

NULLUM CRIMEN SINE LEGE Y DOGMÁTICA PENAL

Wolfgang SCHÖNE

Hoy me toca hablar sobre principio de legalidad y dogmática penal. Con esta pequeña intervención pretendo hacer algunas reflexiones sobre la relación que existe entre, por un lado, un principio que es un fundamento de nuestro mundo penal y, en general, de los órdenes jurídicos que se llaman Estado de derecho y, por el otro lado, nuestro quehacer que es la dogmática penal, o la materia que, al menos, se llama dogmática penal.

Entonces, ya en el medio, ¿ustedes conocen a “don Anselmo, caballero del riachuelo de fuego”? Este noble es la persona que hace casi dos siglos definió, con base en su teoría sobre el constreñimiento psicológico, una idea acerca de la naturaleza del derecho penal que culminó en el famoso *nullum crimen sine lege*. Me refiero, naturalmente, al ilustre penalista alemán Anselm Ritter von Feuerbach.

En relación con esto, me permito hacer un poco de propaganda para el Paraguay. Voy a citar el artículo 1o. del Código Penal Paraguayo, que dice: “nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y de la sanción se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción”. Para desmenuzar un poco: “nadie será sancionado”, señala que la garantía que luego se establece rige sin excepción alguna para toda persona, independientemente de su nacionalidad. Al decir el texto “sancionado con una pena o medida” se nota la imagen de un sistema político-criminal moderno que opera no sólo con penas, sino también con medidas, vale decir, la imagen de un sistema de doble vía. Si, continuando con la lectura, no se puede sancionar “sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y de la sanción” estén descritos..., rompemos las restricciones de un mero *nullum crimen sine lege* y agregamos un *nulla pena sine lege*. Entonces, más allá de la postura original de Feuerbach, objeto de la garantía vienen a ser también las

consecuencias del “crimen”, osea del hecho punible; tanto las penas, en sentido estricto, como las medidas que son la respuesta de la política criminal al peligro de una futura conducta dañina. Y cuando termina la disposición con un “se hallen expresa y estrictamente descritos (v.g., los presupuestos) en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción”, se ponen de manifiesto los dos triángulos que determinan la estructura de todo el Código, respecto al “qué” y al “con qué” se sanciona: el triángulo “conducta, acción, omisión” y el triángulo “sanción, pena, medida”.

Ese *nullum crimen sine lege* que en su momento significaba el resultado de un filosofar acerca de la *naturaleza* del derecho penal, mientras tanto, se ha convertido en una de las *garantías* más importantes del Estado de derecho que revista, se podría decir, el carácter de un derecho humano. Por lo tanto, no estoy hablando del derecho penal mexicano, ni del alemán, ni del paraguay, sino de una condición necesaria del derecho penal en todo el mundo.

Cuando hablamos de derecho penal, ese principio, que en algunos países se ha convertido en exigencia constitucional, debería existir como número uno en cualquier constitución. Sin embargo, al mismo tiempo de haber tenido un éxito científico importante — Feuerbach nunca se hubiera imaginado que su observación iba a convertirse en algo tan fundamental—, este principio ha entrado en una crisis enorme. ¿De dónde viene la crisis? Cito a Julio Maier: “observemos que las legislaciones hoy, en cuanto a hechos punibles de peligro, a hechos punibles culposos, a las posibilidades de obviar las exigencias del *in dubio pro reo* van cambiando los modelos de la legislación para facilitar la condena”. Esa es la crisis que nosotros vivimos y tiene una razón. Sobre la cual quiero expresarme.

Estamos ante el siguiente problema: el legislador ¿qué puede? ¿Está en condiciones para hacer lo pretendido? ¿Tiene en su poder cumplir con la exigencia? Y si no tiene esa capacidad ¿cuál es la consecuencia para nuestros órdenes jurídicos?

Desde mi punto de vista, y basado en mi experiencia como asesor legislativo, el legislador no es capaz de describir las conductas y las sanciones hasta la última postura detrás de la coma, tal como lo pensaba y exigía Montesquieu al decir: “el juez no es otra cosa que la boca de la ley”. Según este ilustre autor, la ley debe decirlo todo, no hay margen para la interpretación. Pero, en realidad, es imposible para el legislador

hacer una ley que defina claramente los presupuestos de la punibilidad. Y esto por una muy sencilla razón: el legislador no puede seguir describiendo, caso tras caso, hechos concretos, como lo pretendieron la Carolina o un sistema como el anglosajón basado en casos prejudiciales. El legislador necesariamente debe recoger miles y millones de casos concretos, muchas veces casos futuros, en reglas abstractas que el juez debe concretar a la luz de las circunstancias fácticas alegadas.

Entonces (y como dijeron los romanos): *¿impossibile nulla obligatio?* Si es imposible cumplir ¿no hay obligación? ¿Qué consecuencias acarrea? ¿Entonces todos los delincuentes andan libres por las calles porque el legislador no puede hacer lo suyo? ¿No debe regir, entonces, otra regla que dice *in dubio pro libertate*?

No estoy hablando de la prueba, del *in dubio pro reo*, sino de las limitaciones intrínsecas de cada legislador. Si éste no puede establecer con claridad los presupuestos de una consecuencia jurídica, queda sin contestar el qué se debe probar.

¿Dónde estamos reformando? En México lo estamos haciendo. En este momento tengo que defender la reforma penal de Paraguay. Estamos tratando de formular una nueva versión del Código Penal Tipo para Iberoamérica. En todos estos emprendimientos estamos luchando por eso: determinar las conductas penalmente relevantes y las sanciones correspondientes con miras a, y a pesar de, las limitaciones mencionadas. Estamos entre la espada y la pared; una lucha entre seguridad jurídica y el *in dubio pro libertate*.

Regresando un poco, ¿cuál es la contribución que nosotros los penalistas podemos y tenemos que ofrecer en esta situación? Aquí estamos frente a la segunda parte, la segunda cúpula de mi tema: la dogmática penal. ¿Qué es dogmática penal? ¿es esto el diálogo de profesores en sus manuales y sus artículos? ¿es esto estudiar algunos hechos punibles en la parte especial de un código? ¿Es esto el intento de formar doctrinas, naturalmente dominantes? Dogmática ¿es esto la interpretación de textos que ha hecho un legislador, con la consecuencia de que si cambia la ley, debe cambiar también lo que dice la dogmática? Nosotros, los científicos del derecho, ¿estamos supeditados a lo que nos diga algún legislador?

Ofrezco al respecto una consideración que no es una idea mía, sino algo que he aprendido y que, lo reconozco públicamente, debo agradecer a mi maestro Armin Kaufmann, a su vez discípulo de Hans Welzel (lo que

me hace “nieto” de Welzel). Armin Kaufmann definió el concepto de dogmática no solamente en derecho penal, sino en la teoría general del derecho. Para él, dogmática es aquella rama de la ciencia que busca los presupuestos necesarios del derecho. *Dogmática es la búsqueda de los presupuestos necesarios del derecho*. Entonces el tema es la preocupación por la pregunta siempre actual ¿Qué es derecho, cuáles son sus presupuestos necesarios?

No esperen, por favor, respuestas materiales, de contenido. Tampoco puedo analizar en este momento figuras como, a título de ejemplo, las llamadas estructuras lógico-objetivas en sentido de Welzel. Lo que me interesa es un solo aspecto: si es que el legislador pretende establecer lo que es derecho, un conjunto de reglas obligatorias y vinculantes, y al mismo tiempo encuentra limitaciones en formular y comunicar al ciudadano lo que pretende establecer como derecho ¿la dogmática definida como búsqueda de presupuestos necesarios del derecho puede echar una mano? En la medida en que encontramos presupuestos que son necesarios del derecho se permitirá racionalizar la legislación y por ende la jurisprudencia.

¿Cuál es el tema de un dogmático penal? Establecer los presupuestos de la punibilidad. Se debe saber cuáles son los presupuestos y sobre esto no debe, bueno, no debería haber más discusión. ¿Por qué? Porque al establecer estos presupuestos como *necesarios*, ellos vinculan también a cualquier legislador.

Para no ser malentendido: el legislador concreto, compuesto muchas veces por personas que no son juristas y que trabajan con distintos papeles, en comisiones y con líderes de opinión, puede descartar lo que ofrece la ciencia, y puede producir “cualquier producto”. Pero si este producto representa algo que por no reunir los presupuestos necesarios es derecho, a lo largo no va a “funcionar”. Por lo tanto, la búsqueda del norte es algo distinto y lo único decisivo.

¿Qué puede la ciencia del derecho penal decir acerca de los presupuestos necesarios de un hecho punible? Al respecto voy a comentar una pequeña tesis: el hecho punible presupone la existencia, y surge de la violación de una norma de conducta. La conducta existe independientemente de la valoración como prohibida o mandada. Ella se convierte en objeto de un deber de omitir o hacer, y la violación de la norma así formada se traduce directamente en el concepto de tipicidad. Es típico lo

que constituye la inversión del objeto de la norma: debes no matar, pero si matas...

La norma de conducta establece obligaciones de obediencia cuyo cumplimiento puede producir conflictos. Pues, la obediencia tiene un costo: me cuesta mi vida, mi propiedad, si no paro una agresión... matando, es decir, violando una norma de conducta. Que alguien mate en legítima defensa no cambia nada en que viola la norma “no debes matar”, que realiza una conducta llamada típica. Para atender a este conflicto, la violación de la norma de conducta debe poder contar con un permiso —los juristas hablan de una causa de justificación—. Respecto a ellas deben darse determinados supuestos que surgen de estructuras necesarias. Al reunirse estos supuestos, el acto de matar viola, sí, la norma “debes no matar”, pero a razón de la existencia de un permiso no viola el orden jurídico en su totalidad. Nace el concepto de “antijuridicidad”.

Así simplemente y dogmáticamente, toda la construcción de las causas de justificación surge de la necesidad de solucionar un conflicto creado por el legislador, y es él mismo quien debe dar las pautas de la solución. El número de permisos es sin fin: prisión preventiva (causa de justificación), detención de un delincuente (causa de justificación) porque típicamente el juez o la policía realiza el hecho punible de privación de libertad. Y si esto es así, tengo que decir cuáles son las pautas de una causa de justificación. La ley o la fuente legal deben describir la situación de este conflicto, “la obediencia cuesta demasiado”—. Deben establecer que la violación de la norma sea idónea y destinada para resolver el conflicto; si no, no existe el permiso. Que el permiso debe ser una regla de excepción: el principio de necesidad. Finalmente, se puede y se debe atender a la proporcionalidad entre lo salvado y lo sacrificado. Realmente ¿se puede (violar la prohibición de) matar para defender la propiedad sobre el dinero?

Eso es un ejemplo para lo que aporta la dogmática penal. Si el análisis de la situación es correcto, entonces se obtiene una pauta a la cual se debe adaptar la labor axiológica o normativa. El legislador encuentra datos y no puede cambiarlos. La dogmática establece, donde existe un margen para la decisión, cuál es el objeto que tiene para la valoración. Y de esto surge otro mensaje: dado el objeto, cambiar la valoración del mismo significa producir tal o tal efecto, lo que permite apreciar la conveniencia del cambio.

Vuelvo a hablar sobre la tarea del legislador. ¿Cuál es el problema real del legislador al legislar en materia de derecho penal? El problema es que el legislador tiene que abstraer realidades de la vida. Ustedes conocen la *constitutio criminalis carolina* de 1535, que describe el homicidio, enumerando al menos cuarenta formas de causar la muerte de una persona. ¿Cuál era la técnica legislativa de ese cuerpo legal? Este famoso texto describió hechos individuales, describió realidades concretas. ¿Y qué hacemos hoy? Cito a manera de ejemplo el artículo 105, inciso primero del Código Penal paraguayo: “el que matare a otros será castigado”. Ahí está la abstracción de envenenar, colgar, ahogar, descuartizar, etcétera. Si agregamos “dolosamente” entonces tenemos la descripción total y completa de un homicidio. El legislador tiene el desafío de abstraer, y si no abstrae no legisla. Consecuentemente, en el momento en que abstrae crea un lenguaje jurídico que requiere en el momento de su aplicación lo contrario, la concreción por parte del aplicador.

¿Cómo se va a legislar? Confiando en que nosotros, los dogmáticos, decimos que el dolo significa conocimiento a modo del lego. Si el lego capta en sus palabras y conceptos lo que el legislador ha decidido, hay dolo, y eso tengo que probar. En este punto: ¿en dónde queda el juez? El juez está con el texto legal por un lado, y un acusado por el otro lado. La pelea de la fiscalía y la defensa acerca de qué pasó y qué se va a aplicar a eso. En primer lugar, el juez debe, tal como decían los romanos con su *iura novit curia*, conocer el derecho de manera acabada ¿Qué hace el juez si la ley no le contesta por la necesidad de la abstracción?

El mundo dogmático moderno no gira más alrededor del homicidio doloso. Estamos en hechos punibles culposos, estamos en hechos punibles de omisión que luego se llaman impropios, estamos en hechos punibles de peligro (abstracto, concreto, etcétera). Es precisamente esta área en la que nosotros los científicos tratamos de intervenir y asesorar. Eso no es materia dura, aquí está la verdadera problemática de mi tema. El legislador está entre abstracción y concreción. El juez está entre aplicación (legítima) y creación (ilegítima) del derecho. Y ¿dónde queda el científico? El científico está en el medio. Es como un piloto que debe trazar el curso entre la *Scylla* de una capacidad limitada de concretar y la *Caribdis* del peligro de crear en vez de aplicar una regla legal.

Ésta es la responsabilidad del científico, que también justifica este Congreso. Tenemos que dar respuestas. No solamente tenemos que inter-

pretar el texto legal a la luz de las exigencias de la teoría del delito, que no es más una mera “teoría” cuando existen presupuestos fijos como: violación de una norma de conducta sin el amparo de un permiso por parte de una persona capaz de motivarse según la norma, siempre y cuando hay necesidad y merecimiento de la pena. Esos son los puntos que deben darse siempre, y por ser necesarios son los faros para la navegación.

Entonces empezamos siempre con la interpretación del texto preguntando por una conducta, una acción u omisión, contraria a la norma, preguntando por “la tipicidad, se suele decir. La tipicidad se compone de elementos objetivos y subjetivos, gracias a Welzel.

Es digno recordar que dos mil años atrás, Adriano ya se había dado cuenta de que el mundo es finalista: *en maleficiis voluntas spectatur*. El mundo penal ha sido y será finalista; no hay alternativa. En este sentido pertenecen al tipo objetivo, si se me permite decirlo con una sonrisa, elementos fuera del “coco” y al tipo subjetivo elementos que están dentro del “coco” del autor, vale decir, su conocimiento y su voluntad de realizar los elementos pertenecientes al mundo externo. Esto es aceptado, generalmente, en caso de un hecho punible doloso. Y no presenta, al menos en un principio, dificultades legislativas. Para describir el tipo penal basta mencionar el resultado, su producción y la voluntad de producirlo. Y no causa mayor problema aplicarlo siguiendo el “guión” de: objeto, resultado, causalidad, eventualmente modalidad y características del autor, más el famoso saber y querer realizar precisamente estos elementos.

Pero, si se encuentra un texto legal que dice “el que culposamente causara la muerte” ¿se reduce la llamada tipicidad a un mero nexo causal entre resultado y autor? ¿Desaparece la voluntad? ¿Cuáles son los presupuestos de la punibilidad? Y, sobre todo, ¿cuál es la información que nos da el legislador?

La respuesta es corta: “demasiado poca”. La conducta violadora de una norma de conducta no se describe o se describe solo rudimentariamente. Y qué significa esto a la luz del principio de legalidad.

He bautizado esta parte de mi intervención como “de la culpa a la acción culposa” y llamo la atención a un desarrollo legislativo en el Paraguay, empezando con un cambio de la terminología. Dice, por ejemplo, el artículo 107 CP Paraguay: “El que mediante acción culposa causare la muerte de otro, será castigado con...”. Generalmente se suele formular el

homicidio culposo de otra manera: “Será castigado el que culposamente causara el resultado x”.

El trasfondo de esta fórmula tradicional es dogmático, es una percepción del hecho punible según el modelo “producción del resultado con dolo o culpa”. Se nota en seguida que este esquema corresponde con causalismo que coloca todo lo externo al injusto y todo lo interno, o psíquico, a la culpabilidad. Por lo tanto dolo y culpa como “formas de culpabilidad” eran una cuestión de un conocer, de un conocer actual o potencial respecto a la producción del resultado.

Sin embargo, ha sido Hegel el que nos enseñó que lo que no está dentro de la voluntad de la persona no es delito. Por lo tanto este autor no pudo aceptar un hecho punible culposo —por faltar la voluntad de producir el resultado—. Pero, respondiendo a las necesidades político-criminales, como hoy diríamos, inventó algo que hasta la fecha en Latinoamérica todavía está muy conocido: el “cuasidelito”. Si no puede haber castigo del homicidio culposo por “no estar la muerte dentro de la voluntad del autor”, y si a pesar de esto se pretende un castigo, se debe empezar con la famosa “caza del dolo dentro de la culpa”, y al no encontrarlo resignarse con inventar el “cuasidelito”. Pero, delito auténtico o cuasidelito, sin indicaciones del legislador no puede haber castigo.

El choque y el desafío se aumentan a diario. Lastimosamente, como dicen los paraguayos, lamentable o desafortunadamente, como se dice en España, hay una corriente de crear “cada vez más hechos punibles culposos”, todo en nombre de “la política criminal”. Ella, se insinúa, justifica encarcelar al sujeto que ha causado un menoscabo a un bien jurídico, aunque no lo haya realizado con dolo. Pues, ¿el daño producido señala que el sujeto merece el castigo? El colmo de una legislación de esta índole es, hasta el momento, aquella disposición de una ley especial paraguaya “que reprime los hechos punibles contra los bienes del Estado”: se conmina con pena el “daño culposo” a cosas del Estado. Esa es la corriente que nosotros estamos viviendo y que tenemos que contener.

El problema material reside en lo siguiente: se establecen hechos punibles dolosos con base en normas de conducta que prohíben el causar dolosamente un detrimento a un bien jurídico. Pero si, con el fin de ampliar la protección del bien jurídico, se pretende castigar también a quien cause el resultado sin dolo, entonces todos nosotros estaríamos en una penitenciaria ...hasta nuestras madres, por haber causado nuestra muerte,

porque si no nos hubieran dado a luz no encontraríamos algún día incierto, pero seguro, nuestra muerte.

Ante esta alarmante situación es necesario buscar un límite entre lo que es accidente (caso fortuito) y lo que es un injusto. Debe haber violación de una norma de conducta que obliga a no realizar o a realizar determinadas acciones, una prohibición o un mandato. Donde no existen tales reglas, que influyen sobre las conductas humanas de antemano, antes de acontecer el resultado, no se puede hablar de una conducta antijurídica y, eventualmente, de la comisión de un hecho punible. Entonces, el problema reside en el cómo el legislador pretende lograr describir las billones de distintas conductas que conllevan por su característica el peligro de que en un momento dado, dándose algunas circunstancias determinadas, se produce la muerte de alguien. Ningún legislador del mundo es capaz de hacerlo. Ahora van a comprender porque empecé diciendo que estamos ante el desafío de reconciliar los límites naturales de cada legislador y la consiguiente libertad del ciudadano con el interés de los mismos ciudadanos en la protección de los bienes jurídicos. ¿Cuál es la respuesta? Aquí somos nosotros los que debemos de cumplir, estableciendo dar pautas para la construcción y para la aplicación de la ley penal.

La primera sugerencia es reconocer que el juez en el momento de juzgar, de aplicar textos que hablan de un causar culposamente un determinado resultado, se convierte en minilegislator: antes de condenar debe identificar, o definir, la norma de conducta violada, y esta decisión tiene efecto no sólo para este caso, sino para todos los casos de la misma índole. Si el juez no quiere absolver por falta de una *lex scripta, stricta et previa*, debe enfrentar el desafío involucrado en la tarea de decidir. Y en esto necesita ayuda en forma de pautas generales. Prestar este auxilio es responsabilidad de los buscadores de los presupuestos necesarios del derecho, de la dogmática penal.

Ahora bien, el modelo que siempre hemos conocido, el modelo causalista, parte de normas de valoración —“causar la muerte es malo/prohibido”—, y padece el no poder establecer una relación interna, subjetiva entre sujeto y resultado. Reemplazar a la altura de la culpabilidad el prever del resultado por un poder prever el resultado —la llamada previsibilidad objetiva— no resuelve el problema del injusto. Partiendo de intentos de reducir la amplitud de los nexos causales mediante un elemento adicional de violación objetiva de un deber de cuidado, conduce al riesgo de

convertir hechos punibles de acción en hechos punibles de omisión de prestar cuidado. Pero quien cumple con un deber de prestar atención llegaría a tener el conocimiento del resultado y, continuando su actividad, a realizar un hecho doloso.

La única salida es el modelo finalista basado en normas que prohíben (u obligan a) la realización de una acción final. Obviamente —la finalidad—, buscar la realización de un determinado fin no puede estar dirigida al resultado. Pero hay otra(s) finalidad(es) relevantes que salen a la luz cuando se analiza el nexo causal, pues cada eslabón de la cadena causal representa la producción de una situación concreta que se llama un síndrome de riesgo. Y, precisamente, lo que con miras al resultado final se quiere impedir es que una persona produzca una cadena de síndromes de riesgo. Si no se produce la situación riesgosa, no se produce el resultado. Esta idea lleva a normas de conducta que prohíben producir situaciones fácticas que por la experiencia de la vida conllevan la tendencia de convertirse sucesivamente en el menoscabo para el bien jurídico. Se prohíben acciones descuidadas, acciones finales que tienen como objeto la voluntad de realizar una situación riesgosa, y que se castigan o siempre, o bien cuando acontece el resultado que la prohibición pretende evitar. En este último caso, la construcción del hecho punible “minidoloso”, doloso respecto al síndrome de riesgo y no al resultado, sería hacer depender el castigo de una “condición objetiva de punibilidad”.

Todo esto es el trasfondo de las formulaciones citadas del Código paraguayo que habla “de causar el resultado mediante una acción culposa”, es decir, debe haber una conducta final, dolosa respecto a las circunstancias que conforman el síndrome de riesgo. Debe haber producción de un riesgo, de un síndrome de riesgo, que se realice dolosamente. El autor debe saber y querer realizar un resultado que no es la muerte, sino un estado previo a ésta. Cada muerte es el resultado de un desarrollo de factores que contribuyen a que en el momento dado termina “la corriente eléctrica en el coco”, para definir con cierta ligereza didáctica la muerte cerebral.

Todo esto prepara el camino hacia una segunda conclusión. Aunque el legislador no describa —por las razones expuestas— todos los elementos del tipo, al mencionar la acción culposa como una característica indispensable del tipo legal, indica al menos un elemento de formación del tipo. La existencia de este elemento de formación del tipo disminuye las

tensiones entre la necesidad de juzgar y de las exigencias del principio de legalidad. ¿Cómo es eso?

Cuando acontece un resultado dañino a un bien jurídico y se analiza la posibilidad de un castigo por hecho punible culposo, el juez puede “rebobinar la película” conectando el resultado marcha atrás con la persona en el banquillo. De esta manera se establecen las situaciones que sucesivamente han culminado en el resultado. Ahora bien, aunque existan normas correspondientes que prohíben la producción de cada uno de los eslabones, la tarea de formular todas ellas se reduce de antemano por una consideración dogmática: no puede haber finalidad, no puede existir un “minidolo” donde no hay conocimiento de estas circunstancias. Se trataría de un error de tipo. Esto permite establecer lo que el autor conoció acerca de la situación y de concentrar la búsqueda de la norma de conducta violada precisamente en la calificación de las únicas acciones finales que se refieren a la realización de circunstancias conocidas por el autor. En caso de muertes por la explosión de una caja de dinamita, el análisis de la punibilidad del despachante depende de si conoció la naturaleza de la carga. Las reglas de cuidado para el transporte de una caja de cerveza y de una caja de dinamita son distintas. Esto significa que establecer los elementos del tipo de un hecho punible culposo a la luz de la finalidad realizada por el autor reduce el campo valorativo con base en elementos ónticos del mundo del ser, y en forma racional y controlable. No se eliminan, pero se reducen, las preocupaciones respecto al principio de legalidad.

Finalmente, quiero dar un segundo ejemplo para las posibilidades de reducir con las herramientas de la dogmática penal las tensiones entre principio de legalidad y los desafíos de la política criminal. Me refiero al tema de la omisión de evitar un resultado descrito en una ley que conmina con pena un hecho punible de acción.

Partimos de nuevo del homicidio, esta vez doloso, tal como lo recoge el artículo 105, inciso 1 del Código Penal de Paraguay: “el que matare (dolosamente) a otro, será castigado con...”. Es aplicable esta disposición a la madre que deja morir de hambre a su bebé a pesar de estar a su lado y de tener leche para dársela.

La primera observación es que la madre no causa la muerte. Si aplicamos correctamente la teoría de la igualdad de las condiciones suprimiendo mentalmente a la madre, la muerte del bebé por falta de comida acontece de la misma manera.

La segunda observación es la siguiente: la ley no dice “el que causare o no evitare la muerte de otro será castigado con la misma pena”. Si fuera así, el resultado sería axiológicamente inaceptable. Un mandato siempre restringe más la libertad del ciudadano que una prohibición que se refiere al mismo resultado. Si la norma dice “debes evitar”, el ciudadano no puede hacer otra cosa; el deber es el de actuar en ese momento, y esto le quita toda alternativa de comportamiento. Por lo contrario, si la norma dice “debes no matar”, debes no causar la muerte, el derecho no quita toda la libertad, sino sólo una alternativa. Consecuentemente, cumplir con un mandato es —*ceteris paribus*— más difícil que cumplir con una prohibición. Y esta disparidad necesaria en el grado de injusto y reproche impide aplicar a ambas conductas el mismo marco penal.

Naturalmente, existe una diferencia entre la madre y una mujer que al volver de las compras con leche, escucha al bebé llorando, y que tendría acceso para darle un biberón. Nos gustaría castigar a la madre con la pena prevista para el homicidio (activo), y aplicar a la mujer (a lo mejor) un castigo mucho menor por omisión de socorro. Pero, ¿donde está la ley que para el caso de la madre lo admite?

Ya se habrá identificado el *tópos*: el tratamiento de los hechos punibles de omisión impropia. Desde que Armin Kaufmann ha demostrado que no hay omisiones “impropias” por no poder cumplir la no realización de una acción los presupuestos de un hecho punible de acción, por falta de causalidad del omitente, por falta de un elemento de tipo adicional (la posición de garante), por falta de la antijuridicidad con base en un deber especial necesario, se ha puesto de manifiesto la necesidad de una intervención del legislador.

Ahora bien, hay casos en los cuales el legislador ha cumplido con su cometido. Menciono como ejemplo el artículo 192 del Código Penal de Paraguay. Según esta disposición sobre la lesión de confianza, una determinada clase de personas se castiga con la misma pena, si causara o no evitara un perjuicio patrimonial, cuya protección pertenece al ámbito de sus responsabilidades anteriormente asumidas. Vale decir, en este caso específico el legislador ha optado por incluir una regla concreta, un “tipo cerrado”, en la Parte Especial del Código de fondo.

Pero: ¿si no se decide hacerlo por ser demasiado complicado formular al lado de cada tipo penal referido a un hecho punible de acción un tipo penal de omisión? Entregándose a los reclamos de la política criminal los

tribunales han desarrollado una serie de posiciones de garantes para poder aplicar la pena prevista para la causación del resultado de un hecho punible de acción. Ha sido la dogmática penal que ha descubierto la improcedencia de cubrir una laguna legislativa mediante construcciones dogmáticas insostenibles y que ha desarrollado las pautas que permiten legislar correspondientemente: pautas para la conversión un tipo penal de acción en un tipo penal de omisión, luego pautas para identificar reglas jurídicas que establecen una obligación de evitar el resultado en cuestión y finalmente pautas para la equiparación de la sanción en base a la equivalencia del injusto y reproche.

Sin embargo, aunque tales “recetas” para la formación de un tipo penal mitiguen los roces con el principio de legalidad, mejor hubiera sido si nuestros legisladores nacionales y los autores del Código Penal Tipo para Latinoamérica, en vez de incluir las recetas dirigidas a la jurisprudencia (por ejemplo, artículo 15 del Código Penal de Paraguay) en los cuerpos legales, ellos mismos las hubieran aplicado.

Para concluir, de nuevo con una sonrisa: A la luz del principio de legalidad la dogmática penal tiene el cometido de ser un ayudante (de vez en cuando incomodo) de la jurisprudencia y la espina en la carne del legislador.