de unas reglas con otras sobre la base de criterios de coherencia interna no debe, pues, reconducirse necesariamente a modelos deductivos”⁴⁶.

La adopción de un método tópico para el estudio del Derecho Penal trae consigo innumerables beneficios, el mayor de los cuales es garantizar que las decisiones se tomarán previa confrontación de argumentos de los cuales solo saldrá victorioso aquél que más rigurosamente siga las reglas del razonamiento correcto.

Tal método echa por tierra la arbitrariedad del juez y hace que sus decisiones sean controlables y revisables desde criterios perfectamente objetivos.

Tal como sostiene Ollero, “¿En qué medida influirán sus propios planteamientos personales? ¿Existen resortes capaces de controlar la dimensión creativa de la tarea de los miembros de ese Poder que es ahora cualquier cosa menos ‘nulo’? Para que la situación no llegue a resultar inquietante sería preciso que se diera algún grado de confluencia entre tres posibles fuentes de confianza: la existencia de elementos éticos objetivos

⁴⁵ Donini. Ob. cit., 68.

⁴⁶ Silva Sánchez, *Crisis...* Ob. cit., 29.

cuyo conocimiento, aun siendo problemático, resultara no obstante factible a través de un esfuerzo intersubjetivo; la eficacia de los mecanismos procesales para dar cauce a dicho esfuerzo, así como para dejar abierta alguna instancia rectificadora de posibles errores; la nitidez de la llamada independencia ‘objetiva’ de ese gremio judicial, capaz de transmitir una apariencia de imparcialidad que consolide la credibilidad social de sus resoluciones”⁴⁷.

10. Bibliografía

- Alexy, R. (2012). *La construcción de los Derechos fundamentales*. Buenos Aires. Ed. Ad Hoc.
- Aarnio, A. (2017). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Lima. Ed. Palestra.
- Atienza, M. y García Amado, J. (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Lima-Bogotá. Ed. Palestra.
- Bacigalupo Zapater, E. (2019). “La recepción de la Dogmática Penal alemana en España y Latinoamérica”, en *InDret Penal*, N° 2/2019, recuperado de <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1458.pdf>
- Balmes, J. (1943). *Curso de Filosofía Elemental*. T. II. Barcelona. Ed. Araluce.
- Bobbio, N. (1989). Prólogo a *Derecho y Razón* de Ferrajoli, Luigi. Madrid. Ed. Trotta.
- Creus, C. (2003). *Introducción a la nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires-Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Donini, M. (2004). “La relación entre Derecho Penal y Política: Método Democrático y Método Científico”, en *Revista Penal*, ISSN 1138-9168, N° 13, 67-84, recuperado 8 julio, 2021 en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12532/Relaci%C3%B3n.pdf?sequence=2>
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y Razón*. Madrid. Ed. Trotta.
- García Amado, J. A. (2016). “Qué es ponderar. Sobre implicaciones y riesgos en la ponderación”, en *Revista Iberoamericana de Argumentación*, N° 13.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Ed. Corte Constitucional.
- Hirsch, H. J. (1998). *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo I. Buenos Aires-Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Jakobs, G. (2008). *El Derecho Penal como Disciplina Científica*. Pamplona. Ed. Civitas.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría Pura del Derecho*. México. Ed. UNAM.

47 Ollero, A. (2002). “El papel de la personalidad del juez en la determinación del Derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann”, en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, recuperado 8 julio, 2021 en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/Colaboraciones/164-KAUF.pdf>

- Larenz, K. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona. Ed. Ariel.
- MacCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*. Lima. Ed. Palestra.
- Mahiques, C. (2008), *La Ciencia del Derecho Penal como problema abierto*. Buenos Aires. Educa.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF.
- Ollero, A. (2002). “El papel de la personalidad del juez en la determinación del Derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann”, en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, recuperado 8 julio, 2021 en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/Colaboraciones/164-KAUF.pdf>
- Radbruch, G. (2018), *El espíritu del Derecho inglés*. Santiago-Chile. Ed. Olejnik.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica*. Madrid. Ed. Tecnos.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 2ª ed. Madrid. Ed. Civitas.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch.
- Schonfeld, L. (2019). “Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional en el Sistema Argentino. Implicancias para la Teoría General del Derecho”, en *Ars Boni et Aequi*, Vol. 15, N° 2, Santiago-Chile, disponible en <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/361/334>; DOI: <http://dx.doi.org/10.23854/07192568.2019152Schonfeld114>.
- Schonfeld, L. (2020). “Ley Natural. La Lógica y la Antropología como su Fundamento”, en *Revista da Faculdade de Direito da FMP*. Porto Alegre, v. 15, n. 1, 178-190, disponible en <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/186>
- Silva Sánchez, J. M. (2010). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF.
- Silva Sánchez, J. M. (2007). *¿Crisis del Sistema Dogmático del Delito?* Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF.
- Vernaux, R. (1989). *Curso de Filosofía Tomista. Introducción General y Lógica*. Barcelona. Ed. Herder.
- Viehweg, Th. (2016). *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid. Ed. Civitas.
- Waldron, J. (2018). *Contra el Gobierno de los Jueces*. Buenos Aires. Ed. Siglo XXI.
- Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Ediar.