

La dogmática y la revista crítica de la jurisprudencia

-

En este número de *InDret Penal* se inicia una nueva sección, coordinada por Ramon Ragués: la de una Revista Crítica de Jurisprudencia. ¿Por qué y por qué precisamente ahora? Porque detectamos un creciente alejamiento entre la academia y los tribunales y queremos contribuir modestamente a invertir la tendencia. Porque parece que vuelve a estar de moda el positivismo legalista en Derecho penal y que todo lo que se aleja de él constituye un activismo judicial (o doctrinal) ilegítimo. Porque, se diga lo que se diga, sin una jurisprudencia bien formada en la tradición dogmática no hay seguridad jurídica.

El positivismo legalista pretendió conseguir la seguridad jurídica “reduciendo el derecho a la ley, una ley escrita y que se presumía conocida por todos desde el momento de su publicación”.¹ Hace muchas décadas que esa pretensión se ha revelado ilusoria. En realidad, la contribución de la ley a la seguridad jurídica consiste en poner ciertos límites al arbitrio judicial. Pero la obtención del Derecho y, con este, de la seguridad jurídica no consiste en la mera ejecución por el juez de los datos legales. El juez que se limita a una operación mecánica de subsunción de los hechos en la ley no logra resolver el caso. Como advirtió el propio Kelsen,² en la aplicación de la ley al caso se contiene siempre un elemento valorativo (que Kelsen denominaba “político”). Expresado en los términos de la teoría de sistemas, la función judicial desempeña un papel de mediación entre el sistema de la política —al que pertenecen las leyes— y el sistema del Derecho —al que pertenece la solución de los casos—. Por eso, su labor no es sólo cognitiva de las leyes. Ahora bien, la seguridad jurídica sólo surge con la previsibilidad e igualdad de las resoluciones judiciales. La cuestión es cómo se consigue eso.

Puede afirmarse que existen tres posiciones sobre la naturaleza de la aplicación judicial de un texto legal: (i) La primera de ellas es semántica o lingüística y hace hincapié en la lectura del texto y en la lógica de la subsunción; (ii) la segunda, en cambio, la reduce a una confrontación política entre las partes, resuelta a su vez políticamente por el juez; (iii) la tercera, por su parte, no niega la dimensión lingüística ni la dimensión política de la confrontación en torno a las

¹ Críticos, GARCÍA-HUIDOBRO/HERRERA, «El hombre y el derecho viven en la tradición», *Persona y Derecho*, (47), 2002, pp. 361 ss., 374.

² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 347.

posibilidades de aplicación de un texto legal. Sin embargo, señala que una y otra deben reconducirse a los parámetros de racionalidad que son específicos de la razón jurídica (esto es, del Derecho). Según esto, la aplicación e interpretación de la ley es un proceso jurídico-normativo.⁵

La razón jurídica, como la razón práctica en general, muestra una fuerte orientación al caso. Ahora bien, ello no legitima en absoluto una aproximación tópica al Derecho, por ejemplo, en la línea de la Escuela del Derecho libre. Es verdad que “el jurista que interviene en la aplicación del Derecho no persigue tanto la formulación de perfectas deducciones lógico-formales como persuadir y convencer a otros de que la solución que propone es la más razonable y justa”.⁴ Por ello, no sólo se sirve de argumentos lógico-formales, sino también de argumentaciones retóricas y tópicas. Sin embargo, las mínimas garantías de seguridad jurídica exigen una sistematización de los argumentos, de modo que éstos puedan ser convenientemente identificados y rebatidos.⁵ Así, la realidad aplicativa de las leyes penales se mueve en el triple marco: (i) de un texto legal; (ii) de una tradición dogmática; y (iii) de una jurisprudencia que tiene la autoridad para concretar el texto haciendo uso de la dogmática. Estos tres elementos se conjugan en la resolución del caso.

De este modo, en busca de previsibilidad y justicia, siempre es preciso volver la mirada a la cultura aplicativa continuada de la comunidad jurídica,⁶ esto es, al aparato conceptual y sistemático de la dogmática. Como se ha señalado, entre la ley y el supuesto de hecho del caso concreto se encuentra la teoría del hecho punible.⁷ Esta constituye “un *Corpus* de conceptos que ha crecido en la historia y hemos recibido en depósito”,⁸ una tradición perfectamente compatible con la renovación cuyo servicio a los prácticos del Derecho está por encima de toda duda. Parece obvio, en efecto, que en la lucha ordenada que llamamos proceso se esgrimen argumentos dogmáticos. A su vez, cada resolución judicial —en realidad, una hipótesis sostenible sobre la norma y la imputación— se ve obligada a considerar todos los argumentos esgrimidos, para asumirlos o rechazarlos razonadamente. Pues bien, se trata de que los argumentos dogmáticos se utilicen de la forma más generalizadora —sistemática— posible.

Es verdad que, tras su dictado, la sentencia se somete a una vía de control interna a la propia institución judicial. Existen, en efecto, las vías de recurso en las que cada hipótesis sobre la norma y la imputación se ve sometida a una revisión mediante el intercambio de argumentos ante el órgano judicial superior. La resolución de este órgano, como la del de primera instancia, conlleva un elemento de fuerza, que deriva de lo que llamamos potestad (*potestas*). Pero esa potestad sólo habrá sido ejercida con auténtica *auctoritas* cuando sus cimientos se hayan ido

⁵ Por ejemplo, KÖHLER, *Strafrecht AT*, 1997, p. 91.

⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, 1988, pp. 23, 69.

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal (1966)*, 1999, pp. 44 s.

⁶ OLLERO, «“Historicidad” del derecho y dogmática legalista», en EL MISMO, *¿Tiene razón el derecho?*, 1996, pp. 218 ss., 221 ss., 225.

⁷ FREUND, «Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Zur Funktion gesetzlicher Begriffe und ihrer Definition bei der Rechtskonkretisierung», en HETTINGER *et al* (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 63 ss., 64.

⁸ HRUSCHKA, «Der Einfluss des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der “actio libera in causa”», en DE WALL/GERMANN (eds.), *Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag*, 2003, pp. 687 ss., 687.

conformando sobre la base argumental de la comunidad jurídico-interpretativa: razones con pretensión de generalización.

Esto significa, en fin, que la doctrina, en tanto que proveedora institucional del correspondiente arsenal argumental, puede llevar a cabo también una labor de análisis externo de los resultados. Tal es la función que pretende cumplir nuestra sección de Revista Crítica: realizar una crítica en sentido kantiano, y no vulgar, de resoluciones de altos tribunales, predominantemente españoles, pero sin eludir las de los extranjeros que parezcan especialmente relevantes. Si se tiene en cuenta que los análisis de jurisprudencia no “puntuán” en el sistema oficial de promoción académica, deberá valorarse no sólo su contenido, sino también la generosidad de quienes *gratia et amore* los escriben y de su coordinador. Muchas gracias a ellos, pues.

Jesús-María Silva Sánchez