

## CÓMO SE DETERMINA EL OBJETO DE LA DOGMÁTICA PENAL

Jesús Everardo RODRÍGUEZ DURÓN\*

### I

En mayo de 2010 se celebró en Girona el primer congreso de filosofía jurídica dedicado a la *vexata quaestio* de la neutralidad en la teoría del derecho. Como se sabe, la pretensión de construir una teoría acerca del concepto y la naturaleza del derecho con pretensiones generales y descriptivas es el más caro anhelo del positivismo jurídico en cualquiera de sus múltiples y complejas vertientes<sup>1</sup>. Bajo ese contexto, en la conferencia inaugural, Juan Carlos Bayón se preguntaba cómo se determina el objeto de la jurisprudencia y, después de analizar diversas variantes de teorías descriptivas y normativas, se decantaba por una determinada especie de estas últimas. El argumento —emparentado con alguna tesis ya antes defendida por Nino—<sup>2</sup> sugiere que no hay un único concepto de derecho sino conceptos parcialmente diferentes. Por lo tanto, la búsqueda de un conjunto de propiedades constantes acerca de esa “única” cláusula conceptual es inviable, entre otras causas, por la dudosa posibilidad de identificar los rasgos más importantes del derecho sin involucrar juicios morales<sup>3</sup>. Sin embargo, por ahora venceré la tentación de adentrarme en los senderos sinuosos de la filosofía del derecho y el positivismo jurídico, ya que la referencia al trabajo de Bayón tiene un propósito más inmediato. Por encima del paralelismo entre el título de aquella conferencia y el de esta contribución, lo que quiero subrayar es la afinidad conceptual entre la teoría del derecho y la dogmática penal.

Una de las críticas recurrentes a la dogmática penal es su exagerado interés por las elaboraciones exquisitamente conceptuales. Y no es para menos cuando —según la feliz expresión de Gimbernat— en ocasiones la ciencia penal parece enfocar toda su atención a la sibilina tarea

\* Profesor de la maestría en Ciencias Jurídico-Penales de la Universidad de Guanajuato. Maestro en Justicia Constitucional y candidato a doctor por la misma Universidad.

<sup>1</sup> Por todos, *cfr.* KELSEN, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 16ª ed., México, Fontamara, 2013; y HART, H. L. A., “*Postscriptum* a El concepto de derecho”, trad. de Magdalena Holguín, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008, pp. 91-98.

<sup>2</sup> La tesis sobre la pluralidad de conceptos de derecho ocupó un lugar importante en la producción intelectual de Nino, de ahí que se halle expuesta en diversos trabajos del jurista argentino. Por ahora, baste mencionar solo los más conocidos, en especial, NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2012; e *Id.*, *Derecho moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014. Sin embargo —a juicio de Atienza—, la tesis sobre la pluralidad de conceptos de derecho aun cuando puede resultar verdadera es de escasa utilidad en el contexto de sistemas jurídicos constitucionalizados donde la referencia a elementos morales como criterios definitorios de la naturaleza del derecho siempre es necesaria. Sobre ello, véase la compilación de estudios de SAUCA, José María (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

<sup>3</sup> *Cfr.* BAYÓN, Juan Carlos, “Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia”, en FERRER BELTRÁN, Jordi, MORESO, José Juan, y PAPAYANNIS, Diego (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 17-40.

“de partir un pelo por la mitad”<sup>4</sup>. Semejante juicio, por lo demás, no queda muy lejos de la calificación que merecen, a juicio de algunos, las ocupaciones propias de los filósofos del derecho, a quienes en ocasiones se percibe como una especie de “bichos raros que todo lo más se merecen una foto y un puñado de cacahuates”<sup>5</sup>. De uno y otro lado, pareciera que ocuparse de las especies del dolo, de las categorías de la imputación objetiva, del fenómeno de la derrotabilidad de las normas jurídicas o de las relaciones —necesarias o contingentes— entre el derecho y la moral, no es más que una muestra de un afán de erudición totalmente estéril para la práctica. En el mismo trabajo del que antes he echado mano, Massimo La Torre recoge el lapidario *dictum* de John Austin —a saber, uno de los grandes renovadores de la *analytical jurisprudence*— para quien dedicarse a la teoría descalifica una buena práctica (jurídica)<sup>6</sup>. Contra esta tendencia, en lo que sigue me ocupare argumentar acerca de una asunción que llamaré la “tesis de la relevancia teórica”. Esta tesis sostiene que la práctica —en el sentido de saber hacer en el derecho— es irrealizable sin el soporte de una teoría fuerte como trasfondo. Desde luego, el contenido de una tal teoría abarca necesariamente componentes descriptivos de su objeto, pero ahonda, asimismo, en connotaciones que solo pueden ser prescriptivas e implican un juicio respecto de la conformación del propio fenómeno jurídico<sup>7</sup>. No se trata de disolver la jurisprudencia en los terrenos de la ideología, sino de avanzar en la consecución de un proyecto constitucional que ha roto las fronteras entre la ley de la razón y la voluntad y, con ello, ha positivizado —de consuno— el “ser” y “el deber ser” del derecho<sup>8</sup>.

Reflexionar sobre la “tesis de la relevancia teórica” es importante sobre todo en un momento donde la fugacidad de lo inmediato y la emergencia de lo imprevisto quieren hacer periclitar, incluso, a las conquistas más perdurables del Estado de Derecho. En ese contexto, reivindicar —por ejemplo— las instituciones liberales e ilustradas en el ámbito del derecho penal o propugnar por el sometimiento del poder público a estrictos límites constitucionales, se revelan como dos campos destacados donde debe librarse la brega inaplazable de la racionalidad. Dicho lo cual, a lo largo de los siguientes apartados me ocuparé de explorar las implicaciones de la tesis recién enunciada al hilo de las consideraciones vertidas en el más reciente libro de Luis Felipe Guerrero Agripino, sugerentemente titulado *El derecho penal ante la industria 4.0 y otras complejidades sociales. Actualidad y futuro*, publicado por la casa editora Grañén Porrúa, a finales de 2020<sup>9</sup>. Considero que esta forma de proceder será doblemente proficua, pues —por un lado— permitirá repasar el contenido de la obra y, concomitantemente, proyectará de mejor manera todos aquellos aspectos por los que discurren los problemas más acuciantes y novedosos de nuestros sistemas jurídicos.

<sup>4</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, Lima, Ara Editores, 2009, p. 43.

<sup>5</sup> La satírica expresión es DE LA TORRE, Massimo, “Sobre la relevancia de la teoría del derecho para la práctica jurídica”, en COMANDUCCI, Paolo (comp.), *Análisis y derecho*, México, Fontamara, 2004, p. 237.

<sup>6</sup> *Ídem*.

<sup>7</sup> Al respecto Ferrajoli escribe que “la dogmática y la teoría del derecho no pueden limitarse, como quería una clásica tesis bobbiiana, a decir ‘lo que el derecho es’. Y es que no pueden no decir también, por un lado, ‘lo que el derecho debería ser’, ya que esto forma igualmente parte, en un nivel normativo superior, del ‘derecho que es’; y por otro lado, ‘lo que el derecho no debería ser’ y sin embargo ‘es’, aunque de manera ilegítima”. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en *Id., et. al., La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 62-63.

<sup>8</sup> Véase FERRAJOLI, Luigi, *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2017, pp. 239-240.

<sup>9</sup> Cfr. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *El derecho penal ante la industria 4.0 y otras complejidades sociales. Actualidad y futuro*, México, Grañén Porrúa, 2020, p. 8. En adelante, citaré esta obra mediante la indicación en el texto del número de página entre paréntesis.

## II

El libro de Guerrero Agripino comienza por un conjunto de agudas observaciones sobre la realidad actual. Un aspecto destacable en este rubro es la manera como la contingencia sanitaria a nivel mundial provocada por el nuevo síndrome respiratorio ha puesto de relieve la existencia de amplios espacios donde la eficacia de las instituciones jurídicas es todavía endeble y prácticamente inexplorada. Desde la presentación de la obra —y todavía más en el epílogo agregado específicamente para estos fines (pp. 123-125)—, el autor abunda en la necesidad inaplazable para definir mecanismos de garantía global de los derechos fundamentales con el propósito de garantizar que todas las personas —más allá de su propia condición accidental— tengan acceso a bienes del desarrollo tan elementales como una alimentación suficiente o condiciones de sanidad adecuadas para prevenir y curar enfermedades que (a pesar de su levedad) anualmente cobran miles de vidas entre la población de los países más pobres. En este sentido, el libro es un acabado alegato a favor de la construcción de un constitucionalismo supranacional afinado sobre las piedras angulares de los derechos fundamentales, los principios de la democracia representativa y la limitación de las potestades punitivas del Estado en cualquier espacio donde estén llamadas a ejercerse. El modelo descrito aunque es insuperable en la idea, podría verse contestado desde diversos extremos concernientes a su realización efectiva. Por ejemplo, puede pensarse que el proyecto es inviable por la falta de recursos para cristalizar sus pretensiones o, incluso, por el influjo de mayorías poco dispuestas a aceptar sus presupuestos. Empero, ninguno de estos escollos es determinante para cejar en el empeño. Al contrario, dichos desafíos demandarán respuestas articuladas que solo el derecho puede brindar. Con ese fin, la ciencia jurídica deberá reconocer su papel normativo, es decir, deberá levantarse sobre las bases de un enfoque teórico comprometido con la solución de los grandes problemas de su tiempo (p.124) y con el señalamiento de las mejores formas para proteger los derechos y reducir al mínimo las manifestaciones de poder que puedan lesionarlos (pp. 13-21).

Por desgracia, en nuestros días las fuentes de peligro para los derechos de las personas se han diseminado exponencialmente. No se trata ya solo que las instituciones garantistas operen para la defensa del individuo frente al Estado, sino que su eficacia protectora debe ampliarse también a los nuevos espacios donde se llevan a cabo la mayoría de las relaciones interpersonales de una sociedad globalizada. Este es el punto central de la obra de Guerrero. Para decirlo en breve, su eje se constituye por la exploración de cómo las instituciones jurídicas —especialmente las del derecho penal— pueden prestar un servicio útil también bajo las condiciones mencionadas. Para el autor en comentario, nuestra era está marcada por dos tendencias antagónicas. La primera es el crecimiento de la violencia; la otra, el advenimiento de un desarrollo tecnológico sin precedentes, cuyos efectos impactan prácticamente todos los planos de la existencia.

Sobre este campo, las manifestaciones de la industria 4.0, especialmente, las que tienen que ver con los grandes bancos de datos, la inteligencia artificial, la robótica o el internet de las cosas, ofrecen una imagen ambivalente (pp. 59-67). En sentido positivo, estos adelantos se han traducido en una mejora cualitativa de las condiciones de vida: desde las facilidades para las comunicaciones hasta el perfeccionamiento en los tratamientos para enfermedades otrora con potencialidad dañosa irremediable. Sin embargo, desde una óptica menos halagüeña, dichos aspectos también han puesto en predicamento el monopolio de la fuerza depositado en los Estados nacionales. Nunca antes como ahora los centros de poder se han disgregado hacia arriba y hacia abajo. Esto ha hecho que las afectaciones a los derechos, bienes o intereses de las personas no provengan solamente de los agentes de la autoridad, sino que deriven también de una amplia

laya de actores privados con la capacidad para afectar —quizá en forma más eficaz— la esfera particular de la determinación humana.

Tales circunstancias llevan a plantearse la cuestión de si el derecho —en general— y el penal —en lo particular la teoría del delito— están preparados para hacer frente a los problemas de la modernidad (p. 28). La pregunta tiene sentido porque es común que las expectativas sociales rebasen la capacidad de respuesta de las instituciones, sobre todo cuando se exigen soluciones inmediatas para problemáticas que trascienden al ámbito jurídico. Esto es particularmente notorio ante situaciones donde la crispación social alcanza límites críticos, por ejemplo, ante la incidencia de hechos delictivos graves o en relación con sucesos donde se revela —como escribe Guerrero— el largo trecho que todavía separa la realidad del ideal igualitario proclamado por el unánime consenso en torno a los derechos fundamentales (p. 9). En especial, el avance en la carrera tecnológica puso de relieve la porosidad de los mecanismos para contener y controlar la violencia delictiva. Cada vez con mayor fuerza, los efectos de la delincuencia organizada a alta escala dejan en entredicho la capacidad de reacción del poder público para mantener el imperio del derecho. El fenómeno visible en el caso de las bandas delincuenciales transnacionales se replica en la escala de los delitos menores, donde también la ausencia de sanción efectiva se traduce en una desconfianza generalizada hacia las instituciones de procuración e impartición de justicia (pp. 101-109).

El efecto de esta tendencia deletérea para el Estado de derecho se proyecta hacia múltiples planos que la obra de Guerrero identifica con atingencia. El primero de ellos es la “huida hacia el derecho penal”. Con esta expresiva frase el autor alude a la tendencia de sancionar como delitos conductas que deberían ser materia de regulaciones diversas, pero que se llevan al Código Penal con el propósito de cumplir una función meramente simbólica (pp. 28-29). Desde luego, con ello no solo se consigue desnaturalizar el sentido de las prohibiciones penales, al convertirlas en un recurso de primera mano para responder a la presión social que busca la incriminación de ciertas conductas, sino que —al mismo tiempo— se deslegitima al derecho penal como mecanismo de control social en tanto que la inflación de los tipos no podrá conseguir por sí misma los resultados que la sociedad espera, verbigracia, en el ámbito de la disminución de la violencia delincencial. La huida hacia el derecho penal es solo la primera cara de la moneda. Semejante tendencia suele acompañarse por un correlativo incremento de las penas privativas de libertad y una reducción de las garantías sustantivas y procesales preconizadas desde los albores del derecho penal liberal y cristalizadas en las constituciones de la última posguerra. Bajo esta tesitura, nos encontramos ante un derecho penal con distintas velocidades —según la imagen de Silva Sánchez empleada por Guerrero— que al mismo tiempo en que acelera el ritmo de la criminalización, pretende disminuir las exigencias del derecho penal democrático.

Por lo demás, el problema estructural del derecho penal no termina con esto. Todavía debe darse cuenta del precario estado en el que se encuentra la formación de los abogados (y de los propios teóricos) ocupados en el ejercicio y estudio de las disciplinas jurídico-penales. En este sentido, Guerrero explica cómo se ha llegado a suponer que el derecho penal es una disciplina que demanda solo una atención parcial o cuyas categorías son de fácil aprehensión. Tal apariencia es insostenible y ya de por sí grave, pero lo es más cuando se aprecia que un sector importante de los profesionales que se desempeñan en algún espacio relacionado con la disciplina carecen de los conocimientos suficientes para moverse con solvencia en ese mundo. Una vez más los efectos del letargo no se han hecho esperar. Ellos pueden apreciarse en leyes penales donde se desconocen los principios elementales que limitan el derecho del Estado a castigar, en sentencias que ignoran las categorías conceptuales de la teoría del delito o en defensas penales

enderezadas por postulantes cuya preparación deficiente limita las capacidades de los imputados. Cualquiera de estas manifestaciones es peligrosa, pero sumadas las tres apuntan a un escenario que no puede soslayarse por más tiempo.

El derecho penal —explica Guerrero— debe volver a analizarse con detenimiento. Máxime cuando el entorno auspiciado por la industria 4.0 eleva las exigencias jurídicas de regulación hasta extremos nunca vistos. En efecto, hablar de la industria 4.0 es referirse a la presencia de una industria automática e inteligente, es decir, de todas las actividades que en nuestra sociedad se realizan de forma digitalizada, mediante el empleo de plataformas que favorecen la conectividad, la automatización de procesos y el uso de instrumentos robotizados, los cuales abarcan grandes aspectos de la vida cotidiana (p. 49). Para decirlo en pocas palabras, las principales cualidades de la industria 4.0, están perfiladas por los extremos siguientes:

- a) La acumulación de grandes bancos de datos (*big data*) generados y almacenados de manera automática, ya sea producidos por la propia interacción personal o mediante máquinas donde se reservan imágenes satelitales, videos, registros de transacciones, entre otros (p. 51);
- b) Los sistemas de inteligencia artificial, con lo que se alude a programas informáticos diseñados por seres humanos para la adquisición física de datos y su posterior interpretación con la finalidad de desplegar determinadas operaciones de razonamiento para el cumplimiento de un propósito (p. 52);
- c) La robótica, caracterizada por la utilización de sistemas construidos con capacidad de actuación mental y física, pero que no están vivos en el sentido biológico de la expresión (p. 54); y
- d) El empleo de sistemas ciber-físicos, es decir, sistemas robóticos inteligentes, sistemas técnicos de computadoras conectadas en red, robots e inteligencia artificial que interactúan con el mundo físico, conocidos por sus siglas como CPS (*Cyber Physical Systems*)

Desde luego, como ya se ha visto, las manifestaciones de la industria 4.0 han llevado a la humanidad a estadios de desarrollo que hasta antes eran inimaginables; sin embargo, también han favorecido el surgimiento de problemas —como manifestaciones delincuenciales— igualmente impensadas que reclaman un tratamiento desde el punto de vista de derecho penal. Para ello, será preciso llevar a la teoría del delito a una evolución que permita dar cobertura a las nuevas conductas con potencialidad lesiva para los bienes jurídicos. Desde luego, esto no podrá realizarse con absoluta prescindencia de las categorías garantistas ya mencionadas. El derecho penal debe ser cauteloso a la hora de expandir sus fronteras para cubrir con su regulación las principales manifestaciones de la industria 4.0 que puedan ser constitutivas de actos ilegales. Como lo explica Guerrero, el derecho penal es un instrumento potente contra la impunidad, pero deberá revisar sus fundamentos —para que desde una perspectiva garantista— tenga la capacidad de responder a los nuevos retos de la actualidad. Para ello, es preciso un contrato social integrador capaz de dar cabida a nuevos paradigmas en la construcción del bien común y del reconocimiento de la dignidad de la persona. En este sentido, quizá uno de los principales retos que se alzan en el horizonte evolutivo del derecho penal —y de la teoría del delito— está representado por la industria 4.0. Los adelantos implicados por ella han tenido extremos positivos, pero respecto de los que tienen incidencia en la criminalidad, será preciso que la dogmática desarrolle elementos que permitan regularlos de manera adecuada sobre los presupuestos liberales e ilustrados de la ciencia jurídica penal (pp. 121-122).

### III

Volvamos ahora sobre la “tesis de la relevancia teórica” que deje apuntada en el primer apartado. En este campo el libro de Guerrero proporciona una clara muestra de que los retos contemporáneos del derecho, en especial, del derecho penal solo podrán acometerse desde el marco de una sólida base teórica que sirva de fundamento. En una nota a pie de página visible en la hoja 73 de su obra, el profesor Guerrero recuerda una cita de sir Isaiah Berlin en el sentido de que “las teorías casi nunca nacen en el vacío”. En efecto, este no es el caso de la teoría penal, cuyos planteamientos a lo largo de la historia han mostrado una capacidad evolutiva para adaptarse a nuevas realidades y problemas. Por ello, los retos que la industria 4.0 depara a los juristas, a la par de inaplazables son muestra de que en la teoría jurídica nada puede archivarse como definitivamente investigado.

Sin duda, la ciencia penal garantista como aquella prohijada en el libro de Guerrero hacen palmario que en el marco del Estado de Derecho la dogmática es

un instrumento imprescindible para mantener el derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica. La idea penal más progresiva y avanzada es, primero, sólo eso: una idea. Para realizarla es necesario formularla legalmente; esta formulación -y su interpretación será á tanto más perfecta cuanto más desarrollado y seguro sea el aparato dogmático de que se dispone. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada nada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que -por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y su límite<sup>10</sup>.

En eso precisamente estriba la virtud del libro de Guerrero, en demostrar que mientras la ciencia penal se mantenga fiel a los principios del proyecto garantista enarbolado desde la cuna de la más preclara tradición del derecho penal liberal, la mejor forma para resolver los problemas que plantea una sociedad globalizada, no será otra que aferrarse a las bases incommovibles de la teoría. *Quod erat demonstrandum*.

#### Fuentes

KELSEN, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad, de Ernesto Garzón Valdés, 16ª ed., México, Fontamara, 2013.

HART, H. L. A., “*Postscriptum* a El concepto de derecho”, trad. de Magdalena Holguín, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2012.

<sup>10</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *op. cit.*, pp. 43-45.

- \_\_\_\_\_, *Derecho moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- \_\_\_\_\_, *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- SAUCA, José María (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia”, en Ferrer Beltrán, Jordi, Moreso, José Juan, y Papayannis, Diego (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- GIMBERNAT Ordeig, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, Lima, Ara Editores, 2009.
- DE LA TORRE, Massimo, “Sobre la relevancia de la teoría del derecho para la práctica jurídica”, en Comanducci, Paolo (comp.), *Análisis y derecho*, México, Fontamara, 2004.
- COMANDUCCI, Paolo (comp.), *Análisis y derecho*, México, Fontamara, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en *Id.*, *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2017.
- GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *El derecho penal ante la industria 4.0 y otras complejidades sociales. Actualidad y futuro*, México, Grañén Porrúa, 2020.