

LA DOGMÁTICA Y LA PELIGROSIDAD EN EL ARTÍCULO 41 DEL C.P.

Manuel Bouchoux

Trabajo final correspondiente a la asignatura

Epistemología Penal

a cargo de Ernesto E. Domenech

I. PROPUESTA.

El objetivo de este trabajo es, sintéticamente, analizar qué es lo que hace la dogmática nacional cuando interpreta la expresión peligrosidad contenida en el art. 41 del Código Penal.

El referido análisis pretenderá ubicarse desde un lugar externo a la dogmática, pretenderá ser meta-dogmático.

Ello implica que aun cuando no pueda evitarse la descripción de cada una de las conclusiones doctrinarias, lo esencial de la tarea consistirá en relacionar las soluciones interpretativas propuestas con la concepción de la tarea dogmática expuesta por cada autor y otros aspectos de sus construcciones teóricas generales que incidan en la interpretación del texto legal que nos ocupa.

Del extenso catálogo nacional de obras dogmáticas generales, he seleccionado –por el carácter necesariamente acotado de nuestra tarea- las cuatro que entendimos más representativas, a saber: de Ricardo C. Nuñez su "*Tratado de Derecho Penal*"; de Sebastián Soler, "*Derecho Penal Argentino*"; y de Eugenio Raúl Zaffaroni su "*Tratado de Derecho Penal*" y la más reciente "*Derecho Penal. Parte General*" (esta última en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar).

Comenzaremos el camino con una brevísima introducción en la que referiremos los rasgos esenciales que se asigna a la labor dogmática penal, distinguiendo entre la caracterización realizada por quienes la profesan y la que esbozan aquellos que la critican desde una óptica externa.

Haremos luego una somera mención a la particular importancia histórica que cabe asignar a la noción de peligrosidad en el ámbito del derecho penal y su recepción en nuestro ordenamiento penal, todo tendiente a señalar los márgenes de la discusión dogmática que luego analizaremos.

En la parte medular del trabajo, intentaremos explicar el contenido y alcance que otorga a la expresión peligrosidad cada uno de los autores analizados, vinculando la interpretación propuesta con su concepción de la tarea dogmática y los otros aspectos de su construcción que

aparezcan relacionados con la problemática de la incidencia de la peligrosidad en la individualización de la pena.

Finalmente, expondremos unas muy breves conclusiones personales.

II. DOGMÁTICA, DOGMA Y DOGMÁTICOS.

Para iniciar la labor emprendida es pertinente realizar una mínima presentación de aquello que denominamos *dogmática*, para lo cual resulta de interés comparar cómo la caracterizan quienes la profesan y cómo lo hacen aquéllos que tiene de ella una visión externa.

II. a. La Dogmática.

En esta breve introducción, podemos señalar que se ha dicho que más allá de las variantes que puede presentar cada construcción dogmática, el acuerdo básico que une a quienes la profesan reside en la afirmación de su *carácter científico*, la identificación de la *ley positiva como objeto de estudio* –o *dogma*–, y el empleo del *método conceptualista* para estudiar aquél dogma.¹

Aquella adhesión al derecho positivo como dogma y el carácter conceptualista y principista de una construcción que presenta todas sus soluciones como derivaciones de la ley –que se presentaría ante el científico como un dato–, determina que, paradójicamente, la dogmática se acerque al positivismo jurídico en cuanto al objeto de su estudio, y al iusnaturalismo racional en orden a su método².

Por otra parte, se ha dicho que si bien el análisis dogmático no es exclusivo del derecho penal, la dogmática penal, y dentro de ella el desarrollo de la teoría del delito, constituyen la expresión más acabada de lo que se ha denominado enfoque conceptualista³.

II. b. La dogmática desde afuera.

Quizá fue **Carlos Santiago Nino** quien realizó los aportes más interesantes en torno a una caracterización externa de la dogmática jurídica.

Un primer aporte radicó en colocar la discusión en torno al carácter científico del conocimiento dogmático en su justo término.

¹ Domenech, Ernesto, *Dogmática penal. Funciones y prácticas*, U.N.L.P., 1998, pág. 4. Allí se cita en apoyo de esa conclusión la obra de Soler (34) y de Zaffaroni (277).

² Op. cit. pág. 4.

³ Nino, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Ed. Astrea, Bs.As., 1980, pág. 65, en similar sentido se pronuncia en *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, Bs. As., 1988, pág. 321.

Así, indicó que en virtud de la vaguedad que ostenta el término “ciencia” y en razón de que la actividad del jurista se ubica en la “zona de penumbra” en relación a aquél término, toda decisión en torno al carácter científico de la actividad dogmática derivará de la definición que *estipulativamente* se adopte, agregando además que aquella discusión epistemológica encuentra explicación en el prestigio y aprobación que conlleva la actividad “científica” (lo que denomina “carga emotiva favorable” del término).

No menos importante fue el aporte de este autor en punto a la *reconstrucción histórica del modelo dogmático*, lo que ha permitido entender la aparente contradicción entre su filiación racionalista, su compromiso liberal y el positivismo jurídico que profesan sus autores.

En tal sentido, ha dicho Nino que la actitud aparentemente positivista de los dogmáticos puede caracterizarse como una especie de *iusnaturalismo conservador*, cuyo significado es que la ley positiva debe aplicarse aun si hay disenso axiológico, y que en todo caso habrá que proponer su reforma. Ello encuentra una explicación histórica: el iusnaturalismo racionalista (base de la dogmática), devino en conservadurismo respecto del nuevo orden una vez logrado el objetivo de plasmar sus ideas en códigos precisos, completos y coherentes.⁴

También esclarecedoras resultan las consideraciones de Nino vinculadas con las técnicas de encubrimiento que utiliza la dogmática para ocultar su función reformuladora del derecho legislado.

Señala como la más importante *el modelo dogmático del legislador racional*, que consiste en atribuir al legislador, ficticiamente, propiedades (único, imperecedero, consciente, omnisciente, operativo, justo, coherente, omnicompreensivo, preciso) muy alejadas de los sujetos reales que legislan.

Esta técnica es esencial para la tarea dogmática, por cuanto hace aparecer las soluciones propias como descripciones del derecho vigente, y aparece complementada por las otras técnicas de encubrimiento: la *sistematización del orden jurídico*, la formulación de teorías –de las cuales la teoría del delito es el ejemplo más refinado–, y finalmente, la búsqueda de *estructuras ontológicas* y naturalezas jurídicas de ciertas instituciones.⁵

En la opinión de Nino, la dogmática penal clásica⁶ pretende que la discusión axiológica corresponde a la política criminal y está excluida de su objeto –el dogma legal–, lo que convertiría a la teoría del delito en una empresa cognoscitiva y axiológicamente neutra. Sin

⁴ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, pág. 322 y ss.

⁵ Op. cit., pág. 333 y ss.

⁶ Señala como excepción la concepción de Roxin respecto de que los problemas de política criminal configuran el contenido propio también de la teoría del delito (*Los límites de la responsabilidad penal*, pág. 81).

embargo –señala- el defecto consiste en que al no reconocerse abiertamente el carácter normativo de los axiomas de la teoría, la única consecuencia es eludir una justificación valorativa articulada y minuciosa de cada uno de ellos.⁷

Se ha mencionado⁸ también la importancia que reviste la crítica a la dogmática desde la visión de un jurista anglosajón: **John Henry Merryman**.

Este autor introdujo la noción de *tradición jurídica* para clasificar los *sistemas jurídicos* en orden a sus diferencias y similitudes derivadas de los condicionamientos históricos y el ámbito cultural en que se desarrolla cada uno. Distinguió tres tradiciones jurídicas: la de *derecho civil (o romano-canónico)*, la de *derecho consuetudinario anglosajón* y la de *derecho socialista*.

Al igual que Nino, explicó este autor el surgimiento histórico de la Escuela de la Ciencia Jurídica –la dogmática- en el marco de la tradición jurídica romano canónica, mencionando como sus caracteres esenciales: científicismo, sistematismo, conceptualismo, abstracción, formalismo y purismo.

A partir de tal caracterización, concluyó Merryman que una Ciencia Jurídica así planteada se desinteresa por todo aquello que no sea “puro” (así, *las teorías de las ciencias sociales, la historia, la filosofía e incluso el valor justicia*), lo que en su criterio determina que resulte un cuerpo de doctrina artificial alejado del resto de la cultura, indicando además la falsedad de la pretendida pureza ideológica.⁹

Finalmente, se ha señalado que para el análisis externo de las funciones que cumple la dogmática es útil valerse de la noción de *metalenguaje*, lo que supone distinguir entre el lenguaje objeto (en este caso el lenguaje legal) y el lenguaje teórico que discurre sobre aquél (es decir, la dogmática), señalándose además que en ocasiones será difícil discriminar esos niveles lingüísticos, por cuanto los dogmáticos suelen presentar a la ley como una entidad que habla por sí misma.¹⁰

Para concluir con esta sencilla presentación de la dogmática, creemos oportuno señalar que luego tendremos la oportunidad de ver cómo muchas de las críticas externas han sido receptadas por autores dogmáticos, quienes se han hecho cargo de diversas argumentaciones contra esta metodología y las han utilizado para modificar su construcción teórica¹¹.

⁷ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, pág. 79.

⁸ Domenech, op. cit. pág. 11.

⁹ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, F.C.E., México, 1979, pág. 116.

¹⁰ Domenech, op. cit., pág 17, con cita del doctor Ouviaña.

¹¹ Nos referimos, concretamente, a Eugenio Raúl Zaffaroni, quien en su última obra (*Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000, en conjunto con Alagia y Slokar), como veremos luego, reconstruye todo su sistema a partir de una nueva concepción de la dogmática.

III. PELIGROSIDAD, DERECHO PENAL Y CÓDIGO PENAL ARGENTINO.

Emprenderemos ahora una muy sintética recorrida histórica por la noción de peligrosidad en el derecho penal y su recepción en la ley argentina, con el sólo objetivo de contextualizar históricamente el texto legal del art. 41 del C.P., es decir, el *dogma* que luego será analizado por los autores dogmáticos que hemos seleccionado.

III.a. Peligrosidad y derecho penal.

Nada se descubre si se afirma que la noción de peligrosidad ha tenido una importancia superlativa en la evolución del pensamiento y la legislación penal.

La peligrosidad, que en materia penal puede conceptuarse como la mayor o menor probabilidad de que un individuo cometa un delito en el futuro, hace su decisiva irrupción en el derecho penal hacia fines del siglo XIX, con el surgimiento en Italia de la denominada *Scuola positiva*.

Esta escuela partía de una concepción positivista del saber científico que, siguiendo el ideario de Augusto Comte, postulaba la adopción del método propio de las ciencias naturales – es decir, la observación y experimentación- también para las ciencias humanas¹².

En términos filosófico políticos, el positivismo se tradujo en una fuerte oposición a los ideales liberales iluministas, que se consideraban puramente normativos y, se entendía, debían superarse por su insuficiencia para dar respuesta a las nuevas problemáticas derivadas del surgimiento de la *sociedad de masas*, entre las que revestía vital importancia la conflictividad social derivada del aumento de la delincuencia.

La obra de los máximos representantes del positivismo criminológico –Lombroso, Ferri, Garófalo- gira en torno a diversas nociones que vinieron a oponerse a los postulados fundacionales de la escuela clásica: *determinismo*, *delincuente nato*, *delito natural*, *peligrosidad (o temibilidad)* y *defensa social*.

La primera exposición de la escuela positivista es la de Cesare Lombroso, quien partiendo de una consideración biologicista de la sociedad, que la entendía un verdadero organismo¹³, concluyó que el delincuente estaba determinado por razones biológicas.

¹² Cfr. Ferrante, Marcelo, *¿Defensa social versus seguridad jurídica? Un ensayo histórico sobre la interpretación de la ley penal a la luz del positivismo criminológico*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, Nros. 1-2, pág. 291 y ss.; Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, 5° edición, Ed. Tea, Bs. 1987, pág. 48 y ss; Ricardo Nuñez, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1987, pág. 48; Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000, pág. 1500 y ss.

¹³ Concepción que tenía como antecedente la obra de Herbert Spencer (1820-1903), quien concebía a la humanidad como un organismo en cuya evolución se cumplía la ley de la selección natural.

En el sistema lombrosiano se coloca al delincuente en el centro del análisis y se dice de él que no es un sujeto normal, libre y consciente, sino, por el contrario, un ser determinado por las condiciones de la "historia natural del hombre". En su obra principal (*L'uomo delinquente*, 1876), a partir de su observación y experimentación, concluye Lombroso que existe un tipo humano destinado natural y necesariamente a la comisión de delitos: *el delincuente nato*.

El médico italiano caracterizó a este sujeto como un ser atávico, física o psíquicamente primitivo, propio de períodos evolutivos anteriores, con un nivel inferior al promedio de desarrollo orgánico, ligado además a un órgano cerebral hipertrofiado, conclusión a la que arribaba a partir de la utilización de la técnica del examen craneoscópico¹⁴.

Enrico Ferri, en su obra *Sociologia criminale*, corrigió el modelo lombrosiano, aseverando que el determinismo del delincuente no podía responder exclusivamente a factores biológicos.

Propuso así una etiología multifactorial, dividiendo el campo de estudio en factores individuales o antropológicos y factores exteriores, separando a su vez estos últimos en físicos y sociales.

Ferri fundó la responsabilidad penal en la pura circunstancia de vivir en sociedad. El delito no era la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo que funciona mal, *síntoma de peligrosidad*, y como consecuencia la pena tenía por fin la defensa social ante los sujetos peligrosos. Si el sujeto podía ser resocializado la pena tendría tal función, y si no podía serlo la sanción era eliminatoria.

Por otra parte, como el delito era solamente un síntoma de la peligrosidad, nada impedía que se busquen otros síntomas distintos para detectar a los sujetos temibles, a partir de lo cual se planteó la cuestión de la *peligrosidad predelictual* o del *estado peligroso sin delito*.

Garófalo, por su parte, se encargó de definir, al lado del delincuente natural, el *delito natural*, con similar pretensión científica que aquel concepto.

Es que si el contenido de las leyes era relativo y variable, el delito, como síntoma de la patología de la delincuencia y expresión del ataque a la sociedad como un todo orgánico, no podía estar definido en las leyes.

Así fue que este autor definió al delito natural como *aquel acto que ofende los sentimientos morales profundos e instintivos del hombre social, siendo estos los sentimientos altruistas de piedad y probidad*.¹⁵

¹⁴ Cf. Marcelo Ferrante, op.cit.

¹⁵ Cf. Sebastián Soler, op. cit. pág. 281; Marcelo Ferrante, op. cit.

Entonces, a la concepción iluminista del ser humano como sujeto libre y racional que es fundamento de los postulados de la llamada Escuela Clásica¹⁶, la *Scuola Positiva* opone una nueva concepción según la cual *el delincuente*, que pasa a ser el centro de un análisis científico basado en la observación y experimentación, no es un sujeto normal y libre, sino un ser determinado a la comisión de delitos.

La explicación determinista del delito conllevó también un cambio sustancial en punto a la justificación de la pena, que ya no encontraba fundamento en la culpabilidad que otorgaba contenido a la responsabilidad penal, porque dicha categoría supone un sujeto autodeterminado. Se entendió entonces que la pena no era más que un medio de defensa social que protegía a este organismo de aquellos sujetos que con su conducta la dañan, es decir, aquellos sujetos que resultaban *peligrosos* para la sociedad.

La irrupción de la escuela positiva pretendió además, a partir de su distinta comprensión del fenómeno criminal, transformar la concepción, estructura y objeto del Derecho Penal.

Así, los estudios biológicos y sociológicos vinculados con el fenómeno de la delincuencia no se tradujeron en una colaboración interdisciplinaria con los otros saberes que abordaban aquel fenómeno, sino que más bien se produjo una pugna de poder corporativo en la que la nueva disciplina pretendía la subordinación de los otros saberes.¹⁷

La reacción de la dogmática penal ante este fenómeno consistió en precisar el objeto de su disciplina al estudio de un derecho positivo dado¹⁸ y a su vez “contraatacar”, relegando a disciplinas como la criminología y la psiquiatría forense al rango de ciencias auxiliares.¹⁹

La crisis del positivismo, consecuencia de la ruptura de sus presupuestos físicos, biológicos y políticos²⁰, no conllevó sin embargo la muerte del concepto de peligrosidad en el ámbito del Derecho Penal.

¹⁶ Modernamente se ha discutido la pertinencia de clasificar a una pluralidad de doctrinarios bajo la categoría de clásicos. Así, sostiene Zaffaroni, (Derecho Penal. Parte General, pág. 301) que semejante escuela, “más parecería un parlamento pluripartidista”. Sin embargo, no parece inadecuado admitir tal criterio clasificatorio, de indudable relevancia histórica, si queda suficientemente claro que ello sólo supone una primaria división entre aquellos pensadores que parten de concebir al ser humano como un sujeto autodeterminado y encuentran en la culpabilidad el fundamento de la responsabilidad penal de quienes entienden que ésta deriva de la necesidad de defender a la sociedad de sujetos peligrosos, sin perjuicio de las importantes diferencias que pudiera existir entre cada sistema adoptado.

¹⁷ Es interesante como caracteriza Zaffaroni el fenómeno de las relaciones interdisciplinarias entre diversos saberes. Allí explica este autor que bajo el término *relaciones* se ha querido en ocasiones llamar al esfuerzo apropiatorio de datos de otros saberes, al rechazo ante datos considerados invasores, y al acatamiento acrítico de datos de otras disciplinas; más rara vez se han considerado las relaciones de interdiscipliniedad en términos constructivos (*Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 147 y ss.).

¹⁸ Cf. Sebastián Soler, op. cit., pág. 30.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 48 y ss.

²⁰ Cf. Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, págs. 153 y 308.

Ello es así no sólo porque diversas legislaciones –como la nuestra- conservaron la expresión para regular distintas instituciones penales, sino –sobre todo- porque la noción de peligrosidad mantuvo su influencia –explícita o implícitamente- en las diversas construcciones dogmáticas que, sea desde la teoría del delito o la teoría de la pena, se ocuparon de la cuestión vinculada a la determinación judicial de la sanción punitiva.

Así, luego de superada la discusión en torno al fundamento de la responsabilidad penal, en tanto modernamente no merece demasiadas discusiones la exigencia para ello del requisito de la culpabilidad por el acto, la noción de peligrosidad sigue siendo objeto de polémica por su relevancia en relación a distintas problemáticas vinculadas con el derecho penal, entre las que sobresale su discutida relevancia en el ámbito de la cuantificación de la pena.

III.b. Peligrosidad y Código Penal Argentino.

Se ha señalado con acierto que la recepción de las ideas positivistas en nuestro país debe situarse en los inicios de la década del ochenta del siglo diecinueve, época en la que se instala en el país el proyecto institucional de organización y estabilización del poder de la denominada “generación del ochenta”, y que fuera caracterizado como “un período en que una elite ilustrada, embriagada con la noción spenceriana de progreso, se dispone a colocar a la Argentina en el mundo”²¹.

La importación del discurso criminológico positivista en aquellos tiempos de Estado liberal oligárquico, se ha dicho, no fue obra de la casualidad, sino que revela la lógica inserción en aquella realidad de una tecnología concreta de control de las masas²², puesto que “se incardina como un mecanismo formal de control social que guarda plena coherencia con las estructuras políticas, sociales y económicas que –desde posiciones hegemónicas- se construyeron en el período estudiado”²³.

Sin embargo, la acogida de las ideas positivistas en nuestro país se produjo, en términos políticos, transversalmente, por cuanto, sin perjuicio de que fue utilizado como herramienta de control social por las clases dominantes, su recepción incluyó a personalidades de distintas ideologías²⁴; y el éxito de la importación determinó que hacia principios del siglo XX el positivismo contara en nuestro país con numerosos partidarios y pocos detractores.²⁵

²¹ Marcelo Ferrante, op. cit., pág. 303.

²² Íbidem, pág. 293.

²³ Ferreira, Ernesto, *Paz y Administración. La generación del 80 y la recepción del positivismo jurídico penal en la Argentina*, revista virtual Intercambios, número 6.

²⁴ Íbidem.

²⁵ Ferrante, Marcelo, op.cit. pág. 305.

Prueba de lo expuesto es que tal vez el más representativo de los criminólogos positivistas de aquella época fue el médico José Ingenieros, un reconocido militante del partido socialista, para quien la acción humana resultaba determinada por una complicada combinación de causas “biológicas y mesológicas”, apareciendo los delincuentes como “espíritus que sobrellevan la fatalidad de herencias enfermizas y sufren la carcoma inexorable de las miserias humanas”.²⁶

El delito era para Ingenieros, en una concepción natural que lo acercaba a Garófalo, *la afectación al sentimiento de solidaridad social*, y la *defensa social* la base racional de un sistema punitivo científico “exclusivamente proporcionado a la temibilidad del delincuente”.²⁷

La notoria recepción del positivismo en nuestro país se evidencia a partir de la mención de diversas circunstancias.

En 1873 aparece la “Revista Criminal”, dirigida por Pedro Bourel y dedicada a la reseña de hechos policiales; en 1896 Pietro Gori publica la revista “Criminología moderna” y Luis María Drago ya había publicado “Los hombres de presa”, prologada por Lombroso en su edición italiana de 1890. En 1888 Francisco Ramos Mejía fue uno de los fundadores de la *Sociedad de antropología jurídica*; en tanto que Francisco Veyga fundó en 1902 la publicación “Archivos de psiquiatría y criminología” –dirigida por José Ingenieros hasta 1911-.

En 1887 la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires quedó en manos de los positivistas, inicialmente de Norberto Piñeyro, en cuyo seno se formó Eusebio Gómez, quizá el más importante de los juristas penales de base positivista.

Gómez cumplió una extensa labor investigativa y docente –fue titular de la Cátedra de Derecho Penal desde 1922 hasta 1946-, pero además participó en diversos proyectos de legislación penal de tinte positivista (así, el proyecto de 1924, el de 1928 –*de estado peligroso sin delito*-, y finalmente el *Proyecto de Código Penal de 1937*).

Sin embargo, y si bien pueden señalarse como manifestaciones legislativas de las ideas positivistas la *Ley de residencia* (ley 4144 del año 1902), y la *Ley de Defensa Social* (ley 7029 del año 1910), lo cierto es que en términos de legislación penal de fondo el positivismo criminológico argentino no pudo reflejar su hegemonía en la sanción de un código penal afín a sus ideas.

En lo que hace al Código Penal de 1886, éste no llegó a recibir la influencia positivista por razones cronológicas, por cuanto en aquel tiempo recién comenzaban a llegar las ideas lombrosianas a nuestra tierra.

²⁶ Ingenieros, José. *Criminología* (1916). En sus “Obras completas”, Elmer, Bs.As., 1957, vol. 7, pág. 22.

²⁷ *Ibidem*, pág. 149.

En cambio, la ley 11.179 fue sancionada en épocas de auge del positivismo en nuestro país, a pesar de lo cual el Código de 1922 está lejos de reflejar los postulados de esa escuela, fenómeno que ha sido atribuido, por un lado, a las dificultades –reconocidas por el propio Ferri– que tenía esa línea de pensamiento para trasladar a una legislación codificada aquellos postulados, y por otro, al protagonismo que tuvieron en la gestación de la ley Rodolfo Moreno (h) y Julio Herrera, ambos juristas ajenos a la hegemonía positivista de aquellos tiempos.

Sin embargo, y aun cuando nuestro Código Penal puede considerarse clásico en razón de que en su normativa está implícita la consideración del ser humano como un sujeto autodeterminado y con ello el fundamento liberal de la responsabilidad penal por el libre albedrío, de todos modos no puede negarse algún grado de influencia de la “tímida pluma positivista”.²⁸

El influjo positivista aparece justamente en las reiteradas y relevantes menciones que hace la ley a la noción de peligrosidad.

Así, el código alude a la peligrosidad al regular lo referido a las medidas de seguridad (art. 34 inc. 1º); también en el art. 52, originalmente relacionado con la “habitualidad” y hoy convertido en “multirreincidencia”; al reglar la pena correspondiente al delito imposible (art. 44, cuarto párrafo); y finalmente, en el supuesto que ahora nos interesa, al reglamentar lo vinculado con la determinación judicial de la pena en el art. 41.

Esta norma –el art. 41– es una disposición legal híbrida, por cuanto fue consecuencia de los acuerdos y concesiones recíprocas propias de la realidad parlamentaria del momento. En efecto, se trata de un texto que fue tomado de la fórmula que en el código de Baviera se empleaba para determinar el grado de responsabilidad de los niños, y al que en el curso del trámite parlamentario se le agregaron elementos sin orden ni explicación.²⁹

Esta breve referencia al origen de la norma que va a ser motivo de nuestro trabajo sirve tal vez para empezar a dar razón a Nino en cuanto critica a la dogmática por su concepción del *legislador racional*, en tanto en la sanción del art. 41 se advierte una suerte de transacción entre escuelas que refleja como pueden operar en la realidad los ámbitos parlamentarios –en muchos casos de manera poco racional– a la hora de gestar un texto legal que luego será interpretado por los autores dogmáticos de manera tan dispar.

²⁸ Así la denomina Marcelo Ferrante (op.cit., pág. 311), quien refiere que los juristas de la época le dieron a la ley penal de 1922, en el análisis general o en su aplicación en casos, una interpretación que, forzando las estructuras clásicas, lo adecuaba a la cosmovisión del positivismo criminológico. Esta tendencia se advierte en la crítica que esgrime Sebastián Soler en el Prólogo a la primera edición de su Parte General (op. cit., pág. IX), en donde señala que hasta la aparición de su obra habían predominado en la doctrina nacional los comentarios críticos a la ley penal, desde una perspectiva positivista.

²⁹ Cf. Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 990.

De esas interpretaciones nos ocuparemos luego de describir el objeto del análisis dogmático.

IV. OBJETO DEL ANÁLISIS DOGMÁTICO. ART. 41 DEL CÓDIGO PENAL.

Artículo 41. A los efectos del artículo anterior se tendrá en cuenta:

1. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados.
2. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

V. POSTURAS DOGMÁTICAS EN TORNO AL VALOR DE LA PELIGROSIDAD EN EL ARTÍCULO 41 DEL CÓDIGO PENAL.

Como se señaló al principio de este trabajo, se han seleccionado para el análisis tres autores (y cuatro obras) por considerarlos los más representativos de la doctrina nacional.

Sin perjuicio de las particularidades que distinguen a cada autor, es importante señalar que las cuatro obras a considerar pueden considerarse *dogmáticas*, en el sentido indicado a este término en la primera parte de este trabajo.

La metodología de análisis consistirá en referir inicialmente lo que expone cada uno de los autores en orden a la dogmática, el sistema de la teoría del delito³⁰, el fundamento y la finalidad de la pena, y la relación de ésta con el criterio propiciado para la determinación de la pena.

Finalmente, se señalará cual es el concepto de peligrosidad que expone cada autor y el alcance que le asigna en su interpretación del art. 41 del C.P.

³⁰ Las referencias al sistema de la teoría del delito de cada autor será mínima y prescindirán conscientemente de un mínimo de profundidad, ya que tendrán como única finalidad brindar una noticia sobre el punto que pudiera servir para fundar alguna de nuestras conclusiones.

1. Ricardo Nuñez (Tratado de Derecho Penal).

a) Concepción de la dogmática.

A diferencia de los otros autores a analizar, Nuñez no dedica ningún tramo de su obra a expresar cual es su particular concepción de la dogmática, sin perjuicio de lo cual caracteriza la misma al exponer la evolución histórica de lo que él denomina Teoría Jurídica del Derecho Penal.³¹

Sobre el punto, señaló el autor cordobés: “La dogmática o teoría del Derecho Penal positivo, de *lege lata* o de *lege ferenda*, recién se hace posible cuando, abandonando la unilateralidad del camino de la exégesis, los penalistas se esfuerzan por exponerlo con arreglo a nociones que le son propias, según sus particulares características, y que tienden a ordenar analíticamente, en un sistema, los principios que en él fundamentan la imputación delictiva y la represión.”³²

Lugo de indicar que los avances dogmáticos no han sido importantes en relación con la teoría de la pena, expresa Nuñez que “En lo que respecta a la teoría de la *imputación delictiva* o *teoría jurídica del delito*, resulta evidente que la doctrina ya ha pasado de una etapa puramente descriptiva a una conceptual, la cual, mediante la diferenciación y el estudio de los distintos elementos que la integran, ha permitido la enunciación de los sistemas legales positivos.”³³

Puede observarse que la caracterización que este autor realiza de la dogmática se corresponde con aquella que reseñamos en la primera parte de esta obra, en tanto del tramo transcrito surge que se asigna carácter científico a la obra del dogmático, se identifica a la ley positiva como objeto de estudio y se utiliza el método conceptualista para su análisis.³⁴

b) Sistema de la Teoría del Delito.

Como ya se señalara, no es pertinente realizar aquí un estudio detallado de la evolución de la sistemática de la teoría del delito y sus implicancias en relación con el contenido que la dogmática le asigna a cada uno de sus elementos³⁵, pero sí en cambio es necesario situar la obra de Nuñez en el marco de aquella evolución, por la vinculación que tal concepción posee en relación con la problemática de la determinación de la pena.

³¹ Nuñez, Ricardo, op. cit., T.I., pág 53 y ss.

³² Íbidem, pág 59.

³³ Íbidem, pág. 60.

³⁴ Cfr. Supra, pág. 2.

³⁵ Sobre el punto, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 364 y ss.

Se puede ubicar –en términos generales y con conocimiento del relativo valor de este tipo de clasificaciones- a la obra de Nuñez dentro de lo que se ha denominado sistema Liszt-Beling.³⁶

Se arriba a tal conclusión en virtud de que el autor cordobés sostiene un concepto causal de la acción³⁷, una noción de tipo predominantemente objetiva³⁸ y una teoría psicológica de la culpabilidad³⁹.

Ello tiene como consecuencia que ubique el análisis de la problemática del dolo y la culpa en el ámbito de la culpabilidad⁴⁰ y conciba al error exclusivamente como faz negativa de ésta (distinguiendo entre error de hecho, de derecho extrapenal y de derecho).⁴¹

c) Fundamento y finalidad de la pena.

Nuñez conceptualiza la pena como “una pérdida de bienes impuesta a una persona como retribución del delito”.⁴²

Indica que es su carácter retributivo lo que hace que la pérdida de bienes sea una pena⁴³, aclarando enseguida que no se trata de una retribución en el sentido gramatical del concepto, en tanto el significado jurídico penal de la retribución supone que la pena “es con lo que la sociedad responde al mal que, como ofensa de los derechos de los otros individuos o de la sociedad, implica el delito”⁴⁴.

Más adelante, el autor cordobés explica que el carácter retributivo de la pena no supone que se trate de un castigo *quia peccatum est*, es decir mirando sólo al pasado, por cuanto si bien el castigo tiene causa en el delito ejecutado, atiende a la evitación de nuevos delitos, finalidad que –afirma- se logra por dos vías.

³⁶ También denominado *clásico* o *causalista*. Se entiende por sistema Liszt-Beling aquél que tiene origen en la sistemática de Liszt que consideraba que el análisis de lo objetivo correspondía al injusto y lo subjetivo a la culpabilidad, complementado con la introducción de la *teoría del tipo* de Beling (Cfr. Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 364).

³⁷ Nuñez, Ricardo, op.cit., pág. 230.

³⁸ Cfr. op.cit., pág. 212 y ss. Se dice que su noción de tipo es predominantemente objetiva porque este autor admite la existencia de elementos subjetivo en el hecho legal (pág. 228). En verdad, la concepción del tipo de Beling era puramente objetiva, siendo inicialmente Mezger quien reconoció la existencia de estos elementos subjetivos (Cf. Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 425)..

³⁹ Nuñez, Ricardo, op. cit., T.II., pág. 21, nota 25.

⁴⁰ Op.cit., pág. 44 y ss.

⁴¹ Íbidem, pág. 94 y ss.

⁴² Op. cit., T.II, pág. 346.

⁴³ Íbidem., pág.347.

⁴⁴ Íbidem, pág. 347.

En primer lugar, la pena tiene –para Nuñez- un *fin individual* que propone apartar al delincuente del delito futuro, readaptándolo socialmente⁴⁵, recurriendo para ello a una coacción consistente en el empleo de un medio jurídico de fuerza para exigir al delincuente que no delinca.⁴⁶

Pero la pena tiene también una función de prevención general, en tanto respecto de los demás miembros de la sociedad, distintos del delincuente, se muestra como una amenaza para los que cometan delitos.⁴⁷

Se aprecia de lo reseñado –siguiendo el criterio de clasificación más utilizado modernamente⁴⁸- que Ricardo Nuñez combina una concepción absoluta o retributiva con otras utilitaristas, asignando a la pena una función de prevención especial positiva –muy particular- y otra de prevención general negativa, pudiendo entonces ubicar su postura dentro de las denominadas *teorías mixtas*.

d) *Determinación judicial de la pena y peligrosidad.*

Para Nuñez, el art. 41 del Código Penal debe interpretarse en el sentido de que la peligrosidad del condenado constituye el fundamento de la medida de las penas divisibles en el derecho vigente.⁴⁹

Ello es consecuencia de que –para este autor- el Código Penal asiente la represión en el *dualismo culpabilidad-peligrosidad*: la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal y la peligrosidad como medida de ella.⁵⁰

Sostiene este autor: “El delincuente no puede merecer más o menos pena dentro de la escala legal en razón de consideraciones objetivas que tengan su fin en sí mismas. La influencia que en la medida de la pena tienen los factores objetivos como tales, es algo que corresponde a la individualización legal de la pena por parte del legislador. Los factores de ese tipo sólo actúan en el ámbito de la individualización judicial de la pena como puntos de arranque o medios para determinar la base subjetiva de la misma”.

Critica los argumentos de Sebastián Soler señalando que “...olvida los precedentes del artículo 41, parte de un dislocamiento sistemático de sus dos incisos, como si sólo el segundo tendiera a demostrar la mayor o menor peligrosidad del autor, mientras que el primero, referido a los aspectos objetivos del hecho, no tendría conexión con la personalidad del delincuente.

⁴⁵ Íbidem, pág. 348.

⁴⁶ Íbidem., pág. 349.

⁴⁷ Íbidem, pág. 349.

⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General.*, pág. 53 y ss.

⁴⁹ Íbidem, pág. 456.

⁵⁰ Íbidem, pág. 456.

Pero, por un lado, la naturaleza de la acción, los medios empleados y la extensión del daño o peligro causado también son medios para indagar la peligrosidad del delincuente”.⁵¹

Señala Nuñez que el concepto de peligrosidad debe entenderse en el sentido de *mayor o menor capacidad delictiva*, es decir, como la *mayor o menor probabilidad de que el individuo vuelva a delinquir*.⁵²

Añade luego que la enumeración del art. 41 es meramente enunciativa y no excluye ningún elemento referente a la persona o al hecho digno de ser considerado que sirva para demostrar mayor o menor peligrosidad del penado⁵³; que las circunstancias a valorar pueden tener carácter objetivo o subjetivo (inc. 1º y 2º del art. 41), pero deben ser apreciadas como síntomas de la mayor o menor peligrosidad, mas no en sus otras significaciones extrañas a ellas, concluyendo que “...La circunstancia, cualquiera que ella sea, que por sí o relacionada con otras, no sea significativa de mayor o menor peligrosidad, no puede computarse para medir la pena.”⁵⁴

Como se observa, el jurista cordobés consideraba que la peligrosidad era la noción esencial alrededor de la cual giraba toda la problemática vinculada con la cuantificación de la pena.

En definitiva, para este autor la medida de la pena debía determinarse teniendo en cuenta exclusivamente la peligrosidad del condenado, de manera que los otros criterios enunciados por la ley debían computarse sólo si ostentaban alguna relevancia a la hora de realizar aquél pronóstico de capacidad delictiva.

2. Sebastián Soler (Derecho Penal Argentino).

a) Concepción de la dogmática.

Este autor dedica un párrafo completo de su obra al análisis de la relación entre dogmática y ciencia penal⁵⁵, en donde desarrolla una visión clásica de aquella.

Indica Soler que por Derecho Penal debe entenderse al conjunto de normas dotadas de sanción retributiva, y como tal constituye el *objeto* estudiado por la *dogmática penal*, explicando que no es correcto hablar de la dogmática como una escuela.⁵⁶

⁵¹ Íbidem, pág. 456, nota 379. El autor cita en apoyo de su postura las opiniones de Peco y Jiménez de Asúa.

⁵² Íbidem, pág. 458. Nuñez cita favoreciendo su tesis a Jiménez de Asúa (*El estado peligroso*) y Ramos (*El estado peligroso y el código penal*).

⁵³ Íbidem, pág. 458.

⁵⁴ Íbidem, pág. 459.

⁵⁵ Sebastián Soler, op. cit., T.I., pág. 26 y ss.

⁵⁶ Íbidem, pág. 26.

Sostiene que lo que caracteriza a toda dogmática jurídica es que su objeto es siempre un derecho positivo dado, lo que supone una distinción entre aquel derecho que es (*de lege lata*) y aquel otro derecho posible (*de lege ferenda*), ocupándose la dogmática sólo del primero.⁵⁷

Nos dice Soler: “En esto se muestra uno de los mayores servicios prestados por la dogmática, consistente *en sacar al derecho de un tembladeral de opiniones* y, en consecuencia, de la incertidumbre. No niega la posibilidad y o valor a otros principios jurídicos, pero separa y aísla, para estudiarlos, aquellos que tienen tras de sí el respaldo de la fuerza pública, cuyo conocimiento es indispensable tanto para regular nuestra conducta, como para promover la reforma del derecho positivo cuando no lo juzgamos satisfactorio.”⁵⁸

“Ante los eventuales desacuerdos entre un derecho positivo y una opinión particular, generalmente presentada como derecho ideal, la dogmática se atiene al prudente consejo de Beling: es hermoso por cierto, que el derecho se mantenga en armonía con los demás reguladores de la vida *‘pero si así no ocurre, a la validez jurídica de los preceptos no puede quitársele una coma’*.”⁵⁹

Explica luego que la denominación dogmática responde a que se trata de un estudio jurídico que presupone la existencia de una ley, y se propone su *sistematización, interpretación y aplicación*.⁶⁰

“Los objetos que la dogmática piensa no son opiniones, sino objetos de muy firme consistencia, de los cuales se puede tener con seguridad un saber constrictivo. Esos objetos son enunciados normativos en virtud de los cuales los hombres efectivamente serán juzgados. Por ellos gozarán o padecerán, vivirán o morirán, serán pobres o ricos, felices o infelices. El conocimiento que allí interviene va inserto en el proceso de la praxis; el conocimiento dogmático, además de no consistir en una mera opinión, sino en un auténtico conocimiento de algo objetivo, es un conocimiento actuante, probado, determinante de la realidad. Es un conocimiento que hace, que contribuye a cambiar el mundo porque va inserto en el proceso general de la praxis humana”.

“En este sentido corresponde destacar otra función dignificante de la dogmática: a través de ella los conceptos jurídicos van formando un *corpus iuris* de contenido cada día más

⁵⁷ Íbidem, pág. 27.

⁵⁸ Íbidem, pág. 28, la cursiva es nuestra.

⁵⁹ Íbidem, pág. 29, la cursiva es nuestra.

⁶⁰ Íbidem, pág. 30.

generales e internacionalmente válidos. Con muy pequeñas variantes de país a país, es posible hoy construir amplios sistemas de nociones jurídicas válidas”.⁶¹

Al referirse al derecho penal como ciencia normativa, explica Soler que las leyes penales contienen una valoración doble, una positiva en relación al bien jurídico tutelado y un desvalor vinculado al mal que debe ser evitado (la pena), más aclara: “Estos valores, positivos y negativos, *son objetivos*, en el sentido de que no son creados o puestos por el intérprete, por el juez”.⁶²

De la reseña efectuada surge que Sebastián Soler no solo describe a la dogmática de una manera clásica –es decir, conforme la caracterización realizada en la primera parte de este trabajo- sino que es un acérrimo defensor de esa concepción del estudio del derecho, apareciendo tal vez como el arquetipo del dogmático en el ámbito de la doctrina penal nacional.

b) Sistema de la teoría del delito.

Para Soler delito es acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal.

Al igual que Ricardo Nuñez, también a este autor puede ubicárselo dentro del denominado sistema Liszt-Beling, por cuanto sostiene un concepto causal de acción, una noción de tipo predominantemente objetiva y una teoría psicológica de la culpabilidad⁶³.

Sin perjuicio de ello, es pertinente –sobre el punto- citar la opinión del actualizador de su obra: “...nos resistimos a adscribir sin reparos al pensamiento de Soler en torno a la teoría del delito –no obstante sus coincidencias básicas- en lo que se ha denominado el ‘sistema Liszt-Beling’: pues a poco que se ahonde en su desarrollo bien pronto se advertirá la existencia de diferencias profundas (particularmente en lo que hace al concepto de acción y, en menor grado, en su concepción de la culpabilidad) que le otorgan una fisonomía propia y autónoma, punto de vista que, por otra parte, compartimos plenamente”.⁶⁴

c) Fundamento y finalidad de la pena.

Para Soler la pena es *“un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos.”*⁶⁵

⁶¹ Íbidem, pág. 32, allí el actualizador cita la opinión de Sebastián Soler en *Las Palabras de la ley* (Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1969).

⁶² Íbidem, pág. 34, la cursiva es nuestra.

⁶³ Íbidem, pág. 276.

⁶⁴ Íbidem, pág. 279, opinión de Guillermo Fierro.

⁶⁵ Sebastián Soler, op cit. T.II., pág. 400.

A la hora de explicar cada uno de los elementos de esa definición, comienza indicando que su carácter retributivo la distingue de las sanciones reparatorias y supone que la pena “lleva siempre un elemento de compensación ideal de una lesión causada al derecho en general”, como así también que “hiere al delincuente, porque el delincuente ofendió algo más que un derecho subjetivo privado e indemnizable”; añadiendo que es este carácter *retributivo el que señala los límites de la pena*, pues pone en relación el valor de los bienes jurídicos lesionados con el desvalor de los males causados al autor.⁶⁶

Señala Soler que la pena es un mal porque implica la disminución de un bien jurídico, mas existen a su respecto limitaciones jurídicas que en nuestro sistema derivan de los arts. 17 y 18 de la C.N.⁶⁷

Explica que estas limitaciones responden a un positivo progreso cultural y concuerdan con la sensibilidad ética de una sociedad evolucionada, expresando que modernamente se reconocen para las penas los criterios de la *humanidad del medio penal, moralidad, personalidad, igualdad, divisibilidad, economía, revocabilidad y mínima suficiencia*.⁶⁸

El fin de la pena es para Soler *evitar el delito*, distinguiéndose al respecto la función de prevención general y especial.

La *prevención general* operaría en un primer momento por la sola conminación de la ley que aparece como una amenaza, y que por el principio hedonístico serviría para que el individuo tienda a prescindir de la conducta delictiva, para evitar una molesta consecuencia⁶⁹; y luego en su aplicación, la pena sería apta para mostrar a los malvados la efectividad del mal amenazado⁷⁰.

Para cumplir su función de *prevención especial* la pena debería, en su aplicación, suministrar al condenado motivos psicológicos y sociales de buena conducta futura, evitando entonces la comisión de nuevos delitos.⁷¹

Conforme las ideas reseñadas, podemos situar a Soler –al igual que Nuñez- dentro de aquellos autores que suscriben una teoría mixta en relación con el fundamento y finalidad de la pena, describiendo una función de prevención general negativa y otra de prevención especial positiva.

⁶⁶ Íbidem, pág. 403.

⁶⁷ Íbidem, pág. 407.

⁶⁸ Íbidem, pág. 408.

⁶⁹ Íbidem, pág. 411.

⁷⁰ Íbidem, pág. 412.

⁷¹ Íbidem, pág. 412.

c) Determinación judicial de la pena y peligrosidad.

En el brevísimo tratamiento que brinda Soler a la problemática que nos ocupa⁷², ubica al sistema de los arts. 40 y 41 del Código Penal dentro de los que él denomina “de libre arbitrio judicial” –por oposición a los de “circunstancias agravantes y atenuantes genéricas”- cuya característica distintiva sería dejar a criterio judicial la tarea de adaptar la pena al caso concreto, sin prefijar el valor de las circunstancias a ponderar.⁷³

Sostiene que la tarea del juez es en este punto delicada, requiriendo de conocimientos psicológicos, antropológicos y sociales.

En su opinión, no debe buscarse una proporción entre delito y pena, porque se trata de dos entidades heterogéneas, sino que lo importante es la comparación entre el desvalor social del hecho y el desvalor del mal de la pena para el individuo.⁷⁴

Sostiene –mencionando la opinión contraria de Nuñez- que no es correcto afirmar que el sistema de nuestra ley sea estrictamente subjetivista, puesto que la división de los dos incisos del art. 41 específicamente distingue las circunstancias objetivas de las subjetivas.

Nos dice Soler: “La adaptación de la pena se produce, pues por medio de un doble proceso en el cual se aprecian, primero, los aspectos objetivos del hecho mismo; después, las calidades del autor y, entre éstas, deben incluirse las circunstancias de las que puede inducirse un criterio acerca de la probabilidad de que el sujeto vuelva o no a delinquir (peligrosidad)”

“En esa graduación deben estar presentes, pues, los fines de la pena, a objeto de que ella obre en el caso concreto con la mayor justicia y eficacia”⁷⁵

Entiende por peligrosidad “*la probabilidad de que un sujeto cometa un delito*”⁷⁶, pero es muy crítico de la utilización de este concepto.

La crítica se funda en que la generalización del principio de peligrosidad conduciría a la destrucción de las figuras delictivas y reduciría la represión al plano político de inseguridad, a lo que añade que “no existe procedimiento alguno que permita pronosticar la delincuencia posible de un sujeto determinado”⁷⁷

En definitiva, para este autor la peligrosidad no es el único criterio al que la ley se atiene para la determinación de la pena, sino que es solamente una de las pautas que deben ponderarse cuando se analizan las calidades del autor a las que refiere el segundo inciso del

⁷² No le dedica más que dos páginas (Cfr. Sebastián Soler, op. cit., T.II., pág. 495 y 496).

⁷³ Íbidem, pág. 495.

⁷⁴ Íbidem, pág. 495, allí se cita la opinión de Mezger.

⁷⁵ Íbidem, pág. 496.

⁷⁶ Íbidem, pág. 502.

⁷⁷ Íbidem, pág. 503.

art. 41 (las que deben además relacionarse con la gravedad objetiva del hecho a la que –en su postura- se vincula el inciso primero de aquella norma).

3. Eugenio Raúl Zaffaroni (Tratado de Derecho Penal).

d) Concepción de la dogmática.

Zaffaroni –en esta primera obra examinada- analiza la relación entre el método dogmático y la ciencia penal en el capítulo IV.⁷⁸

Para él la ciencia del derecho es “*el estudio del producto de la actividad legislativa con el objeto de lograr su adecuada y segura aplicación*”⁷⁹, y el método del derecho penal, como ciencia jurídica, no puede ser otro que el que corresponde a la ciencia del derecho, es decir el método dogmático, gracias al cual –sostiene- “nuestra disciplina ha alcanzado un enorme y fecundo desarrollo”.⁸⁰

Critica la caracterización del derecho como *ciencia valorativa*, afirmando que la actividad valorativa misma nunca puede ser científica, debido a su inverificabilidad, limitándose la ciencia del derecho a proyectar jurisprudencia a partir de la verificación de la existencia y el alcance de los desvalores contenidos en los juicios subjetivos de valor del legislador: “Todo desvalor que no surja de la ley o al que la ley no remita, no es problema del científico del derecho como tal (ni del juez como sancionador de lo proyectado por el científico), sino del legislador”.⁸¹

“La dogmática penal se pregunta cuándo hay delito, cuándo se debe aplicar la pena y cuál debe ser la medida de la pena”⁸², y su objetivo último es la tarea de proveer al objetivo de la *seguridad jurídica*⁸³, ya que frente a la imposibilidad de que una ley resuelva en su texto todos los posibles casos que se presenten, “la única solución es inferir las soluciones conforme a una serie de principios generales –conceptos- que se construyen a partir del texto”.⁸⁴

Nos permitimos ahora una extensa cita:

“Frente a un conjunto de disposiciones legales el jurista se encuentra en la misma situación que el físico: debe tomar datos, *analizarlos (dogmas)*, establecer las similitudes y diferencias y *reducir* lo que opera igual bajo una apariencia pre-analítica de diversidad. Luego, debe elaborar una teoría (*construcción*) en la que cada uno de ellos encuentre su ubicación y explicación. Por último, debe plantearse hipótesis a efectos de verificar si esta teoría funciona

⁷⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs.As., 1987, pág. 277 y ss.

⁷⁹ *Íbidem*, pág. 279.

⁸⁰ *Íbidem*, pág. 278.

⁸¹ *Íbidem*, pág. 280.

⁸² *Íbidem*, pág. 280.

⁸³ *Íbidem*, pág. 281.

⁸⁴ *Íbidem*, pág. 282.

de acuerdo a la totalidad, si no hay elementos que no hallan explicación adecuada, o sea, si alguna parte 'del todo' la contradice (en otras palabras: la teoría –construcción- no puede estar en contradicción con los textos legales). Este es el proceso de *verificación*. Por supuesto que la construcción no puede estar tampoco en contradicción consigo misma (requiere ser lógicamente completa). En síntesis, *el jurista debe elaborar un sistema no contradictorio de proposiciones, cuyo valor de verdad sea verdadero*.⁸⁵

Zaffaroni sostiene aquí que el problema de los límites a la actividad legislativa es predogmático, por cuanto se refiere al *objeto de conocimiento* del método dogmático, y entonces debe ser resuelto antes de la aplicación de la dogmática.⁸⁶

Finalmente, sostiene Zaffaroni al estudiar la relación entre Dogmática e Ideología: “El método dogmático hace que la ciencia jurídica sea, en cierto sentido, independiente de las ideologías. Permanece *independiente* de la ideología en cuanto a su método, puesto que, si bien éste presupone necesariamente una ideología que nutre a la ley –que es la que brinda los elementos para la construcción-, ésta puede inspirarse en ideologías que sostengan valores harto dispares. Puede tratarse de un sistema capitalista o de un sistema socialista, pueden reconocerse valores culturalmente condicionados muy diversos, o sea que, como método, es aplicable a legislaciones que recogen valoraciones distintas y dispares. *Decimos que en este sentido permanece independiente de las ideologías, pues de su método pueden valerse, para realizarse en derecho, diferentes ideologías*”.⁸⁷

Como se observa, la caracterización que hace Zaffaroni de la dogmática es bastante clásica, en tanto la funda en un concepto tradicional de seguridad jurídica, le niega carácter valorativo, asimilando incluso su método al de las ciencias duras (física), además de que la considera aséptica ideológicamente.

Veremos luego que en su última obra modifica radicalmente su concepción.⁸⁸

b) Sistema de la teoría del delito.

Zaffaroni expresa en esta obra su adhesión a la sistemática de la teoría del delito finalista inaugurada por Hans Welzel

El punto de partida de esta concepción de la teoría del delito es el concepto final de acción, según el cual la voluntad no puede ser escindida de su finalidad, por cuanto toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin.⁸⁹

⁸⁵ Íbidem, pág. 282/283.

⁸⁶ Íbidem, pág. 287.

⁸⁷ Íbidem, pág. 293.

⁸⁸ Infra, pág. 33 y ss.

La tesis finalista incorpora el análisis de la finalidad de la acción al tipo, distinguiendo entre estructuras típicas dolosas y culposas⁹⁰, y sosteniendo un concepto puramente normativo de la culpabilidad⁹¹.

Resultado del análisis del dolo en el tipo es la distinción entre error de tipo y error de prohibición, que –de algún modo- viene a reemplazar la vieja distinción entre error de hecho y de derecho, y que a su vez generó nuevas disputas en el campo dogmático.⁹²

Sin perjuicio de lo expuesto, la obra de Zaffaroni presenta algunas particularidades constructivas, entre las que se destaca la noción de tipicidad conglobante que ensaya.⁹³

c) Fundamento y finalidad de la pena.

A diferencia de los autores antes mencionados, Zaffaroni analiza la problemática de la pena en la primera parte de su obra, cuando trata lo referido al *Horizonte de proyección* del saber penal.

“El científico, como amante del saber, lo busca, pero para encontrar el saber acerca de ciertos entes, tiene que delimitar previamente los entes de que se trata. De allí que todo el instrumental metodológico con que una ciencia busca el saber acerca de un ente o de un conjunto de entes, y con el que construye el ‘sistema de comprensión’ de ese ámbito de la realidad, que nos dará el ‘qué’ de esos entes, requiere un *a priori*, que es su horizonte trascendental, su horizonte de proyección, esto es, la delimitación, el acotamiento, la demarcación del sector de los entes que quiere interrogar”.⁹⁴

“No nos cabe duda que a partir del concepto de pena ‘puede establecerse deductivamente todo el sistema penal y todo el mundo conceptual del derecho penal’, porque ‘en definitiva, lo que se diga sobre la pena que ha de imponer el Estado es lo que decide todo, principalmente, desde luego, la doctrina de la imputación, que, propiamente hablando, abarca toda la doctrina del derecho penal general’.”⁹⁵

Para este autor la pena es *la privación de bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito en la medida tolerada por el sentimiento social medio de seguridad jurídica, como*

⁸⁹ *Ibidem*, T.III, pág. 45 y ss., allí se sostiene un concepto óntico ontológico de conducta.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 168 y ss.

⁹¹ *Ibidem*, T.IV, pág. 9 y ss.

⁹² Así, entre los que sostienen una teoría “estricta” de la culpabilidad y quienes postulan una “limitada” (Cfr. Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 648)..

⁹³ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, T.III, pág. 168 y ss.

⁹⁴ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*. T.I., pág. 28.

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 65, allí la cita textual que realiza Zaffaroni es de Schmidt.

*seguridad de co-existencia*⁹⁶, y tiene por objeto resocializar al autor, para evitar nuevos ataques a bienes jurídicos penalmente tutelados.⁹⁷

La pena sería pues el modo diferencial que tiene el derecho penal para proveer a la seguridad jurídica.⁹⁸

Expresa que su posición está “claramente inclinada hacia la tesis de la función preventivo especial de la pena”⁹⁹, y agregamos nosotros que la prevención que postula es de claro tinte positivo, por cuanto alude a la resocialización del sancionado.

Así, cuando analiza la forma en la que el derecho penal busca lograr su objetivo de prevención, planteada la disyuntiva entre *prevención general* y *prevención especial*, asimila aquella a una venganza de la cual no puede valerse el derecho penal de un Estado social de derecho¹⁰⁰

“El único camino que a nuestro juicio queda expedito para un Estado de derecho, republicano y moderno, no es otro que el de la prevención especial mediante la resocialización del penado, sin por ello desconocer en absoluto que la pena, por más que persiga un fin preventivo especial resocializador, bien puede *de hecho* tener un efecto preventivo general, derivado de que siempre seguirá siendo un mal, porque no puede operar sin privar al penado de bienes jurídicos”.¹⁰¹

Afirma entonces que la prevención general en un Estado de derecho “no puede ser más que el efecto tangencial y eventual de la prevención especial resocializadora, que nunca debe ser buscado ni tomado en cuenta por el legislador racional como un medio para imponer sus valoraciones”.¹⁰²

Sin embargo, aclara Zaffaroni que la circunstancia de que se entienda que la pena debe procurar la prevención especial no supone que en los hechos se cumpla tal prevención, comprobación que entiende corresponde hacer a la criminología, y en todo caso incumbirá al derecho penal receptor sus enseñanzas a efectos de adecuarse a la realidad.¹⁰³

⁹⁶ Zaffaroni sostiene en esta obra que *el derecho penal no puede tener otra función que la de la seguridad jurídica*, por cuanto esa es la función de todo el derecho, de la cual no puede menos que participar el derecho penal: “El derecho tiene por fin posibilitar la existencia, lo que implica asegurar la coexistencia, porque la existencia humana siempre —e ineludiblemente— es co-existencia. Este aseguramiento se obtiene introduciendo un orden coactivo que impida la guerra civil, esto es la guerra del todos contra todos”. En definitiva, seguridad jurídica sería *seguridad de la co-existencia* (Cfr. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 44 y ss., allí se cita la opinión de Welzel sobre el punto)

⁹⁷ *Íbidem*, pág. 77.

⁹⁸ *Íbidem*, pág. 63.

⁹⁹ *Íbidem*, pág. 65.

¹⁰⁰ *Íbidem*, pág. 69.

¹⁰¹ *Íbidem*, pág. 70.

¹⁰² *Íbidem*, pág. 70.

¹⁰³ *Íbidem*, pág. 71.

La medida de la pena será la que revele las necesidades de resocialización, mas siempre dentro de los límites de privación de bienes del penado que sean tolerados por el sentimiento de seguridad jurídica de la comunidad¹⁰⁴. La resocialización es caracterizada como el proceso pedagógico por el cual el sujeto aprende los valores, normas y orientaciones del grupo al que pertenece.¹⁰⁵

Finalmente, critica Zaffaroni a los doctrinarios contemporáneos que sostienen que la pena ostenta un fundamento retributivo.

Sobre el punto, indica que si bien es correcto afirmar que la seguridad jurídica impone un límite a la necesidad preventivo especial dado por una racional proporción entre la cuantía del injusto y la culpabilidad –con el correctivo de la *peligrosidad*¹⁰⁶, la utilización del término *retribución* para denominar ese límite crea una verdadera confusión conceptual, en tanto se mezcla un concepto de cuño idealista e implicancias morales con el grado en que el sentimiento de seguridad jurídica tolera que se afecten los bienes jurídicos del penado.¹⁰⁷

Conforme surge de las ideas reseñadas, podemos ubicar esta obra de Zaffaroni junto con aquellas opiniones doctrinarias que adhieren expresamente a la tesis que sostiene la función preventivo especial (positiva) de la pena a partir de la resocialización del condenado.

d) *Determinación judicial de la pena y peligrosidad.*

Zaffaroni otorga en esta obra un extenso tratamiento a la problemática de la determinación judicial de la pena.¹⁰⁸

Comienza el análisis señalando que el campo de la determinación de la pena es el más arbitrario en el ámbito de la práctica judicial, circunstancia que genera una fuente tremenda de inseguridad jurídica, y que en su criterio es consecuencia de la escasa atención que la doctrina le ha prestado al mismo.¹⁰⁹

Los criterios de determinación de la pena –afirma- dependen siempre de cuál sea el concepto y fin de la pena. La pena es además consecuencia del delito, y entonces no podrían ser conceptos separados en forma tal que nada diga el uno del otro: “*Todo corte arbitrario, toda*

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 72.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 74. Allí Zaffaroni cita en apoyo de su postura las opiniones de Günther Kaiser y Edgardo Rotman.

¹⁰⁶ Sobre este concepto volveremos: *Infra*, pág. 30.

¹⁰⁷ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 90.

¹⁰⁸ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*. T.V., acápite *La determinación de la pena en el caso concreto*, pág. 270 y ss.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 270.

solución de continuidad que los desvincule, no es otra cosa que la confesión de un fracaso sistemático".¹¹⁰

Comienza el análisis dogmático señalando que en su criterio los arts. 40 y 41 ponen a cargo del tribunal una tarea que culmina la del legislador, en tanto que "los mismos criterios que toma en cuenta el legislador para dar al juez una pluralidad de soluciones, son los que debe tomar en cuenta, en directa referencia al caso concreto, para decidir entre ellos".¹¹¹

Para Zaffaroni *la pena se determina conforme al grado del injusto y de la culpabilidad, admitiendo el correctivo de la peligrosidad*.¹¹²

Al explicar la relación entre los conceptos de seguridad jurídica y prevención especial, indica: "La ley traduce esta medida de la tolerancia de lesión a los bienes jurídicos del penado (reforzadora del propio sentimiento de seguridad jurídica) requiriendo que el desvalor del delito no resulte totalmente desproporcionado con la lesión que la pena resocializadora necesariamente implica. Dentro de ese límite puede llevarse a cabo la resocialización".¹¹³

Por *magnitud del injusto* debe entenderse la gravedad de la conducta típica y antijurídica.¹¹⁴

Expresa Zaffaroni: "...la cuantía del injusto no es un criterio totalmente objetivo en el sentido de que debe prescindirse de la calidad de la víctima, de las finalidades ultratípicas perseguidas por el autor, etc., sino que, por el contrario hacen a la 'naturaleza de la acción' en cuanto grado de injusto."¹¹⁵

Señala Zaffaroni como referencias legales a la cuantía del injusto: *la naturaleza de la acción, los medios empleados y la extensión del daño y el peligro*. Sin embargo aclara que las alusiones al injusto no se agotan en el inciso 1º del art. 41, mencionando las referencias del inciso 2º en relación a *la participación que haya tomado en el hecho y las reincidencias en que hubiera incurrido*¹¹⁶. Asimismo, cita como casos particulares de mayor contenido de injusto *al delito continuado y el concurso ideal*.¹¹⁷

En relación a la *culpabilidad* como criterio cuantificador de la pena, parte de una concepción *normativa* de la culpabilidad y fundada en el reproche *por el acto*.¹¹⁸

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 281.

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 291.

¹¹² *Ibidem*, pág. 291.

¹¹³ *Ibidem*, pág. 292.

¹¹⁴ No debe olvidarse que este autor sostiene una concepción compleja del tipo, de tal manera que analiza lo vinculado con el dolo o culpa del autor en el ámbito del injusto.

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 298.

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 296 y ss.

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 300.

¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 303.

En virtud de ello, se niega a interpretar ninguna de las disposiciones del art. 41 como forma de reproche de la personalidad del autor, por considerar que tal interpretación resultaría inconstitucional¹¹⁹, de tal forma que las necesarias alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la más pura forma de culpabilidad por el acto, apareciendo la *personalidad* como uno de los datos que *nos indican el ámbito de autodeterminación del autor*.¹²⁰

“De allí que, dentro de un derecho penal de acto que busque la seguridad jurídica, ésta requerirá frecuentemente que para la cuantificación de la pena opere el correctivo de la peligrosidad. Toda vez que la medida de la pena dada por las del injusto y de la culpabilidad del acto puede resultar contraria a elementales principios de política criminal, se requiere un correctivo en la individualización de la pena, que es la peligrosidad”.¹²¹

Por *peligrosidad* debe entenderse *la calidad que presenta toda autor de delito demostrada por las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del mismo y valorada en el momento de imponer la pena, que expresa el mayor o menor grado de probabilidad de que cometa otro delito que guarde cierta relación de especificidad con el cometido*.¹²²

“La peligrosidad no resulta violatoria de la Constitución, pues es un juicio de probabilidad basado en los datos del hecho que pongan de manifiesto la inclinación del sujeto al delito conforme a reglas obtenidas de la observación de la experiencia en ley de grandes números. La peligrosidad no implica ningún reproche, ningún juicio de desvalor jurídico, sino que es un juicio fáctico (que presupone una desvaloración jurídica) y que se proyecta hacia el futuro”.¹²³

Al delimitar el alcance de la función correctiva que otorga a la peligrosidad, señala Zaffaroni que el juez debe realizar dos juicios separados, ambos vinculados al objetivo de prevención especial: uno con fundamento en la magnitud del delito cometido, que versará sobre el pasado, y otro referido a la peligrosidad, que mirará hacia el futuro.¹²⁴

La peligrosidad entonces no actuaría como un criterio más, sino sólo como un correctivo que operaría luego de que el juez compruebe si la pena determinada conforme a la magnitud del delito resulta suficiente, exigua o excesiva.¹²⁵

Finalmente, en búsqueda de algún criterio dogmático que sirva para evitar que el *correctivo* se convierta en un *criterio único y excluyente*, acude Zaffaroni a la regulación de la tentativa inidónea del art. 44 del C.P., a partir de lo cual concluye: “*Si en ese supuesto particular*

¹¹⁹ *Íbidem*, pág. 303.

¹²⁰ *Íbidem*, pág. 307.

¹²¹ *Íbidem*. Allí menciona el ejemplo del mitómano que comete una estafa, quien será menos culpable pero más peligroso.

¹²² *Íbidem*, pág. 326, el subrayado nos pertenece.

¹²³ *Íbidem*, pág. 304.

¹²⁴ *Íbidem*, pág. 327.

la menor peligrosidad tiene una amplitud que equivale al mínimo, cabe pensar que la mayor peligrosidad también tiene amplitud análoga, por lo cual, como principio orientador general, cabe pensar que la peligrosidad en ningún momento puede tener otro efecto que corregir la cuantía de la pena establecida conforme a la cuantía del delito (grados del injusto y de la culpabilidad) en una medida menor que la correspondiente al mínimo de la pena conminada para el delito.”¹²⁶

Como se observa, al igual que Soler, en esta obra Zaffaroni otorga una limitada relevancia al concepto de peligrosidad en el ámbito de la determinación de la pena, precisando el justo valor que ostenta en su esforzada reconstrucción dogmática del art. 41 del Código Penal.

3. Eugenio Raúl Zaffaroni (Derecho Penal. Parte General).

a) Concepción de la dogmática.

Es indispensable para comprender la concepción de la dogmática que Zaffaroni expone en esta obra comenzar por mencionar la novedosa definición de derecho penal que propone este autor.

*“El derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”.*¹²⁷

Entendemos que es la explicitación del objetivo acotante lo que otorga un carácter diferencial a la concepción mencionada.

Sostiene el autor que la definición dada es, como todas, un acto de poder, y será correcta en tanto se corresponda con su objetivo político.¹²⁸

Zaffaroni sostiene aquí que es imposible construir una teoría jurídica sin tener en cuenta la realidad, y por ello critica a la dogmática clásica por entender que “termina creando una sociología falsa, con una realidad ajena incluso a la experiencia cotidiana, una sociedad que funciona y personas que se comportan como no lo hacen ni podrían hacerlo, para acabar creando discursivamente un poder que no ejerce ni podría ejercer”.¹²⁹

Partiendo de aquella premisa de computar los datos sociales, analiza este autor el fenómeno de la selectividad de la criminalización secundaria y su relación con la vulnerabilidad,

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 330.

¹²⁶ *Ibidem*, pág. 331.

¹²⁷ Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 4.

¹²⁸ *Ibidem*, pág. 5.

¹²⁹ *Ibidem*, pág. 21.

concluyendo que *“la inmensa disparidad entre el programa de criminalización primaria y sus posibilidades de realización como criminalización secundaria, obliga a la segunda a una selección que recae, por regla general, sobre fracasados reiterativos de empresas ilícitas, que insisten en sus fracasos, en buena medida debido a los requerimientos de rol que el propio poder punitivo les formula, al reforzar su asociación con las características de las personas mediante el estereotipo selectivo”*.¹³⁰

En virtud de la operatividad concreta del sistema penal en la realidad, Zaffaroni considera que es obligación de toda construcción teórica decidir si incorpora los datos de esa realidad o los excluye, debiendo en consecuencia resolver: si continúa con generalizaciones no verificadas sobre las funciones de la pena o reconoce que en la mayoría de los casos la pena no puede cumplir las funciones que se le asignan; si opta por seleccionar sólo los datos sociales que no afectan la legitimidad del poder punitivo o reconoce su selectividad; y si construye una teoría que pautе decisiones conforme un fin arbitrariamente asignado a la pena o bien la construye conforme a las reglas de reducción y mínimo de violencia y en base a datos verdaderos,¹³¹ inclinándose en todos los casos por la segunda opción.

El método que propone Zaffaroni para cumplir sus objetivos políticos no es otro que el dogmático, es decir el de interpretación de la ley.

Sostiene que en un Estado constitucional de derecho el poder judicial tiene a su cargo la toma racional de decisiones en el marco de una carta magna cuya supremacía debe controlar, debiendo el método orientarse hacia la construcción de un sistema apto para tal fin¹³², considerando que *“...es claro que el derecho no es objeto de interpretación sino fruto de ella, o sea, de una variable que no depende sólo de la legislación sino sobre todo de la actividad doctrinal y jurisprudencial, que nunca es inocente ni aséptica respecto del poder.”*¹³³

Señala como reglas básicas de toda dogmática jurídica la *completividad lógica*, *compatibilidad legal* –en sentido amplio, incluyendo la Constitución y el derecho internacional- y *armonía jurídica*.¹³⁴

“Es inevitable que el derecho penal se asiente en una decisión predogmática (o presistemática) para construir los conceptos conforme un sentido (objetivo político), no sólo como resultado de una deducción sino también porque, empíricamente, la propia historia del derecho penal demuestra que se puede teorizar para preservar los espacios sociales de libertad

¹³⁰ *Ibidem*, pág. 12.

¹³¹ *Ibidem*, pág. 27.

¹³² *Ibidem*, pág. 74.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*, pág. 75.

del estado de derecho, tanto como para reducirlos conforme al modelo del estado de policía, o para construir conceptos de seguridad cuyo objeto sean los derechos de las personas o la autoridad vertical corporativa del estado, es decir, tanto para apuntalar el estado de derecho como para demolerlo. *La funcionalidad política de los conceptos jurídicos no es más que un dato óptico; el sistema puede asumirla y expresarla, en cuyo caso la hace manifiesta, pero cuando no lo hace, lo único que logra es dejarla latente*".¹³⁵

Haciéndose cargo de las críticas proferidas a la dogmática, sostiene Zaffaroni que en muchos casos la construcción dogmática ha devenido en racionalización autoritaria legitimante del poder punitivo: "Para cumplir esa función política, su punto de partida teórico es la confusión de los planos normativo y fáctico: el requisito republicano conforme al cual *el legislador debe ser racional* se transmuta en la *ficción de que el legislador es racional*".¹³⁶

"El principio republicano de gobierno impone que los actos de éste sean racionales, pero no siempre el ser es todo lo que *debe ser*. La clave superadora se halla en *construir un sistema en que lo racional sean las decisiones jurisdiccionales, descartando los actos legislativos en todo o en parte cuando su irracionalidad sea irreductible, es decir, formulando una propuesta dogmática que asegure el avance del principio republicano y no un sistema lapidario para éste*".¹³⁷

El sistema a construir deberá ser teleológico, como corresponde a un Estado constitucional de derecho con control de constitucionalidad,¹³⁸ y como tal deberá expresar una decisión política previa que le permita su construcción teleológica en base a una función manifiesta y proveer a la *seguridad jurídica* en el marco de un Estado constitucional de derecho amenazado por el ejercicio ilimitado del poder punitivo.¹³⁹

En definitiva, de la utilización perversa del método dogmático no se deriva la falta de necesidad de construir un sistema, por cuanto se requiere la utilización de esta metodología para contener poder punitivo, en tanto la opción por el Estado de derecho no puede sustentarse sólo en la decisión política.

"Rechazar esa experiencia (la de la dogmática) y entrenamiento milenar en la tarea constructiva de un derecho penal exclusivamente reductor del ejercicio del poder punitivo, sería caer en el consabido absurdo de pretender descubrir lo que todos conocen y conduciría a una

¹³⁵ *Ibidem*, pág. 77.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Por oposición a los sistemas clasificatorios, propios de los *estados legales* que no se plantean el problema de la constitucionalidad de las leyes penales (Cfr. Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte general*, pág. 81 y ss.).

serie de insensateces intuicionistas aisladas y, sobre todo, inidóneas para la función práctica del derecho penal".¹⁴⁰

b) Sistema de la teoría del delito.

Si bien Zaffaroni ensaya una construcción que en términos formales se adecua –en general- a la estructura de la teoría del delito finalista, debe señalarse que su construcción presenta importantes diferencias que le otorgan una impronta original.

El punto de partida de esta concepción de la teoría del delito es un concepto final de acción que se distingue del que sostenía Welzel (y el propio Zaffaroni en su obra anterior), puesto que el autor alemán consideraba que este concepto tenía un sustento óntico-ontológico, en tanto que Zaffaroni niega ahora tal afirmación, sosteniendo que no hay concepto óntico de acción, sino que existen límites ónticos para la construcción de esta noción.¹⁴¹

Conforme a la estructura finalista, analiza la finalidad de la acción en la tipicidad, reiterando en esta obra la elaboración del concepto de tipicidad conglobante¹⁴².

Sostiene por otra parte un concepto normativo de culpabilidad, pero introduce la noción de culpabilidad por vulnerabilidad, que viene a complementar el concepto de culpabilidad pura por el acto¹⁴³.

c) Fundamento y finalidad de la pena.

En esta obra Zaffaroni postula una teoría agnóstica o negativa de la pena.

Explica que si bien las agencias políticas formalizan sus programas de intervención punitiva en leyes conforme a funciones manifiestas, lo cierto es que si el derecho penal se quedase en el plano formal, admitiría la derogación de la Constitución y de todos los principios jushumanistas, porque el legislador podría obviar los límites que le imponen las normas de máxima jerarquía con sólo asignarle a una ley funciones manifiestas diferentes o limitándose a obviar el nombre de las penas.¹⁴⁴

Para evitar ello propone construir un concepto de ley penal que abarque *las leyes penales manifiestas* (aquellas que son expresas, declaradas y públicas), las *leyes penales*

¹³⁹ *Ibidem*, pág. 86. Es pertinente señalar que por seguridad jurídica se entiende la de los bienes jurídicos de todos los habitantes.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pág. 81.

¹⁴¹ *Ibidem*, pág. 394 y ss.

¹⁴² Aunque con importantes variantes en relación con su construcción anterior, vinculadas sobre todo a la adopción de criterios de imputación objetiva en el ámbito del tipo doloso activo (Cfr., Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 461 y ss.

¹⁴³ *Ibidem*, pág. 620 y ss.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 36.

latentes (que cumplen una función distinta a la formalmente declarada) y las *leyes penales eventuales*.¹⁴⁵

Considera que la expresión *derecho penal* indica que *la pena* delimita el horizonte de proyección de la disciplina¹⁴⁶, mas “*no es posible precisar el concepto de pena sin examinar más cercanamente la función política del derecho penal*”.¹⁴⁷

“La asignación de funciones positivas al poder punitivo (teorías positivas de la pena) legitiman el poder real que se ejerce con el pretexto de imponer unas pocas penas a personas vulnerables, aunque cabe reconocer que esta función legitimante se cumple con grados significativos, según sea la función manifiesta asignada: algunas imponen mayores límites al poder punitivo (el llamado *derecho penal liberal* en todas sus variantes), en tanto que otras le asignan directamente funciones manifiestas claramente policiales, identificándose con ese modelo de estado (*derecho penal autoritario*).”¹⁴⁸

Entiende Zaffaroni que resulta necesario *renunciar a cualquier teoría positiva de la pena*, en tanto es inevitable que todas ellas legitimen en alguna medida estados policiales, asignen al poder punitivo funciones falsas desde el punto de vista de la ciencia social y sólo en forma ocasional y aislada cumplen alguna de las funciones manifiestamente asignadas.¹⁴⁹

Debe apelarse entonces a una *teoría negativa o agnóstica de la pena*, es decir, una construcción que parta del fracaso de todas las teorías positivas –por falsas y generalizables– en torno de sus funciones manifiestas.

La pena es entonces *una coerción que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes*.¹⁵⁰

“Se trata de un *concepto de pena que es negativo* por dos razones: (a) no le asigna ninguna función positiva a la pena; (b) se obtiene por exclusión (es la coacción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo). Es *agnóstico* en cuanto a su función, porque parte de su desconocimiento. Esta teoría negativa y agnóstica de la pena es el único camino que permite incorporar al horizonte del derecho penal y, con ello, hacer materia del mismo, a las leyes penales latentes y eventuales, al tiempo que *desautoriza los elementos discursivos negativos del derecho penal dominante*.”¹⁵¹

¹⁴⁵ *Íbidem*.

¹⁴⁶ *Íbidem*, pág. 37.

¹⁴⁷ *Íbidem*, pág. 39.

¹⁴⁸ *Íbidem*, pág. 41.

¹⁴⁹ *Íbidem*, pág. 41.

¹⁵⁰ *Íbidem*, pág. 43.

¹⁵¹ *Íbidem*.

d) Determinación de la pena y peligrosidad.

Zaffaroni inicia el análisis de este capítulo de su *Teoría de la responsabilidad punitiva* indicando que la pena que se impone al agente en el supuesto concreto constituye la cuantía de poder punitivo que queda después de la contención que ejerce el poder jurídico en cada caso de criminalización secundaria que se somete a su decisión.

“Excluida toda posibilidad de reemplazar la culpabilidad por la razón de estado, en una teoría contentora del poder punitivo la culpabilidad importa un proceso valorativo dialéctico, en el que acaban sintetizándose la reprochabilidad por el acto (que prescinde de la selectividad y, por ende, de la vulnerabilidad), y un cálculo del esfuerzo que el agente haya hecho por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo (culpabilidad por la vulnerabilidad), resultando de ambas culpabilidades (por el acto y por la vulnerabilidad) la culpabilidad normativa”.¹⁵²

Entiende Zaffaroni que el principal problema dogmático del art. 41 es la inclusión del concepto positivista de peligrosidad del siglo XIX, “que es insostenible en la actualidad por doctrinariamente perimido, extraño al resto del texto legal, inverificable, y esencialmente incompatible con la Constitución y el derecho internacional de los Derechos Humanos”.¹⁵³

Considera inaceptable que una pena funde su cuantía en una suerte de cábala judicial, en un cálculo de probabilidades inverificable por referirse a hechos futuros, en tanto la justicia penal sólo puede juzgar hechos pasados.

“Cualquier interpretación constitucional de la *peligrosidad* del art. 41, impone descartar que se refiera a hechos futuros, tanto como que la sociedad pueda ser objeto de la misma”.¹⁵⁴

Ahora bien, puesto ante la alternativa de suprimir la expresión peligrosidad por inconstitucional o reinterpretarla constitucionalmente, Zaffaroni elige la segunda opción.

La conclusión a la que arriba es que “la peligrosidad del agente, entendida como peligrosidad de su injusto (y no de su persona con independencia de éste), referida siempre al hecho pasado valorado ex ante (y no a un pronóstico cabalístico), teniendo como objeto el esfuerzo del estado de derecho por contener las pulsiones del estado de policía (y no a la sociedad fundida totalitariamente con el estado), no sería más que la expresión que permite, en una reconstrucción dogmática constitucional del art. 41, asentar legalmente la culpabilidad por el esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad”.¹⁵⁵

¹⁵² Íbidem, pág. 986.

¹⁵³ Íbidem, pág. 997.

¹⁵⁴ Íbidem.

¹⁵⁵ Íbidem, pág. 999.

Partiendo entonces de la consideración de la *peligrosidad* como base legal para sustentar la culpabilidad por vulnerabilidad, emprende Zaffaroni la reconstrucción dogmática del art. 41, “entendiendo que *todos los aspectos que señala no son más que indicadores de un único criterio, que es el grado de culpabilidad normativa como carácter del delito que supera e incorpora los anteriores, pero en la proyección dinámica que requiere la consideración del conflicto en la teoría de la respuesta o responsabilidad punitiva.*”¹⁵⁶

Al sistematizar los dos incisos del art. 41, concluye Zaffaroni que operan como criterios de determinación de la pena: *la magnitud del injusto como objeto de reproche*¹⁵⁷, *la magnitud de la culpabilidad por el acto*¹⁵⁸, y *la culpabilidad por vulnerabilidad*¹⁵⁹, descartando la posibilidad de considerar la *reincidencia* como pauta agravante.¹⁶⁰

Como se observa, en esta obra Zaffaroni otorga a la expresión *peligrosidad* un significado completamente distinto al que veníamos aludiendo, en virtud de lo cual puede afirmarse que no otorga ninguna relevancia a la noción de *peligrosidad* –en el sentido de capacidad delictiva- en el ámbito de la determinación de la pena.

VI. CONCLUSIONES.

Expresaremos ahora unas breves conclusiones, tal vez no muy ordenadas, en relación con las cuestiones que entendemos más importantes de la temática analizada.

Es interesante en primer lugar señalar que si bien las cuatro obras analizadas pueden considerarse *dogmáticas*, las tres primeras son en algún sentido *clásicas*, en tanto presentan en su construcción aquellas características que sirven para identificar el método que nos ocupa: identificación de la ley como objeto de estudio, empleo del método conceptualista, y pretensión de otorgar a la labor dogmática un carácter científico que la aleje de toda disputa valorativa e ideológica.

La nueva obra de Zaffaroni, en cambio, sin dejar de ser dogmática, se hace cargo de varias de las críticas que se han realizado a esta disciplina, en especial aquellas vinculadas con el *modelo del legislador racional* y la *tendencia a eludir la justificación valorativa de las soluciones adoptadas*; ideando un sistema que parte de considerar que lo que debe ser racional es la construcción dogmática (el legislador puede no serlo) y se asienta sobre una decisión política (y por ende valorativa) que es de carácter predogmática.

¹⁵⁶ *Ibidem.*

¹⁵⁷ *Ibidem*, pág. 1000.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 1003.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pág. 1006

¹⁶⁰ *Ibidem*, pág. 1008 y ss.

En orden a la relación entre la concepción de la dogmática y la interpretación del art. 41 del C.P., entendemos necesario señalar que tanto Nuñez como Soler parten de reconocer el escaso desarrollo que la problemática de la pena ha despertado en la labor dogmática, circunstancia que parece explicar la escasa atención que prestan estos autores –en especial el segundo- a la cuestión que nos ocupa.

El primer Zaffaroni, en cambio, pretende aplicar su rigurosa concepción de la dogmática a la interpretación del art. 41, y en verdad es el primero en ensayar una reconstrucción precisa de aquella norma, tarea que justifica el extenso desarrollo que dedica a la cuestión en su tratado.

En su última obra, la concepción de una dogmática dirigida hacia un objetivo político explica en gran parte la solución a la que arriba en relación a la interpretación del artículo 41, por cuanto en el tratamiento que brinda a la determinación de la pena aparece con claridad la presencia del objetivo acotante que concibe para el derecho penal.

En cuanto a la relación entre teoría del delito y determinación de la pena, es claro que en las obras de Nuñez y Soler ambas nociones aparecen como compartimentos desconectados, circunstancia que pensamos responde a que el escaso desarrollo dogmático de la determinación de la pena impide tender un puente entre ésta y la teoría del delito que evite que operen como campos desconectados y sometidos a reglas dispares.

En cambio –y más allá de sus particularidades-, las reconstrucciones dogmáticas del artículo 41 ensayadas en las dos obras de Zaffaroni acuden a los conceptos de injusto y culpabilidad, lo que supone un ponderación de elementos propios de la teoría del delito a la hora de la determinación de la pena, y conlleva una más estrecha relación entre la sistemática del delito y el proceso de determinación de la sanción.

La finalidad asignada a la pena ostenta también gran relevancia a la hora de interpretar dogmáticamente el art. 41 del C.P.

En el caso de Nuñez, entendemos que su concepción de la peligrosidad como único criterio para mensurar la sanción revela que entre las finalidades que asigna a la pena tiene preponderancia la prevención especial que este autor refiere.

Con relación a Soler, el hecho de que releve la gravedad del delito como el más importante criterio para individualizar la pena, evidencia que en su concepción mixta de la pena adquiere mayor importancia el aspecto retributivo, aun cuando en su sistema éste opere como un límite al poder punitivo.

La concepción preventivo especial positiva que expone Zaffaroni en la primera de sus obras también incide claramente en la interpretación del art. 41 por él propiciada, por cuanto

este autor limita la necesidad de resocialización a partir de una ponderación entre el desvalor del delito cometido y la lesión que la pena implica; y además la noción de peligrosidad opera como correctivo que sirve justamente para adecuar la pena a aquella finalidad propuesta.

Por lo demás, la teoría agnóstica de la pena del último Zaffaroni posee importante relevancia a la hora de la cuantificación punitiva, en tanto resulta claro que es justamente la negación de toda función positiva en la sanción lo que conlleva una necesidad contentora y reductora del poder punitivo en el ámbito de la determinación de la pena.

Para concluir con la presente labor, entendemos pertinente exponer nuestra personal opinión en relación con las soluciones interpretativas expuestas en orden al art. 41 del C.P.

A la hora de tomar partido consideramos que la interpretación propiciada por Zaffaroni en su última obra es la que más se acerca a nuestro pensamiento, sin perjuicio de las importantes discrepancias que señalaremos.

Decimos que nos acercamos al pensamiento de Zaffaroni porque entendemos que la reconstrucción dogmática que realiza en su última obra es en principio idónea para reducir el excesivo ámbito de arbitrariedad imperante en materia de cuantificación de la sanción, a la vez que establece una lógica y necesaria relación entre los conceptos de delito y pena que permite comprender la totalidad de la problemática penal dentro del mismo sistema.

Los criterios de magnitud del injusto y grado de la culpabilidad aparecen como nociones medianamente rigurosas que sirven para direccionar con relativa precisión la tarea del intérprete judicial a la hora de adecuar la sanción al hecho concreto; y además la novedosa noción de culpabilidad por vulnerabilidad asoma como una inteligente manera de reducir –mínimamente– la discordancia entre la igualdad formal que proclama nuestro ordenamiento legal y la manera en las que operan las normas penales en la realidad.

Finalmente, entendemos acertada la exclusión de la vieja noción de peligrosidad positivista como criterio de determinación de la pena, y es en este punto donde la nueva obra de Zaffaroni nos parece la más acertada, por cuanto coincidimos en que en el marco de un riguroso control de constitucionalidad no parece aceptable la admisión de aquel criterio positivista a los efectos de la individualización de la sanción.

Sin embargo, la circunstancia de que la última construcción de Zaffaroni sea la que más nos convenza no nos exime de realizar algunas importantes observaciones.

En primer lugar, pensamos que la explicitación que Zaffaroni realiza de la opción política predogmática, consistente en asignar al derecho penal un objetivo acotante del poder punitivo, evidencia una plausible sinceridad metodológica que se hace cargo de una de las más importantes objeciones a la dogmática clásica, cual es la de achacarle la tendencia a eludir toda

justificación valorativa de las soluciones propuestas, y ese esfuerzo de honestidad, aun cuando resulte opinable, supone un aporte importante al pensamiento jurídico.

Empero, una construcción dogmática apoyada sobre una explícita decisión política conlleva la consecuencia de que sus postulados sólo serán válidos para quien coincida con aquel objetivo político, y ello constituye en algún sentido una debilidad de la construcción en su concreta operatividad en el sistema judicial (función práctica elemental de toda teoría jurídica), al menos hasta la hora en que la decisión política fundante del sistema sea compartida por la mayoría de la agencia judicial, y en especial, en virtud de la estructura vertical de nuestra organización judicial, por las instancias superiores.

Por otro lado, si bien señalamos nuestra coincidencia en relación a la exclusión del criterio peligrosista en el ámbito de la determinación de la pena, disentimos con el “destino” que Zaffaroni le reserva a esa expresión en el marco de su reconstrucción dogmática.

Establecida la inconstitucionalidad de la noción de peligrosidad entendida como pronóstico de futuros delitos, se plantea este autor la disyuntiva entre la supresión de la expresión peligrosidad del artículo 41 del C.P. y su reinterpretación en el marco constitucional, optando por la segunda alternativa.

Pues bien, estimamos que la reinterpretación de la noción de peligrosidad como expresión que permite asentar la culpabilidad por el esfuerzo personal por alcanzar una situación de vulnerabilidad supone una discrecional adecuación del significado de la expresión al molde del criterio dogmático preestablecido por el autor, forzando excesivamente el término interpretado, lo que tiene por efecto restar credibilidad a la solución dogmática propuesta.

En algún sentido, Zaffaroni incurre en un vicio similar al que achaca a Jakobs cuando critica su concepción de la culpabilidad. Allí sostiene que el dogmático alemán otorga a la expresión culpabilidad un significado que excede por mucho su resistencia semántica, señalando que una noción proporcionada por la ley penal puede debatirse para precisarse, pero no es lícito reemplazarla por otra por completo diferente¹⁶¹.

En definitiva, consideramos que se impone la exclusión de la noción de la peligrosidad del conjunto de criterios que sirven para la determinación judicial de la pena por su inconstitucionalidad.

Pensamos que allí encuentra su justo límite la tarea del dogmático garantista.

¹⁶¹ *Íbidem*, pág. 639.

BIBLIOGRAFÍA.

- Cueto Rúa, J.C., *La Justicia, los jueces y los abogados*. Disertación. Universidad Nacional de Tucumán
- Domenech, Ernesto *Dogmática penal. Funciones y prácticas*, U.N.L.P., 1998
- Ferrante, Marcelo, *¿Defensa social versus seguridad jurídica? Un ensayo histórico sobre la interpretación de la ley penal a la luz del positivismo criminológico*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, Nros. 1-2, pág. 291 y ss.
- Ferreira, Ernesto, *Paz y Administración. La generación del 80 y la recepción del positivismo jurídico penal en la Argentina*, revista virtual Intercambios, número 6.
- Ingenieros, José. *Obras completas*, Elmer, Bs.As., 1957, vol. 7, pág. 22.
- Merryman, John Henry, "La tradición jurídica romano-canónica", Editorial F.C.E., México, 1979
- Mir Puig. Santiago. "Derecho Penal. Parte General" 7ª Ed. Julio César Faira- Editor. 2004
- Nino, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del derecho", Ed. Astrea, Bs. As., 1988
- Nino, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Ed. Astrea, Bs.As., 1980, pág. 65, en similar sentido se pronuncia en *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, Bs. As., 1988, pág. 321.
- Nuñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1987
- Soler, Sebastián. *Derecho Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino"*. Ed. Tea. Bs. As. Ed. Actualizada por Guillermo Fierro. Tomo I y II
- Soler, Sebastián, *Las Palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1969
- Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As., 1980.
- Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Ed. Ediar. Bs. As. Argentina. Año 2000