

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2004

ESTUDIOS Y TESTIMONIOS
PARA LA DISCUSIÓN



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2004

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 22

2004

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Austral de Chile, de Los Andes, de Chile, de Concepción, Adolfo Ibáñez, del Mar, Diego Portales y de La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2004

ESTUDIOS Y TESTIMONIOS PARA LA DISCUSIÓN

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2003 - 2005)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán
Valdés, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo
Gandolfo, Joaquín García-Huidobro Correa,
Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto,
Agustín Squella Narducci, y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

El presente número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2004 y, en su parte principal, contiene 13 estudios sobre los temas que pueden ser consultados en el índice. De esos *Estudios*, destacamos “Formación de conceptos y aplicación del derecho en el Derecho Penal”, de Max Grünhut, traducido por José Luis Guzmán Dálvora, y “Creación judicial del derecho y seguridad jurídica”, de la profesora de la Universidad Carlos III de Madrid, María Isabel Garrido.

A continuación de *Estudios*, la sección *Testimonios* incluye la traducción castellana de “Religión y religiosidad”, de Norberto Bobbio, que efectuó para nuestra publicación el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Aldo Topasio. La siguiente sección, *Presentación de Libro*, incluye el texto que el sociólogo Ernesto Ottone leyó con motivo del lanzamiento de “Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo”, de Agustín Squella, que Fondo de Cultura Económica publicó en 2005.

Por último, la sección *Recensiones* incluye reseñas de libros recientes de Alasdair MacIntyre, Robert Dahl y Santiago Legarre.

Cabe anticipar que el número de nuestro Anuario correspondiente a 2005 aparecerá en octubre de 2006 e incluirá la versión escrita de las ponencias que autores chilenos presentaron en 2004 en la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar ese año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En octubre de 2006 tendrá lugar la segunda de tales jornadas, en Santiago, con el auspicio de la Universidad Diego Portales. Interesados en participar en ella pueden dirigirse a asquella@vtr.net

De esta manera, a través de publicaciones y jornadas, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social procura cumplir los objetivos que se puso al constituirse como tal en 1981.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

cho como medida de sus expectativas". Y la segunda garantiza el cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y la actuación regular de los que han de desempeñar la función de su aplicación, conectados con el principio de eficacia de aquél (63).

63. Arcos Segura, F.: *La seguridad* ..., op. cit., p. 409; Pérez Luño, A. E.: *La seguridad* ..., op. cit., pp. 31 y 35. Y Hart, H.M. y Sacks, A.M.: *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, The Foundation Press Inc. Westburg, Nueva York, 1994; Wróblewski, J.: *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Dordrecht - Boston-Londres, 1992.

FORMACIÓN DE CONCEPTOS Y APLICACIÓN DEL DERECHO EN EL DERECHO PENAL *

MAX GRÜNHUT **

Una de las principales dificultades de la investigación científica del Derecho reside en su método. Debe éste actualizar en la sentencia judicial las valoraciones de la conducta humana encarnadas en las leyes del Derecho históricamente dado, o anticipar en la formulación de nuevas leyes el futuro pronunciamiento judicial. Es la realidad política la que plantea esta doble tarea. Desde los días del Iluminismo vemos en la vinculación del juez a la ley positiva la garantía fundamental del Estado

* Traducción del alemán por el doctor José Luis Guzmán Dalbora, profesor titular (catedrático) de Derecho penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta (Chile).

Con el título *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht* y publicado como folleto por la editorial J.C.B. Mohr, de Tübinga, en 1926, el texto reproduce el Discurso inaugural pronunciado por el autor el 16 de enero de aquel año en la Universidad de Jena.

** Representante característico de la Jurisprudencia de los valores en el Derecho penal, Max Grünhut (1893-1964) fue destituido de su cátedra poco después de la ascensión al poder del nacionalsocialismo, al igual que otros miembros de la elite de la intelectualidad judía, según registra Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 3ª ed., 1995, cfr. pág. 427. Emigrado al Reino Unido, introdujo en 1947 la enseñanza e investigación criminológicas en la Universidad de Oxford, cuyo *Centre for Criminology* le recuerda con admiración y gratitud como uno de sus ilustres predecesores. Es más, en su artículo

de Derecho. Sólo de esta manera cobra significación independiente el Derecho material, junto a los Derechos judicial y procesal. A partir de aquí adquiere justificación el método "jurídico puro" de aplicación del Derecho, basado en una Dogmática del Derecho material positivo. Estamos acostumbrados a encontrar los principios del Derecho penal material en la forma de hipotéticas conminaciones punitivas, cuya realización depende de que se ejecuten ciertas acciones típicas, adecuadas a una figura legal. La conexión ineludible con la pena realza en su desvalor esas acciones desaprobadas por el Derecho. Puesto que a la pena son inmanentes determinadas representaciones éticas de valor, cierto *pathos* moral. De tal suerte, la conducta antijurídica es tipificada por la legislación en formas características de actividad, en los tipos objetivos de la Parte especial del Código penal. Así, la reprochabilidad personal de la acción, la culpabilidad, viene al encuentro del juez en la forma del «tipo subjetivo» moldeado en la ley a partir de elementos volitivos y representativos; por tanto, con factores fácticos que hay que concebir descriptivamente. Es, pues, tarea de la legislación reducir a tipos los juicios judiciales de valor que se anticipa. Y la esencia de la aplicación del Derecho consiste en transformar los conceptos legales en aquellos juicios. El juez no debe calificar por sí mismo la conducta concreta, sino ha de subsumirla dentro del tipo abstracto y general. Su deber es comprobar si están cumplidas realmente las acciones a cuya ejecución la ley asocia la ocurrencia de la pena. No es su tarea un pronunciamiento autónomo de juicios de valor, sino establecer hechos (1).

Hermann Mannheim and Max Grünhut. Criminological pioneers in London and Oxford, publicado en The British Journal of Criminology, número 44, 2004, págs. 469-495, Roger Hood afirma que sin la llegada de Grünhut, Mannheim y Leon Radzinowicz, esos "tres distinguidos exiliados de Europa continental", a las mejores Universidades inglesas, "puede que la Criminología británica jamás hubiera desarrollado el ímpetu académico necesario para convertirse en una disciplina independiente".

Autor de valiosas monografías, que por desgracia carecen de versión castellana, ofrecemos aquí al lector la que puede considerarse entre las más importantes y representativas, lo mismo del pensamiento de Grünhut que de la escuela metodológica a que él perteneció.

1. En oposición a Kelsen, especialmente sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, págs. 212 y ss., la exposición sobredicha llega al carácter injusto de la conducta

Pero el mero catálogo legal de tipos delictivos no basta. El sistema de descripciones típicas precisa una doble complementación. Primero, la añadidura de tipos excepcionales, cuya presencia *no* permite sacar como conclusión el juicio jurídico de desvalor, a saber: las causas de exclusión del injusto y las causas de exclusión de la culpabilidad. Sin embargo, incluso un sistema de tipos configurado flexiblemente merced a esas excepciones, no puede por sí solo garantizar para todos los casos futuros que las valoraciones correspondientes al motivo legislativo serán juzgadas de la misma manera. Hay casos límites a los que la ley sólo puede hacer justicia a través de una prudente resignación. Aquí sus reglas tienen que ser elásticas. La ley tiene que añadir a los conceptos fácticos ciertos *elementos normativos*, es decir, elementos típicos que reclaman, no la constatación de hechos, sino la formulación judicial de juicios de valor.

El tipo penal, pues, contiene elementos conceptuales de distintas clases. Ante todo, características fácticas que describen una acción o representan sucesos de un acontecimiento externo: la muerte de un hombre, el incendio de un edificio, la sustracción de cosas muebles con ánimo de apropiárselas, la apertura de una carta cerrada. Pero los tipos penales emplean, además, conceptos que no aluden inmediatamente a objetos del mundo real de los fenómenos, sino conciernen a imágenes mentales del ordenamiento positivo: lo ajeno de la cosa sustraída, la juridicidad del ejercicio del cargo, la falta de autorización para cazar. En estos casos, el juez desprende de otros sectores del ordenamiento jurídico el juicio de valor reclamado por el Derecho penal. La atribución de estos juicios jurídicos de valor a sus hechos indiciarios, se encuentra en los tipos de los Derechos civil, administrativo, etc. De estos

expresada en la amenaza penal hipotética, remontándose al contenido *material* de la pena. También en Kelsen entra en juego un momento material, en la medida en que para él lo importante es que el Estado caracteriza la pena como *consecuencia del injusto* (230). Con una derivación *formal* a partir del precepto no se obtiene un deber jurídico de omitir la conducta trazada en la amenaza penal, sino únicamente la obligación — supuesto que no se omita aquella — de tolerar ser castigados, análogamente a los teóricos del Derecho natural, cuando ellos basaron la justificación de la pena en un hipotético consentimiento del penado. De las explicaciones que desarrollamos más adelante se infiere una ulterior delimitación respecto de la teoría pura del Derecho.

requisitos normativos del tipo, que tienen un específico significado jurídico, hay que distinguir aquellos de carácter general. Aquí la ley espera del juez una apreciación basada en la experiencia general del mundo, una valoración extrajurídica, una postura fundada ideológicamente. Lo excesivo de las sumas que el quebrado gastó en lujos, el carácter impúdico de una actuación o un escrito, la falta de autorización para revelar secretos privados que se confió a otro: todos los conceptos de este jaez reclaman al juzgador la formulación de un juicio general de valor. Cuando el Código penal emplea la palabra «antijurídico», se tiene que distinguir si con esto sólo se hizo especial hincapié en la antijuridicidad de que el tipo fáctico es indiciario (parágrafo 242), o si ella alude a un juicio de valor por el juez, como ocurre en la antijuridicidad de la ventaja patrimonial pretendida mediante amenaza o engaño (parágrafos 253 y 263). Este último ejemplo muestra, de paso, que la contraposición entre elementos normativos específicamente jurídicos y elementos normativos generales del tipo, no es absoluta. Hay entre los casos una ancha zona de generalización, gradualmente acrecentada, en la que el juez extrae la medida de valoración, de la relación de las disposiciones singulares de la ley, del «espíritu del ordenamiento jurídico», y donde la apreciación se deja explícita (Proyecto de 1925, parágrafo 75; cfr., además, la Ordenanza procesal civil, parágrafos 279, 529, párrafo 2, y 534, párrafo 2) o implícitamente al poder discrecional, a la libre convicción del juez. Los juicios jurídicos de valor expresan —no de otra manera que las sentencias judiciales— las consecuencias jurídicas de un tipo legal. En los juicios generales de valor, a veces la sujeción a la ley se disipa a favor de una determinada actitud interna del juez, quien, aun allí donde pronuncia por sí mismo un juicio de valor, tiene que sentirse servidor del ordenamiento jurídico, no su señor. Pero, básicamente, queda en pie una distinción entre ambas clases de elementos normativos del tipo. Encontramos esta diferenciación en otros sectores del ordenamiento jurídico; así, cuando en el Derecho procesal se exige, ora un interés *jurídico*, ora un interés *legítimo*, como presupuesto de la tutela jurídica (por ejemplo, la Ley sobre los asuntos de la jurisdicción voluntaria, parágrafo 7, números 1 y 9) (2).

2. El concepto de elementos normativos del tipo procede de M.E. Mayer, *Der allgemeine Teil des dtsch. Strafrechts*, Heidelberg, 1915, págs. 182 y ss., con lo que

De modo que la formación de conceptos penales conoce tres categorías, a saber: conceptos fácticos, conceptos normativos de específica índole jurídica y conceptos normativos generales. Estas distintas especies poseen una importancia enteramente diversa para la aplicación del Derecho. Al principio del Estado de Derecho cuadra conceder preferencia a la formación de conceptos fácticos. Ésta conduce a una actividad meramente intelectual del juez, esto es, el establecimiento y la subsunción de hechos. Con ello, los fallos judiciales participan de la previsibilidad y objetividad de las conclusiones lógicas. Fue esto lo que quiso lograr el Iluminismo cuando contrapuso a la arbitrariedad judicial del Estado de policía, la idea de Codificación propia del Estado de Derecho. El soberano promulga la ley general. El jurado resuelve mediante veredicto inapelable sobre «meras afirmaciones o negaciones de hechos». El juez tiene que “formular un silogismo perfecto: la ley general representa la premisa mayor; la acción conforme o no con la ley, la premisa menor; la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez es constreñido o quiere hacer sólo dos silogismos, se abren las puertas a la incertidumbre” (Beccaria). Este es un pensamiento que se repite constantemente en la bibliografía y legislación de aquella época. En ningún otro campo ha cumplido un papel semejante como en el Derecho penal. A propósito de la creación del Código penal de la Confederación de la Alemania

él piensa sobre todo en los juicios de valor específicamente jurídicos. Los elementos típicos normativos de M.E. Mayer se diferencian de otros elementos del tipo en que no sólo indican, sino fundamentan la antijuridicidad, y porque no están causalmente conectados con la manifestación de voluntad del autor, teniendo con éstos en común que deben ser abarcados por el dolo del último (Código penal, parágrafo 59). Graf zu Dohna, *Recht und Irrtum*, Mannheim, 1925, pág. 30, quiere restringir el concepto a tales propios factores de la antijuridicidad, los que, a causa de su carácter normativo, quedan fuera del ámbito de validez del parágrafo 59, y en esto llama la atención sobre el enlace estructural existente dentro de los conceptos del tipo penal. Hellmuth v. Weber, *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den dtsch. StGB Entw. 19 u. 25* (Leipziger rechtswissenschaftl. Studien, Heft 12), Leipzig, 1925, pág. 77, nota 2, cuenta los elementos típicos normativos de M.E. Mayer entre las características fácticas. Entrañan un juicio sobre el ser, no sobre un deber ser (lo ajeno de la cosa, la falsedad de un hecho). A aquellos que en la exposición que antecede fueron designados como elementos normativos generales del tipo, es aplicable el término «conceptos de apreciación», acuñado por Zitelmann, *Kunst der Gesetzgebung*, pág. 40.

del Norte, John ve garantizada la independencia judicial únicamente en una ley configurada de tal suerte, que haga posible, “dentro de un método jurídico correcto”, sólo una decisión. Actualmente, Richard Schmidt divide en el Proyecto oficial de un Código penal común para Alemania, un punto de viraje desde una Administración de Justicia penal «conforme a la ley», a otra «libre de reglas». Para él, sigue siendo “tarea principal de la ley penal delimitar unos de otros, con el mayor rigor posible de caracterización formal, los tipos promedios, las fórmulas esquemáticas de las acciones punibles”. De modo que para la aplicación del Derecho y en interés de la seguridad jurídica, se da preferencia a la formación de conceptos fácticos en el tipo penal (3).

Sin embargo, estos elementos fácticos yacen sólo aparentemente aislados de los normativos. En realidad, la reunión de ambos en un tipo unitario lleva a un *enlace estructural de elementos fácticos y normativos* en los mismos requisitos típicos individuales. La aplicación del Derecho muestra, en muchos casos, la tendencia a reducir las valoraciones dadas en ellas al establecimiento de ciertas formas de conducta que se repiten con regularidad y, por tanto —análogamente a la legislación—, a configurar juicios de valor en tipos. El tipo de la extorsión exige antijuridicidad en la ventaja patrimonial que se pretende. Cuando es antijurídica una ventaja patrimonial que se busca conseguir mediante amenaza, sólo cabe determinarlo con el auxilio de una medida extralegal de valor, a saber, que la ventaja patrimonial no es antijurídica si entre ella y la amenaza existe una relación adecuada, conforme al tráfico. En el *Comentario de Leipzig*, Lobe esquematiza este juicio general de valor de la conformidad al tráfico, en tres grupos de conducta caracterizados como típicos: 1. Prestación y contraprestación se regulan en el mercado libre por la oferta y la demanda; 2. Abandono de una relación jurídica o comercial; 3. Reparación de un daño por existir —y aquí se destaca nuevamente el

3. Beccaria y Esselborn, *Ueber Verbrechen und Strafen*, Leipzig, 1905, págs. 71 y ss. John, *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, Berlin, 1868, pág. 19. John se opone aquí a que tentativa y consumación debieran tener en la ley la misma penalidad. Richard Schmidt, *Gesetzmäßige und regelfreie Strafrechtspflege*, *DfZ*, 30, 1291 y ss. En general, sobre el «absolutismo de la ley» y su superación, véase Hans Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, Zürich, 1915.

elemento normativo— una obligación jurídica o moral. Para los casos opuestos, en que no es inconcusa una relación conforme al tráfico y, por tanto, hay que admitir una extorsión punible, Lobe continúa el desarrollo del elemento normativo en formas específicas: que los medios empleados por el amenazador son «en sí» ilícitos, o que las circunstancias implicadas en el juego de oferta y demanda restan «al margen de las relaciones comerciales». Sin embargo, no todos los juicios judiciales de valor se prestan a un tratamiento que los esquematice. El párrafo 193 del Código penal quita la antijuridicidad a la injuria, cuando la expresión que lesiona el honor de otro ocurrió «en salvaguarda de intereses legítimos». El Tribunal Supremo esquematiza la valoración allí requerida, en una característica fáctica: *legítimos* son los intereses *personales* del autor, a los que quedan equiparados los intereses que le afectan inmediatamente por sus relaciones personales. Los intereses ajenos, en especial el interés general de un ciudadano cualquiera en los sucesos e instituciones de la vida pública, jamás son intereses legítimos. Paralelamente a esta jurisprudencia, cuya distinción típica es de importancia trascendental para el enjuiciamiento de las expresiones de prensa, corre un número menor de fallos que se fundan en un juicio judicial de valor: así, se concede a los vecinos de una comuna y la población de una jurisdicción, un interés legítimo en la fiabilidad de los funcionarios municipales y judiciales, en el funcionamiento del servicio postal de la localidad, y al partido político, un interés legítimo en el aumento de su número de votantes en un comicio electoral para elegir munícipes (*Revista de Leipzig*, 1916, 1.559; 1918, 776; 1923, 568; Ebermayer, en el *Comentario de Leipzig*, nota 10, b, al párrafo 193; Tribunal Supremo, 39, 264); pero es ilegítimo mezclar la polémica política con ataques al modo de vida personal, si las faltas nada tienen que ver con el asunto en disputa (Tribunal Supremo, 40, 101). Ostensiblemente, se reconoce aquí un *derecho* a defender con éxito los intereses valiosos según la objetiva estimación judicial, aun a expensas del honor de terceros, mientras que la bipartición de intereses personales y ajenos está basada la idea, muy diferente, de que en la lucha por una causa propia no es exigible un respeto incondicional del honor ajeno, y de ahí que vulnerarlo es *disculpable*. Precisamente porque este cambio de punto de vista queda oculto por la aparente objetividad de la esquematización típica, el refuerzo del

carácter normativo de este precepto en el Proyecto de 1925, párrafo 286, apartado 2, implica una ganancia de seguridad jurídica. Aquí se plantea al juez un doble juicio de valor. Tiene que decidir si el autor persigue un interés legítimo, público o privado, y si ha ponderado debidamente los intereses contrapuestos.

Aún más claro se muestra el enlace estructural de elementos fácticos y normativos en la formación de conceptos penales, si se parte del lado fáctico. No sólo donde formas individuales y específicas de actividad son empleadas como elemento típico, sino también en la medida en que el concepto de *acción natural* es presupuesto de un tipo legal cualquiera, éste es codeterminado por factores *normativos*. Aparentemente, el párrafo 73 del Código penal contrapone con nitidez la acción natural y el enjuiciamiento jurídico que hay que desprender de las leyes penales. Este párrafo dispone una regulación para el caso de que una acción natural sea susceptible de un enjuiciamiento jurídico múltiple, es decir, que puede ser subsumida en diversos tipos legales. Para esto, se prescribe el principio de absorción con respecto a las consecuencias jurídicas, contrariamente al concurso real del párrafo 74, donde está ordenado aplicar el principio de la aspersion, de presentarse varias acciones naturales. En estas circunstancias, es sin duda digna de aprobación la Exposición de motivos del Proyecto de 1925: "La delimitación, a menudo difícil e incierta, de una y otra forma de concurso, no guarda en general relación con el valor práctico de la distinción" (pág. 48). Pero la contraposición entre la *acción natural única* y el *enjuiciamiento jurídico múltiple* permanece, y es de la mayor importancia en el Derecho procesal. El escrito de acusación delimita el tema de la cognición judicial por el *lado fáctico* (párrafo 155 de la Ordenanza procesal penal), de suerte que auto de apertura del juicio oral y sentencia pueden divergir únicamente en la *apreciación judicial* de los hechos. La condena del acusado por un hecho distinto "de aquel en mérito al cual se abrió en su contra el plenario", es admisible sólo dentro de los estrechos límites del párrafo 266. La tarea del juez, de acuerdo al párrafo 264, consiste en conocer *bajo todos sus aspectos un mismo e idéntico hecho*. De lo que se sigue que la identidad del hecho representa el límite de la cognición judicial en la causa pendiente, y el límite del efecto de cosa juzgada para el juicio venidero. Este es el sentido del principio *ne bis in idem*: ningún enjuiciamiento renovado del *mismo hecho*.

Con lo que surge la pregunta: ¿cuándo se presenta el mismo e idéntico hecho? ¿Cómo se determina la unidad natural de la acción en cuanto *prius* lógico de la apreciación jurídica? Esta no es la cuestión, tantas veces tratada, del concepto de la acción, sino la pregunta por la distinción entre unidad y pluralidad de acciones naturales. Es de suponer que en esto se recurra a criterios extrajurídicos o «naturales». Por ejemplo, la autonomía temporal. En la vida cotidiana hablamos sin duda de una pluralidad de acciones cuando éstas han tenido lugar en tiempos diversos. Sin embargo, este elemento de distinción fracasa precisamente en los casos de límites dudosos. Puesto que lo que *buscamos* es justamente una *medida* que haga aparecer una sucesión de palabras injuriosas, un intercambio de simulaciones fraudulentas y amenazas extorsivas, sea como el efecto continuado de un todo unitario, sea como un suceso único separado por cortes. Otro tanto ocurre en los afanes de atribuir la unidad de la acción, a la unidad de la voluntad en que se basa. La voluntad, entendida como fundamento de la formación jurídica de conceptos, se ha tornado problemática también en otros sectores. Cuando aquí se habla a conciencia de la voluntad en términos no jurídicos, sino naturales, es decir, puramente psicológicos, es manifiesto que se piensa en una resolución unitaria. Pero precisamente una resolución unitaria, un plan general, pueden implicar toda una serie de acciones. Y a continuación se inquiere, ¿cómo se concibe la *unidad de la resolución* que encierra una multiplicidad de actividades? Que exista un único acto psíquico o bien un número plural de ellos, difícilmente cabe resolverlo sin basarse en los elementos representativos asociados al impulso de la voluntad. Con lo que la pregunta por la unidad o pluralidad de la acción se desliza insensiblemente hacia una investigación sobre las representaciones del autor acerca de dicha pregunta.

Estas dificultades llevan a un importante reconocimiento. Que una serie de actividades haya de ser reunida en una o varias acciones, no cabe descifrarlo a partir de ellas mismas, sino sólo puede juzgarse según una medida situada fuera de éstas. Dicha medida es relativa. Depende de lo requerido en cada caso, en cuanto imponga reconocer determinadas magnitudes de la acción. No hay acciones en sí, sino sólo con referencia a apreciaciones de cierta clase. De modo que para el criminalista el planteamiento del problema reza así: ¿una o más acciones con res-

pecto a qué tipo delictivo? Por ejemplo, al examinar el tipo legal de la estafa y aquel de la falsificación de documentos, obtenemos cierta totalidad no obstante todas sus diferencias: a la estafa pertenecen acciones engañosas de determinada clase; pero la falsificación de documentos exige también un «hacer uso con fines de engaño» (parágrafo 267). Cada uno de estos tipos atrapa determinados actos individuales, comunes a ambos, y, aparte de esto, uno y otro captan un excedente o *plus* peculiar. Sólo una vez que tenemos en cuenta la relación recíproca de los tipos *legales* podemos contestar la pregunta de si un autor concreto, acaso un falsificador de letras de cambio, ha cometido, relativamente a determinados tipos legales, una acción «natural». Una conducta aparece como *una* acción, con referencia a dos tipos legales, cuando los actos individuales que conforman esa conducta son subsumibles en los elementos típicos de ambas figuras delictuosas. Esta regla concuerda con la fórmula que el Tribunal Supremo ha establecido como base de sus decisiones, aunque muy a menudo en confusa asociación con distinciones naturalistas. «La acción punible tiene que coincidir al menos con parte de la actividad, de manera que una parte pertenezca simultáneamente a los tipos de las varias leyes penales que entren en consideración como vulneradas»⁽⁴⁾. Así, hay que asumir la identidad del hecho en una conducta con referencia a la obtención engañosa de una aceptación en blanco y el relleno del documento contrariamente a lo convenido, según los párrafos 263 y 269 (Tribunal Supremo, 44, 28); la falsificación de un documento y la estafa cometida a través del uso de dicho documento, en los párrafos 267 y 263 (Tribunal Supremo, I, 111); la retención del dinero que el autor solicitó para fines de utilidad pública, en los párra-

4. Así, Lobe, *Leipz. Kommentar*, refiriéndose a *RG.*, 32, 137. Para la caracterización dada en el texto sobre la jurisprudencia, cfr. la profunda investigación de Honig, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, Mannheim, 1925. En síntesis, la exposición precedente se diferencia de la de Honig en que él, a causa de las insatisfactorias decisiones a que conduce la fórmula del Tribunal Supremo, quiere renunciar a la total distinción entre la unidad natural y jurídica de la acción en el Derecho penal, al paso que nuestra exposición considera precisamente lo problemático de la fórmula como punto de partida característico para la formación jurídica de conceptos. También Sauer, *Grundlagen des Prozeßrechts*, Stuttgart, 1919, pág. 195, concibe la identidad del hecho, no como «igualdad natural», sino como «equivalencia jurídica».

grafos 263 y 246 (Tribunal Supremo, 9, 420), y la adquisición de cosas bajo reserva de dominio y la apropiación indebida sobreviviente (Tribunal Supremo, 44, 117). En todos estos casos está presente la identidad del hecho. Ambos aspectos de la conducta están sujetos a la cognición judicial. Un nuevo enjuiciamiento de uno u otro aspecto en particular, es contrario a la condena ejecutoria del hecho, es decir, de un suceso «natural» e histórico. Otra cosa ocurre en la relación entre aborto e infanticidio (Tribunal Supremo, 12, 409), y el allanamiento de morada y un delito contra la honestidad perpetrado durante la permanencia sin permiso (Tribunal Supremo, 32, 137). Esta vez, ningún acto individual de la conducta del autor está incluido al mismo tiempo en los elementos típicos de entrambos delitos. Con respecto a éstos, existen acciones independientes. Si en un principio se formuló acusación sólo por aborto o allanamiento de morada, un nuevo proceso o una nueva condena por infanticidio o un delito contra la honestidad no se opondrían al efecto de cosa juzgada de la primera sentencia, ni habría en ello violación del *ne bis in ídem*.

El procedimiento seguido aquí puede ser denominado como *método normativo*. Que una conducta represente *una sola* acción, depende de que incluya elementos aptos para una doble apreciación jurídica. La clase de apreciación crea el propio tema por juzgar. El concepto fáctico de *unidad* de la acción está definido por factores normativos. Así, hay que deducir del Derecho, de la norma jurídica, aquello que como suceso fáctico es el tema de un proceso. En el proceso civil la cuestión se corresponde con la famosa polémica entre las teorías de la individualización y la substanciación⁽⁵⁾. También en ese campo está en juego la identidad del tema de la sentencia judicial y, a la vez, el límite de la cosa juzgada. Objeto de la sentencia judicial, como reza la Ordenanza procesal civil para el caso típico de la acción de condena a una prestación, es el fallo de la pretensión que se hizo valer; dicho en general: el pronunciamiento sobre las consecuencias jurídicas de un supuesto de he-

5. Stein y Juncker, *Grundriß*, 2ª ed., págs. 135 y ss.; Stein y Jonas, *ZPO*, comentario preliminar III, 3, al § 253. Richard Schmidt, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*, 2ª ed., págs. 390 y ss., y los citados allí.

cho. Visto en términos prácticos, las teorías de la individualización y la substanciación disputan acerca de la pregunta de si, tratándose de una acción real, el cambio de la causa de adquirir que se hizo valer deja a salvo la identidad del supuesto de hecho. La teoría de la individualización responde a esto que sí. Las circunstancias particulares de la adquisición, pues, son reunidas por ella a través del vínculo unificador de su común importancia constitutiva para una relación jurídica. El rechazo de esta doctrina por la teoría de la substanciación, se basa en que aquella extensión del concepto de identidad del efecto de cosa juzgada atribuye a las alegaciones de las partes una importancia demasiado grande para el curso del proceso presente y el futuro. Que la identidad de los temas por juzgar según la norma jurídica está definida por la propia apreciación jurídica, cabe observarlo por doquier. También en el Derecho civil la diferencia entre cumplimiento defectuoso e incumplimiento, o la transmisión incorrecta de una declaración y la transmisión de una declaración diversa, no es una cuestión de establecimiento de hechos, sino un problema de apreciación jurídica.

Se muestra así continuamente en la ciencia jurídica una *dependencia de la materia respecto del método*. “También la materia de los conceptos jurídicos es extraída, como los conceptos mismos, de la cantera del Derecho” (Binding). Cabe subsumir en conceptos sólo algo que esté conceptualmente modelado por sí mismo. De suerte que la ciencia jurídica realiza —en expresión de Radbruch— un “trabajo conceptual de segundo grado”. Sin embargo, este fenómeno no se limita a la ciencia del Derecho. La apreciación de los hechos históricos se encuentra también con un material valorado. Puesto que cuando el historiador habla de victoria o derrota, de progreso o decadencia, de «cosmopolitismo y Estado nacional», formula juicios. Pero el tema de estas valoraciones no son los hechos «naturales» y amorfos. Más bien, los sucesos que relata el historiador, sucesos que son ahora objeto de valoración para él mismo o para el político, son seleccionados en determinada manera y reunidos en una totalidad individual. Esta síntesis material se basa en una «relación teórica» con valores generales, con determinadas ideas culturales. Y no hay duda alguna de que entre estas constitutivas ideas culturales y las normas de la valoración histórica, existe una profunda conexión. Esto es común a todas las ciencias normativas. Puesto que en las cien-

cias del espíritu no hay ideas puras, desprovistas de comprensión intelectual⁽⁶⁾.

De estas discusiones sobre la formación de conceptos jurídicos se sigue una serie de consecuencias con respecto a la aplicación del Derecho. Si toda formación de conceptos jurídicos debe estar al servicio de procedimientos valorativos en la aplicación del Derecho, sin que jamás pueda negar siquiera un trozo de su carácter normativo, entonces *no* hacen justicia a su esencia *conceptos acotados linealmente*. Antes bien, le corresponden ampliamente aquellos conceptos que contienen, para los casos límites, una zona de aparente tránsito continuo, de suerte que la adscripción a conceptos cualitativamente diversos puede depender, en el caso individual, de una graduación cuantitativa. “Muchísimos conceptos de la Jurisprudencia poseen [...] algo difuso, sin que carezcan por eso de importancia. Sus ámbitos de aplicación no están separados por vallas infranqueables, y, antes bien, en los campos de conceptos contiguos tienen lugar constantes pasos, sin que quepa deducir de ello la igualdad con el vecino. Nuestras delimitaciones teóricas tienen al respecto algo de las fronteras en nuestros mapas, cuyas precisión lineal y visibilidad no se reproducen en la naturaleza” (Adolf Merkel). Justamente estos conceptos, dotados de una precisión sólo relativa, llevan a resultados confiables en la aplicación del Derecho. En ello descansa la superioridad de la doctrina de la causa adecuada frente a la teoría de la equivalencia de las condiciones. La relación de causalidad pertenece ostensiblemente al mundo del ser. Ella no es el resultado, sino el presupuesto

6. Binding, *Strafrechtl. u. strafproz. Abhandlungen*. 2 vols. München und Leipzig, 1915, pág. 42. Las explicaciones de Binding se dirigen contra la separación de la cuestión jurídica y la cuestión de hecho, y la consiguiente participación de legos en el proceso penal. Radbruch, *Rechtsidee und Rechtsstoff*, en *ArchRuWPhil*, XVIII, cuaderno 3 (Homenaje a Kant), págs. 343-351, especialmente pág. 347. Radbruch admite una preformación a través de conceptos sociales (científico-sociales). Para él es impropio distinguir apelación y casación, distinción basada en el contraste entre establecimiento de los hechos y apreciación jurídica. El error de subsunción, como subsunción equivocada en los conceptos sociales antepuestos al Derecho, pertenece según esta doctrina al ámbito del error de hecho. Acerca de la «lógica de la ciencia histórica», cfr. Heinrich Rickert, *Geschichtsphilosophie*, en *Philosophie im Beginn des XX. Jahrh.*, Festgabe für Kuno Fischer. 2 vols., Heidelberg, 1905, págs. 51 y ss., especialmente págs. 56-87.

de la apreciación ética o jurídica. A tal efecto, el nexo causal es comprendido intelectualmente de la manera más rigurosa por la teoría de la equivalencia de las condiciones, que con la ayuda de su «procedimiento de eliminación mental hipotética», de nota índole no jurídica, inquiriere por el «mero» vínculo causal y, postergando deliberadamente la valoración posterior, de lo imprescindible de las condiciones individuales deduce su equivalencia. Sin embargo, esta doctrina, que en apariencia satisface los requerimientos lógicos de manera especialmente afortunada, trae aparejadas consecuencias peligrosas en la aplicación del Derecho al subjetivizar las causas legales de extensión de la pena. Admitiendo que las condiciones de un resultado producido son equivalentes, entonces, si no sobrevino el resultado que se propuso el autor, la disposición objetiva de su obrar tiene que carecer igualmente de importancia. Que él ha cometido una tentativa del delito proyectado, un «principio de ejecución» del crimen, eso depende entonces únicamente del significado que él mismo atribuyó en sus representaciones a su plan. Asimismo, la distinción legal de coautoría y complicidad no es hacedera objetivamente, desde el punto de vista de la equivalencia de todas las condiciones, sino posible sólo de acuerdo con la actitud psíquica del hechor. Estas conclusiones, que el Tribunal Supremo extrae de la teoría de la equivalencia de las condiciones, conducen a un desplazamiento de la perspectiva jurídicopenal: ~~aquellos que el autor hizo~~ es enjuiciado —subjetivamente— según la representación que él, con arreglo a la opinión del juez, tenía del significado de su obrar. La teoría de la causa adecuada arriba aquí a distinciones objetivas. Como es sabido, ella acoge en sí un elemento normativo al exigir una valoración, sea del grado de posibilidad del resultado generalizador, sea de la normalidad del curso total en su sucesión continua. Lo indispensable de las condiciones *no* significa precisamente que sean equivalentes para el enjuiciamiento por realizar. En toda comprobación del nexo causal que hay que realizar con miras a la apreciación jurídica, está encajada además una cuestión jurídica. Y tampoco el Tribunal Supremo puede trazar los deslindes requeridos en la Parte especial del Derecho penal sin separar las condiciones con arreglo a su valor jurídicopenal. Por ejemplo, en la doble distinción de los juegos de azar frente a los juegos de destreza y las fulleras, o en la cuestión de si la puerta fue abierta con la llave verdadera o con unas

pinzas que hicieron girar la llave verdadera desde el otro lado de la puerta, o en el problema de si para la producción de la sentencia civil materialmente injusta, fue causal la acción engañosa de la parte procesal o bien la credulidad del juez.

En el campo del tipo subjetivo estos mismos criterios suscitan reparos a la teoría dominante sobre el *dolus eventualis*. El límite entre dolo y culpa puede ser determinado de dos maneras distintas: según el grado de certidumbre con que el autor espera el resultado delictivo considerado como posible, o bien según la medida de simpatía que le profesa. La doctrina dominante sustenta el último punto de vista. Hace depender la imputación al dolo del resultado tenido por posible, del consentimiento, de la aprobación o conformidad del autor. Conceptualmente, pues, ambos grados de culpabilidad están separados por la exigencia de un elemento volitivo —aun cuando llegue hasta desaparecer en el mero consentimiento del resultado considerado como posible— requerido para el dolo, y por tanto, mediante un elemento cualitativo de diferenciación. ¿Pero cómo opera esta distinción en la aplicación del Derecho? Materialmente considerada, la imputación de los casos de consentimiento impremeditado a la forma más grave de la culpabilidad, se justifica sólo merced a la introducción de criterios de culpabilidad que versan fuera de aquello que con el hecho en sí cobró expresión como culpable disposición anímica. Y en esto yace, a la vez, el riesgo formalista de dicha construcción: que el autor estaba de acuerdo con las consecuencias posibles de su obrar, eso en definitiva será juzgado según que el juez crea que él habría desistido de su propósito de haber tenido conocimiento cierto de la realización de esas consecuencias. Por tanto, también en la aplicación consecuente de una distinción conceptualmente neta, el reclamado establecimiento de un determinado tipo legal —aquí, subjetivo— es reemplazado por una apreciación judicial de la total personalidad del autor. Y nuevamente el peligro para la aplicación del Derecho radica en que el juicio judicial de valor es velado por una formación conceptual que pretende una validez lógica general. Viceversa, la otra delimitación trabaja con una graduación escalonada. Ella exige un juicio acerca de si el autor se representó el resultado como una posibilidad próxima o sólo remota, y hace factible una decisión objetiva, por cuanto sólo aquellas representaciones del autor que estén en directa re-

lación con la realización del tipo son materia del juicio ponderador (7).

Estas observaciones encuentran su paralelo en la evolución del Derecho probatorio. La presuntuosa creencia de poder obtener a todo trance la plena verdad objetiva a través de una regulación legal de la prueba, fue el error funesto que justificó durante siglos la tortura y las penas por meras sospechas. El proceso penal reformado consiguió finalmente desahuciar la demarcación lineal de la teoría de las pruebas positiva y negativa, a favor de la libre apreciación judicial de la prueba. Por

7. Acerca de estas explicaciones, Merkel y Liepmann, *Lehre von Verbrechen und Strafe*, Stuttgart, 1912, págs. 151 y ss. En contra de la sobreestimación de la precisión conceptual y del desconocimiento de sus limitaciones ingénitas, Johannes von Kries, *Logik*, Tübingen, 1916, págs. 564 y ss., y 568 y ss. La acentuación unilateral de la precisión "no carece de desventajas, porque puede rematar en el fomento de aquellas definiciones que sólo encubren la índole incierta de todo un número de disposiciones" (565). Sobre la cuestión jurídica involucrada en cualquier afirmación o negación del nexo de causalidad, cfr., entre otros, Heinsheimer, *Die Freiheit der richterlichen Ueberzeugung und die Aufgaben der Revisionsinstanz*, en *Festschrift für Franz Klein*, Wien, 1914, págs. 140 y ss. Kohlrausch, en Aschrott y von Liszt, *Reform des Reichsstrafgesetzbuchs*, I (1910), pág. 198, caracteriza ambas posibilidades de solución para el dolo eventual, en cuanto zona limítrofe de dolo y culpa, como una distinción "según el grado de la probabilidad representada" o según el "valor sentimental de la representación". Últimamente, la primera posibilidad de solución del problema ha experimentado una minuciosa fundamentación, no sólo desde el lado de su practicabilidad en la aplicación del Derecho, sino también desde el punto de vista de una valoración justa de la culpabilidad, por Hans Großmann, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit* (Hamb. Schriften, Heft 6), Hamburg, 1924. Como un reclamo politicocriminal de la actualidad, Liepmann, *Reform des deutschen Strafrechts* (Hamb. Schriften, Heft 2), Hamburg, 1921, págs. 45 y ss., exige un "límite objetivizado del poder penal estatal". Por tal razón, está en contra de la concepción subjetiva de la tentativa, derivada de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y la doctrina subjetiva de la participación de Buri y el Tribunal Supremo, y en contra de la teoría del consentimiento utilizada para caracterizar el *dolus eventualis*. También Sauer, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin y Leipzig, 1921, arriba a conclusiones análogas a partir de su apreciación científicovalorativa: causación adecuada, en el sentido de que "nosotros inquirimos por el curso excepcional que provocó el resultado jurídicamente no deseado" (413), y extrae de esta teoría causal las correspondientes conclusiones para tentativa y participación, y, en el tipo subjetivo, una demarcación entre los elementos doloso y culposo de la culpabilidad en el sentido de von Bar, según el grado de la probabilidad que se representó el autor. Para una apreciación de conjunto del sistema saueriano, cfr. *ZStW*, 44, 723 a 727.

cierto, verdadero y no verdadero son proposiciones contrapuestas que se excluyen recíprocamente. Pero el deslinde entre una «probabilidad rayana en la certeza» y la constatación de los «hechos considerados para la prueba» es fluido, y en los casos limítrofes se presenta al juez como una graduación escalonada, en la que él tiene que decidirse por lo verdadero o lo no verdadero a través de una ponderación final, un juicio personal.

Por otro lado, hay que ponerse en guardia contra una sobreestimación del carácter normativo de la formación de los conceptos penales. Por cierto, en una contemplación más detenida la tripartición de los conceptos jurídicos en fácticos, jurídiconormativos y normativogenerales se presenta apenas como provisional. Es precisamente el criterio del enlace estructural el que muestra el carácter efímero de esa distinción. De ahí que se podría concebir *todos* los conceptos jurídicos como elementos normativos, en el específico sentido jurídico de aquel grupo intermedio, cuando se afirma que en tanto un tipo contiene elementos fácticos o juicios generales de valor, tales requisitos sólo adquieren importancia para el Derecho porque son elementos del supuesto de hecho de una norma jurídica. Por consiguiente, también ellos tendrían que ser imágenes mentales del ordenamiento jurídico. Esta conclusión es correcta desde el punto de vista del positivismo legal, pero no ya como algo natural. Y es que para el positivismo se trata aquí exclusivamente de un *fundamento unitario de validez*. Sin duda, éste es siempre el ordenamiento jurídico positivo, y no relaciones sociales o normas del Derecho natural. Mas ello no obsta a que exista una *diferencia en la estructura lógica* de los conceptos jurídicos —siquiera problemática por matices y entrelazamientos—, una diferencia que en sus diversos efectos psíquicos repercute en el juez cuando aplica el Derecho y, por lo mismo, posee cuando menos un valor heurístico. Claro está que también desde el punto de vista de la estructura lógica el carácter de juicio se podría predicar de todos los elementos conceptuales, incluso aquellos fácticos. Sin embargo, para la apreciación de la ciencia del Derecho cuenta determinar si para una determinada situación jurídica (una prueba, un recurso) es relevante la premisa mayor o bien la premisa menor de un juicio sobre realidades fácticas. En esta medida, la oposición de elementos conceptuales fácticos y normativos tiene significación decisiva para la aplicación del Derecho. De ahí que la ciencia jurídica, según su objeto, no

puede reducirse a una identificación de Derecho y significado normativo, sino debe "hacerse conscientemente un problema de la difícil cuestión del ajuste de los conceptos jurídicos al substrato prejurídico" (Lask) (8).

Del análisis de la formación criminalista de conceptos se desprende, como su consecuencia más importante, el reconocimiento de lo *problemático de la certeza de la ley*. El descubrimiento de elementos normativos en la formación de conceptos fácticos, hace pasar a un segundo plano el carácter puramente lógico de la aplicación del Derecho. Con ello, disminuye la seguridad con que se puede contar de antemano, a partir de la ley, como resultado de la sentencia. Por cierto, las valoraciones a que fue reducida la determinación conceptual de la unidad de la acción «natural» eran de índole jurídica positiva, en el sentido expresado. Sin embargo, hemos visto que el límite entre los juicios generales de valor y aquellos puramente jurídicos es fluido. Y si se toma como punto de partida del análisis de la obtención judicial de la sentencia, no la identidad de la acción como el tema más general del enjuiciamiento, sino especiales conceptos fácticos en su individualidad, pues entonces se tropieza con «concretas cuestiones jurídicas», es decir, interrogantes que yacen dentro de la esfera de lo real y que sólo cabe resolver mediante una apreciación jurídica independiente. Cuanto más especializado deviene el punto de partida real, tanto más la apreciación jurídica del juez tiene que recurrir a valoraciones extralegales para llegar a la sentencia (9).

Todo esto es reconocido hace tiempo en el Derecho civil. En cambio, las discusiones sobre la Jurisprudencia de los intereses y el movi-

8. Emil Lask, *Rechtsphilosophie*, en *Ges. Schriften*, I, 1923, págs. 320 y 323.

9. Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlín, 1912, pretende colocar en el lugar del axioma de la «certeza de la ley», que se ha tornado problemático, la idea de la «certeza del Derecho». De la rica bibliografía metodológica desarrollada en el Derecho civil, sea nombrado Oertmann, *Gesetzszwang und Richterfreiheit*, Discurso rectoral de Erlangen, 1908. Oertmann habla de reglas jurídicas elásticas o individualizadoras, que asocian la consecuencia jurídica, no a un supuesto de hecho como tal, sino a un juicio de valor. Acerca de las «concretas cuestiones jurídicas», que emergen a propósito de problemas aparentemente fácticos, pero que en verdad pertenecen a la apreciación jurídica, A. Wöhli, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung*, en *Festschrift für Adolf Wach*, t. I, 1913, págs. 405-448.

miento del Derecho libre apenas han rozado el Derecho penal, puesto que en éste está ausente un principio fundamental de aquellos idearios: el Derecho penal no conoce lagunas. Él representa la barrera del poder penal del Estado frente al delincuente. Sólo allí donde está conminada una pena determinada para una cierta conducta, puede el Estado punir. El catálogo de las amenazas punitivas del Estado es completo. La existencia de «lagunas» únicamente puede experimentarla el subjetivo sentimiento jurídico del particular, en el sentido de una crítica al ordenamiento jurídico en vigor. Sin embargo, precisamente constatar lo problemático de la determinación de la ley resulta de especial importancia para el Derecho penal. Estamos acostumbrados a ver la idea de la tutela jurídica exclusivamente en la forma de la determinación legal, a saber, en el estricto sentido de la mayor restricción posible del juez a la actividad de establecer y subsumir hechos. Ahora bien, en pro de fines de aseguramiento el Derecho penal venidero pretende ensanchar el arbitrio del juez en la selección y medida de las consecuencias jurídicas. Muchos ven en ello con temor un peligro para la idea de tutela del Derecho. En vista de esta situación, es necesario tener presente que el problema de una garantía de la tutela jurídica basada exclusivamente en la previsibilidad de la aplicación de la ley, se funda en la propia esencia de la formación jurídica de conceptos. Este es un problema científico, no una cuestión de libre elección. Naturalmente, asiste al legislador un vasto margen de libertad entre un arbitrio judicial estricto o amplio, y su responsabilidad al respecto en modo alguno es atenuada por aquella constatación. Ahora bien, para la discusión de este tema es importante distinguir dónde el Proyecto de 1925 plantea al juez nuevos juicios de valor, y dónde, en el Derecho vigente, una apreciación subjetiva es aparentemente velada por la objetividad de una subsunción lógica de hechos. A la vez, la cuestión, hace tiempo descuidada, de si acaso son posibles y necesarias garantías de tutela jurídica también en la conformación del contenido de las consecuencias jurídicas, adquiere a partir de ello superlativa importancia.

Sin embargo, en el campo de la propia jurisprudencia el reconocimiento de lo problemático de la certeza de la ley hace que se busque, asimismo, otros métodos que hagan justicia a la mudada relación de juez y ley, y garanticen la simetría y seguridad de la aplicación del Dere-

cho. A este orden de ideas pertenecen el clamor por la fuerza vinculante de los fallos de casación, o aquel por una interpretación obligatoria de la ley en el caso particular, procedente de los tribunales superiores. No obstante, la cuestión político-jurídica de la obligatoriedad del fallo de casación, depende de cuál sea el objeto de ésta. En el Derecho vigente (parágrafo 337 de la Ordenanza procesal penal), objeto de la casación es una violación de la ley que se liga causalmente con el contenido del fallo. A la pregunta por el concepto de violación de la ley se responde por lo común negativamente. Puesto que la ley puede prescribir al juez, no el hallazgo de la verdad objetiva, sino sólo que se sirva de determinadas vías para ello, no es violación de la ley la comprobación de la situación fáctica. Cuanto más son indicados juicios jurídicos y generales de valor en el ámbito de la comprobación de los hechos, tanto más se ensancha el campo de la apreciación judicial y, con ello, el ámbito de aplicación de la casación. Las salas en lo civil del Tribunal Supremo del Imperio, bajo el influjo de Stein, van en esto hace tiempo a la vanguardia. Las salas penales, como evidencia la reciente investigación de Mannheim, marchan retrasadas y con paso sumamente irregular.

Por consiguiente, lo que hay que examinar es cómo se comporta la formación jurídica de conceptos en la aplicación del Derecho, relativamente a lo controlable en sede de casación. De los tres elementos de los tipos legales, el grupo intermedio, el formado por juicios de valor específicamente jurídicos, puede sin duda ser objeto de casación. Allí donde se dé, el empleo equivocado de estos requisitos normativos de carácter jurídicoformal de los tipos constituye una violación de la ley. Lo ajeno de la cosa, la calidad de comerciante del autor en el delito de quiebra, el pleito judicial como presupuesto de la prevaricación: estas cuestiones nos son familiares como temas de casación. Por el contrario, la misma conclusión no es en absoluto evidente tratándose de los requisitos normativos de carácter general, en los juicios de valor que se basan en la experiencia y las concepciones del mundo. A menudo, pero equivocadamente, se los carga en la cuenta de la comprobación de los hechos, porque no tienen la misma aptitud de definición general propia de los preceptos jurídicos. Es precisamente esa curiosa circunstancia de que las valoraciones «metajurídicas» generales están relacionadas con la comprobación de hechos concretos en su individualidad, lo que per-

mite a la jurisprudencia negar que aquí exista un «concreto punto de Derecho», un trozo de apreciación jurídica o aplicación de la ley susceptible de casación. Así, el Tribunal Supremo del Imperio, en el enjuiciamiento de aquello que hay que considerar como de «valor irrelevante» o «cantidad exigua» (parágrafo 370, número 5, del Código penal), se sujeta a los hechos establecidos por la instancia inferior. Pendiente queda la naturaleza de la apreciación —con vacilaciones, Tribunal Supremo, 52, 227 y 311— sobre si una práctica comercial representa un manejo desleal, y se ha rehusado un enjuiciamiento propio, según el criterio de la experiencia, acerca de la creencia en la eficacia de un filtro de amor o sobre las tesis de la «*Christian Science*» (Tribunal Supremo, 8, 351, y 50, 37), al paso que, por ejemplo, en la cuestión de cuándo hay que calificar una cerveza como corrompida o cuándo cierto comportamiento constituye un agravio, se ha reconocido un trozo de apreciación jurídica. Remitiéndose al parágrafo 267, párrafo 4, de la Ordenanza procesal penal, con arreglo al cual, en caso de allanarse todas las partes a lo resuelto, los fundamentos jurídicos del fallo pueden limitarse a «los hechos que se tiene por probados», el propio Tribunal Supremo (5, 225) plantea el problema de si tras la comprobación de una «añadidura errónea» no se oculta una apreciación jurídica. Como una comprobación de los hechos ordenada por los elementos fácticos del tipo, de la apreciación susceptible de casación queda excluido únicamente el empleo de máximas de la experiencia en la valoración de los medios de prueba e indicios (Stein).

Como resultado de la investigación cabe establecer lo siguiente: el descubrimiento de los elementos normativos en la formación de los conceptos jurídicos parece poner en duda la simetría y previsibilidad de la aplicación del Derecho. Pero, por otra parte, precisamente con este criterio se evita que una limitación ilícita del concepto de violación de la ley restrinja el objeto de la casación. El enfoque normativo, pues, conduce a una aplicación más minuciosa y amplia de las garantías yacentes en la casación, en pro de una aplicación pareja del Derecho⁽¹⁰⁾.

10. Respecto de la jurisdicción civil, Friedrich Stein, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, llamó la atención sobre la utilización de máximas de la experiencia existente en el establecimiento de los hechos, como un objeto posible de la casa-

Sin embargo, en toda apreciación queda un factor irracional, un margen de libertad dentro del cual son concebibles distintas posibilidades de decisión judicial. Aquí la seguridad jurídica se transforma en una cuestión de mentalidad y educación judiciales. A partir de esto, el colega de Derecho procesal penal adquiere su especial significación pedagógica en el marco de los estudios universitarios. Y es que, si bien la determinación del contenido de los criterios valorativos necesarios para la aplicación del Derecho pertenece al Derecho material, el colega procesalista tiene la especial misión de poner de relieve la posición o actitud del juez en sí mismo. En el interrogatorio del inculcado y del testigo, en el Derecho probatorio, en la teoría de los recursos, en la posición del defensor: por doquier aparece la tensión entre estos dos fines, el aseguramiento y la tutela jurídica. Y en la colaboración con el colega de Derecho procesal civil, ambos objetivos jurídicopenales se ensanchan hacia el ideal general de la corrección del fallo individual y la simetría de todas las sentencias, cuyo oficio, lleno de contradicciones, está presente en cada decisión judicial.

Pero de importancia todavía más profunda que su influjo inmediato, es el efecto reflejo de la empresa de la enseñanza académica para el juez del futuro. Él debe encontrar en el afán de objetividad el modelo que ella tiene que procurarle. La demanda, como rasgo distintivo de la objetividad del catedrático de Derecho del Estado —y esto vale también para los representantes de otras disciplinas—, el siguiente: “claridad sobre el límite entre lo objetivo y lo subjetivamente condicionado” (11).

ción. En muchos casos es la propia ley la que manda al juez “establecer a partir de sí los límites del concepto general” (119). Este renombrado libro encuentra ahora un equivalente jurídicopenal en la obra de Mannheim, *Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren*, Berlin, 1925. La idea básica de Mannheim, de que “toda subsunción es susceptible de casación, lo mismo que todo procedimiento auxiliar utilizado con tal fin, como el empleo de máximas de la experiencia en la subsunción, mientras que la misma actividad, adoptada con miras a la apreciación de la prueba, escapa a la casación” (75), y su extensa exposición de la jurisprudencia, han influido decisivamente en el giro práctico de las discusiones precedentes.

11. Laun, *Der Staatsrechtslehrer und die Politik*. *ArchöffizR*, 43, 145 y ss., especialmente pág. 175.

Éste es el mismo pensamiento que fue aplicado en la presente investigación a la formación jurídica de conceptos y la interpretación jurídica. No el embozo merced a imágenes mentales de aparente validez lógica general, sino el sincero desvelamiento de aquello que es un juicio subjetivo de valor, hace factible una aplicación objetiva del Derecho. De este modo, la independencia del fallo judicial y la libertad de la investigación y teoría científicas, se reúnen en un cabo postremo.