

Normativismo y normologismo en Derecho penal y en Derecho internacional privado

WERNER GOLDSCHMIDT

Nada prueba tal vez la unidad del Derecho en todas sus manifestaciones con más evidencia que el intento de cierto sector del Derecho Internacional Privado de inspirarse en métodos de la ciencia del Derecho Penal. En efecto, pocas materias jurídicas habrá más distantes entre sí que las dos disciplinas mencionadas. Sin embargo, la llamada concepción normológica del Derecho Internacional Privado construye un puente entre ambas; y de ello quisiéramos tratar en las páginas siguientes.

I

Los términos de «norma», así como de «normologismo» y «normativismo», se usan en diversos sentidos. La ambigüedad radica ya en el vocablo «norma». Norma significa, por una vertiente, un juicio del esquema: «dado *a*, debe ser *b*»; por la otra, norma tiene el sentido de imperativo. Normativismo o normologismo pueden, por consiguiente, o referirse al análisis del precepto jurídico que plasma en el juicio indicado, o comprender la tesis de la existencia de imperativos. La ambivalencia de la voz «norma» no es casual, sino que radica en la materia misma a la que se refiere. Desde 1945, la tesis se abre brecha de que es menester distinguir entre la norma jurídica creada por los actos de las autoridades judiciales, que es de carácter imperativista, y la regla de Derecho, obra de la ciencia y expresiva de un juicio (1); o entre el Derecho concreto y el Derecho abstracto (2).

(1) Así Kelsen en su obra «General Theory of Law and State» (Harvard University Press, 1945, págs. 45 y ss.) y muchas veces desde entonces, por ejemplo, en «El Derecho como objeto de la ciencia del Derecho», en «Revista de la Facultad de Derecho y de Ciencias Sociales», Buenos Aires, año V, núm. 18, págs. 17 a 38, sobre todo en el núm. V, págs. 26 a 30. Si se tiene en cuenta que Kelsen había luchado toda su vida contra el imperativismo, es difícil negar que le ocurrió lo contrario de lo que pasó a Saúl, hijo de Cis, que había salido a fin de buscar las asnas de su padre y que se encontró con un reino (Samuel, I, cap. 9, 10).

(2) WERNER GOLDSCHMIDT, *Comentarios acerca de la sistemática cossiana de*

En lo que sigue nos ocuparemos de la norma como juicio. No obstante, sean permitidas unas palabras tan sólo acerca de una concepción que utiliza el término «norma» en el sentido de imperativo. Nos referimos a la «concepción normativa de culpabilidad».

La concepción normativa de la culpabilidad se opone a la concepción psicológica de la misma. Esta última sostiene que la culpabilidad consiste en una relación psíquica, sea que se trate de una relación psíquica en el alma del agente—prever el resultado delictuoso, quererle, conocer éste su carácter de entuerto, etc.—, sea que nos encontremos con una relación psíquica en el alma del juzgador, formulación esta última contra la cual acertadamente acaba de polemizar Julián Pereda, si bien erróneamente opina que ella constituye la tesis normativa de la culpabilidad (3). La concepción psicológica de la culpabilidad fracasa, porque, por una vertiente, hay casos en los que el elemento psíquico no existe pese a la existencia de culpabilidad—así en el supuesto de la culpa inconsciente—y porque, por la otra vertiente, en ciertas hipótesis la existencia del elemento psíquico no implica la culpabilidad conforme ocurre en todos los casos de la llamada no-exigibilidad. Por estas razones se elaboró la tesis de la culpabilidad normativa, cuyo autor principal es James Goldschmidt (4). Esta tesis afirma que la culpabilidad consiste en la infracción de una «norma de deber» cometida por la motivación. Las normas de deber correspondientes a la norma de derecho: «tú no debes matar», rezan: 1.º ¡ Hazte detener de esta actuación de voluntad por la representación de que ella causaría la muerte de otro ! ; 2.º ¡ Representate en el momento de la actuación de voluntad de efecto mortal, este efecto ! (5). Hemos intentado introducir la concepción normativa de la culpabilidad en el Derecho Penal positivo de España (6).

la filosofía jurídica, en «Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales», Córdoba, 1945, año IX, núm. 3, julio-agosto, págs. 395 y ss. Desde entonces muchas veces, p. ej., en «Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado», Bosca, Barcelona, 1948, t. I, pág. 20.

(3) JULIÁN PEREDA, *El concepto normativo de la culpabilidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo II, fasc. 1, enero-abril 1949, páginas 21 a 36.

(4) «Notstand als Schuldproblem», 1913; «Normativer Schuldbegriff», 1930. Este último estudio fué traducido al castellano. James Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. por Margarethe Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 74. Ernst Heinitz. El impulso que James Goldschmidt dió a la teoría del elemento normativo de la culpabilidad» (en «Revista de Derecho Procesal»: Estudios en memoria de James Goldschmidt, Buenos Aires, año IX, números 1 y 2, 1951, págs. 393 y siguientes.)

(5) V. JAMES GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de culpabilidad*, página 20.

(6) V. WERNER GOLDSCHMIDT, *Derecho penal adaptado al programa de jueces comarcales*, Madrid, 1949, págs. 46. 123.

Prescindiendo de las razones que dieron origen inmediato a la concepción normativa, hay que tener en consideración que una de sus ventajas es que de acuerdo a ella la culpabilidad no sólo figura como base de la responsabilidad, sino igualmente como criterio de la misma. En efecto, la concepción psicológica es inidónea de graduar la gravedad de la culpabilidad, mientras que la concepción normativa es susceptible de tal graduación. Por ejemplo, existe ya culpabilidad, si la representación del resultado delictuoso no se ha convertido en contramóvil de la actividad antijurídica; pero se da culpabilidad más grave aún, si tal representación constituyó precisamente el mismo móvil del delito.

Desde este punto de vista se llega a una distinción puramente normativa entre dolo y culpa. No importa si el autor tuvo o no la representación del resultado delictuoso; lo único que realmente importa es, si, caso que la hubiere tenido, ella no se habría o se habría convertido en contramóvil de la conducta antijurídica (7).

II

La concepción normológica del Derecho internacional Privado (D. I. Pr.) nació psicológicamente bajo la influencia del modelo del Derecho Penal (8). Por ello no nos parece justo el reproche de que hayamos omitido el nombre de Kelsen, llamado padre del normativismo (9), máxime habiendo libado el mismo Kelsen a su vez en la ciencia del Derecho Penal (10).

La concepción normológica (11) radica potencialmente en el movimiento codificador, puesto que sólo desde entonces existen sistemas de normas exactas, habiendo constituido el Derecho Natural sí un sistema, pero no de normas exactas, sino sólo de principios, y habiendo contenido las recopilaciones sí normas exactas, pero ensambladas no en sistemas, sino en meras agrupaciones; y ella radica actualmente en la Ciencia del Derecho Penal, la cual

(7) V. WERNER GOLDSCHMIDT, *La culpabilidad*, tirada aparte de la «Revista de Derecho Público», núms. 43-44, Madrid, julio-agosto 1935, II, 5, páginas 32 a 35.

(8) Véase ya WERNER GOLDSCHMIDT, *La consecuencia jurídica de la norma del D. I. Pr.* (Bosch, Barcelona, 1935, pág. 28); el mismo, *La norma de colisión como base de la sistemática del D. I. Pr.*, Federación de Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales, Madrid, 1935, pág. 13.

(9) Así Josef Kunz en «Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht», tomo II, 1949, Cuaderno 2, págs. 385 y 386.

(10) Ello resulta evidente en cualquier página de la vasta obra kelseniana. V. p. ej., KELSEN, *Teoría General del Estado*, trad. por Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, § 10, págs. 61 y ss. V. WERNER GOLDSCHMIDT, *Conceptos fundamentales del D. I. Pr.*, en «Revista del Instituto de Derecho Civil», Tucumán, tomo I, núm. 3, pág. 77.

(11) V. muestras conferencias: *La concepción normológica aplicada al ordenamiento iusprivatista internacional argentino*, en «Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales», Montevideo, año II, núm. 2, 1951, pág. 286.

por el empuje del adagio liberal *nullum crimen sine lege*, hizo de la concepción normológica una exigencia normativa.

El contenido de la concepción normológica consiste en exponer una rama del Derecho a través del triple análisis del ordenamiento jurídico como tal (concepto, métodos, fuentes, ámbito, nombre y relaciones); de la estructura de la norma general y de las particularidades de las normas especiales. Toda norma jurídica posee un tipo legal y una consecuencia jurídica y cada una de ambas partes se compone de características positivas cuya existencia, y de características negativas, cuya inexistencia condicionan la aplicación de la misma.

La utilidad práctica de la concepción normológica consiste en hacernos saber respecto a cada problema dónde y cómo habremos de buscar su solución: se consigue de este modo que los esfuerzos de los investigadores se sumen en una labor coordinada y se evita que, según las mordaces palabras de un francés, se asemejen a la lucha de negros en un túnel.

El ínclito profesor Adolfo Miaja de la Muela acaba de publicar un erudito trabajo sobre la concepción normológica en el D. I. Pr. (12). Con este motivo, Miaja de la Muela dice lo que sigue (p. 416): «Los estudiosos del D. I. Pr. han construido una teoría de gran complicación, la de la norma de conflicto, que, sin hipérbolo, puede ser considerada como el esfuerzo técnico más considerable de la ciencia jurídica en el siglo XX, con excepción tan sólo de la teoría jurídica del delito, iniciada por Beling y desarrollada por un buen número de penalistas germanos e italianos». Un poco más adelante el egregio catedrático afirma (p. 418): «El normologismo es aceptable, y aun recomendable, como método de trabajo para la construcción jurídica y en cuanto procedimiento expositivo, pero, como toda técnica, no pasa de la categoría de ser un medio, o una serie de medios, pero sin llegar nunca a constituir un fin en sí mismo».

Ahora bien, el párrafo sobre el que quisiéramos llamar la atención es el siguiente (p. 416): «La teoría jurídica del delito y la construcción normativista o normológica del D. I. Pr.—como la han llamado Rundstein («La théorie normative et la structure du droit international privé», en «Revue Internationale de la Théorie du Droit», 1935, p. 255) y Goldschmidt (es de especial interés la lectura del prólogo al tomo segundo de su «Sistema y filosofía de D. I. Pr.»), Barcelona, 1950. También en el volumen I, especialmente páginas 22 y siguientes)—, poseen una característica común, a saber, su naturaleza meramente formalista. Pero otra nota las separa profundamente: «el carácter humano de la primera y la deshumanización de la última». El párrafo transcrito contiene dos

(12) ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, *Una nueva dirección metódica en D. I. Pr.* (Glosas a unos artículos del profesor Vallindas), en «Revista Española de Derecho Internacional», vol. III, núm. 2.º, Madrid, 1950, págs. 415 a 433.

afirmaciones: una sobre el origen de la teoría, por lo menos acerca del origen de su nombre; otra, referente a su contenido en comparación con el de la teoría jurídica del delito. Ambas afirmaciones dan lugar a observaciones que no nos parecen carentes de interés.

1.º) El origen de la concepción normológica del D. I. Pr. ¿Reúne Szymon Rundstein condiciones para ser invocado como uno de los fundadores de la concepción normológica? (13). Creemos que no, aunque gustosamente admitimos que tal vez nos incumba parte de culpa, si otros le atribuyen tamaño título (14). Rundstein parte del concepto de la norma jurídica en general y combina con su análisis la doctrina del ruso M. Pilenko referente al volumen espacial y temporal de las normas. Desde este punto de vista afirma Rundstein que toda norma posee, además de un «quis» y un «quid», un «ubi», es decir, una determinación espacial. El sabio autor niega, pues, la existencia de una norma indirecta y la reduce a un mero elemento de la norma directa, a su determinación en el espacio. Ello quiere decir que para Rundstein el D. I. Pr. no es sino la delimitación del Derecho Privado en el espacio; y con esta tesis le escapa lo esencial de nuestra disciplina: la extraterritorialidad del Derecho Privado. Una consecuencia del ángulo visual de Rundstein es que en el problema de las calificaciones se atiene a la *lex civilis fori*, rechazando por ejemplo la doctrina de Rabel (págs. 268, 269). Por lo demás, no se ocupa nuestro autor de un análisis de la norma, sino de las diversas posibilidades formales entre las que el legislador puede escoger y las que condensa en cuatro esquemas que obedecen a las siguientes fórmulas (pág. 265): «*Suus quis, suum quid; suus quis, non suum quid; non suus quis, suum quid; non suus quis, non suum quid.*» En resumidas cuentas: Rundstein no analiza la norma indirecta por la sencilla razón de que niega su existencia, reduciéndola a una mera determinación espacial dentro de la norma directa; tampoco analiza la norma directa, sino que se contenta con la enumeración de diferentes esquemas a los que el legislador puede adaptarse. El único punto de vista desde el cual Rundstein puede figurar en la concepción normológica del D. I. Pr., consiste en su empleo de la norma jurídica general para diluir en ella lo esencial del D. I. Pr. Por lo demás recuerda la cita de Rundstein como fundador de la concepción normológica del D. I. Pr. el célebre «*lucus a non lucendo*».

La concepción normológica fué fundada con toda claridad y toda extensión en 1935 por los siguientes libros nuestros: «La consecuencia jurídica de la norma del D. I. Pr.» (Bosch, Barcelona);

(13) SZYMON RUNDSTEIN, *La théorie normative et la structure du droit international privé*, en «Revue Internationale de la théorie du droit», 1935, Ginebra, págs. 255 a 269.

(14) Invocamos su trabajo con motivo de la tesis normológica, en «Sistema y filosofía del D. I. Pr.», Bosch, Barcelona, t. I, pág. 117, nota 1.ª

y «La norma de colisión como base de la sistemática del D. I. Pr.» (Federación de Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales, Madrid). A continuación se dan a la luz dos artículos programáticos: «La concepción normológica del D. I. Pr.» (en «Revista de la Universidad de Córdoba», Año XXIII, marzo y abril de 1936); y «La conception normologique du droit international privé» (en «Nouvelle Revue de Droit International Privé», en 1940, págs. 16 a 41). Por último, el «Sistema y filosofía del D. I. Pr.» (Bosch, Barcelona, tomo I, 1948 y tomo II, 1949), da a la doctrina una formulación exhaustiva.

2.º) La teoría general del delito y la concepción normológica del D. I. Pr.

Miaja de la Muela compara ambas elaboraciones doctrinales, y su examen comparativo arroja un saldo netamente desfavorable en contra de la concepción normológica del D. I. Pr. Y ello por dos motivos: nuestra concepción es deshumanizada y también peca de chauvinismo jurídico. Veámoslo:

a) El carácter deshumanizado de la concepción normológica del D. I. Pr.

El reproche reza del siguiente modo (págs. 416, 417): «Distinguir del concepto formal del delito notas como las de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, y, dentro de cada una de ellas, una serie de elementos y subelementos, es algo más que una mera lucubración de juristas teóricos. Detrás de esta investigación se encuentra un conjunto de hechos de la vida, susceptibles de llegar a los estrados de los tribunales que ejercen jurisdicción en materia criminal, en espera de una sentencia que condene o absuelva a su autor, fallo para el que ha de ser tan decisiva la posición que se adopte ante cada una de las cuestiones técnicas que constituyen la teoría jurídica del delito como la tipificación del hecho en cuestión en la parte especial del Código penal. En cambio, la construcción normológica del D. I. Pr. acentúa aún más su carácter formalista. Es susceptible también de aplicación a cada uno de los problemas particulares que integran la parte especial de la disciplina; pero, a diferencia de lo que acontece con la teoría jurídica del delito, que a cada caso concreto brinda una solución—sentencia condenatoria o absolución—, la teoría de la norma de conflicto es absolutamente impotente para ofrecer una solución de conjunto a cada cuestión sub *judice*, no permitiendo resolver más que aspectos parciales de ella. Es una construcción exclusivamente técnica, desvinculada de las necesidades humanas a las que el Derecho debe servir, con arreglo a la cual no puede llegarse nunca a una clara conclusión acerca de una capacidad de obrar discutida, de la validez o ineficacia de determinado negocio jurídico, o de la eficiencia extraterritorial de un derecho subjetivo regularmente adquirido en otro país.»

No creo que entre las dos teorías puestas en parangón exista realmente una diferencia. Ambas son generales, lo que quiere de-

cir que sólo cobran vida por medio de una configuración especial. La tipicidad y la culpabilidad requieren una especificación detallada dada en la ley penal positiva: ella nos indica lo que pertenece a la tipicidad del allanamiento de morada, y ella enumera igualmente las particularidades de la culpabilidad (malicia, dolo, culpa, imprudencia temeraria, etc.) También hemos de acudir a la ley penal positiva a fin de hallar la pena impuesta. De análoga manera nos enseñan las normas indirectas positivas el tipo legal exacto referente a los bienes muebles y el Derecho aplicable a ellos, previsto en la consecuencia jurídica. Por el otro lado, ambas doctrinas contienen «subintelligenda» o sea requisitos que, en el supuesto del silencio de la ley, han de insertarse tácitamente en su articulado. Aunque la ley penal positiva no exigiere culpabilidad, es preciso pedirla a base de la doctrina general del delito. De análoga manera hay que exigir siempre la ausencia del fraude a la ley y de una infracción del orden público para que la norma indirecta especial pueda actuar. En esta segunda función ambas doctrinas dan lugar a resultados prácticos (15).

Tanto la teoría general del delito como la concepción normológica del D. I. Pr. poseen meramente valor ordenatorio en cuanto constituyen abstracciones de las normas especiales. No obstante, ambas doctrinas revisten auténtico valor decisorio en cuanto funcionan como «subintelligenda» de cualquier norma especial.

b) El carácter chauvinista de la concepción normológica del D. I. Pr.:

Miaja de la Muela vuelve a la carga al afirmar (págs. 417, 418): «Sobre todo, el desarrollo de la construcción normológica del D. I. Pr. ha diferido profundamente por sus resultados, de los que se ha logrado alcanzar en Derecho penal con la teoría jurídica del delito. Con ésta, la técnica se ha puesto al servicio de la vida: la tarea doctrinal se ha traducido en unas formas de realización práctica. Dentro de la teoría del conflicto de leyes, por el contrario, la depuración y perfeccionamiento de la técnica ha venido a constituir un instrumento utilizado para restringir hasta un extremo límite la posibilidad de aplicación extraterritorial de cualquier ley. Así, el reenvío aparece como un medio para que cada juez aplique su respectiva legislación material, cuando, en virtud de su propia norma de conflicto, habría sido procedente aplicar una extranjera declarada competente por aquella regla conflictual del país al que el juez pertenece. Análogamente, el problema de calificación da lugar a maravillosas disertaciones doctrinales, pletóricas de sutileza; pero en ellas el avance técnico se conjuga con la desnaturalización de los conceptos empleados por las leyes de países distintos a aquel a que el juez pertenece, al

(15) El prólogo al segundo tomo del «Sistema y filosofía del D. I. Pr.» contiene una enumeración de otras consecuencias prácticas de la concepción normológica del D. I. Pr. (págs. X y XI).

someterlas al verdadero lecho de Procusto, que constituye la calificación efectuada por la «lex fori». Y, mientras tanto, la técnica se muestra impotente para contener en unos límites precisos las excepciones de orden público y fraude a la ley, válvulas necesarias, sí, ante el evento de dar aplicación extraterritorial a concepciones jurídicas exóticas, pero de peligrosa elasticidad».

Este segundo ataque está en contradicción con el primero. En efecto, Miaja de la Muela acaba de reprochar a la concepción normológica su absoluta esterilidad. En este pasaje le echa en cara sus resultados chauvinistas. Nosotros creemos—y así lo hicimos constar en frente de la primera objeción—que la tesis normológica es rica en consecuencias prácticas. En cambio, no podemos admitir que estos resultados sean precisamente los nefandos principios del chauvinismo. La exclusiva admisión del reenvío de primer grado, la calificación según la «lex fori» y la concepción apriorística del orden público constituyen, todas ellas, doctrinas absolutamente divorciadas de la concepción normológica del D. I. Pr., como lo demuestra el «Sistema y filosofía del D. I. Pr.», que admite el reenvío en todas sus formas, califica en virtud de la «lex causae» y sostiene apasionadamente la tesis a posteriori del orden público.

III

La principal finalidad de las páginas precedentes consiste en evidenciar, una vez más, la unidad metodológica de la ciencia del Derecho. Una elaboración en la órbita de la ciencia del Derecho penal—la concepción normológica—fué trasladada al campo jurídico más distante: al D. I. Pr. En ambas disciplinas el mismo punto de vista dió óptimos resultados, a pesar de alguna u otra protesta a imagen y semejanza de la que acabamos de analizar. Pero todavía queda un amplio terreno en el que la concepción normológica no ha logrado fincar. Mencionamos sobre todo el Derecho civil y el Derecho procesal. Esperemos que nuestro breve examen comparativo sea un aliciente para que se inicie el camino indicado.

RESUME

L'auteur étudie la prétension d'appliquer la conception normologique originaire du Droit Pénal au Droit International Privé, ce qui prouve l'unité du Droit dans toutes ses manifestations.

Après avoir classé les sens différents des mots "norme", "normologisme" et "normativisme", il examine un de ces sens, celui qui exprime l'impérativisme, le commandement, en parlant de la "conception normative de la culpabilité".

Mais c'est cependant l'autre sens, celui qui le considère comme

un jugement, celui qui va être étudié principalement dans ce travail.

Il analyse le travail qui vient d'être publié du Professeur Adolfo Miaja de la Muela et qui s'oppose dans quelques points aux idées de l'auteur du présent travail.

En ce qui concerne l'origine de cette conception il nie la paternité des autres auteurs et affirme que c'est lui même qui l'a créée.

Dans les autres deux points—l'inhumanité et le chauvinisme de cette doctrine—il réfute les thèses opposées.

L'auteur finit son travail en affirmant que comme cette conception normologique est passée au Droit International Privé, malgré quelques opinions opposés comme celle du Professeur Miaja de la Muela, on doit espérer qu'un jour elle sera aussi appliquée dans d'autres matières qui jusqu'à présent ne l'utilisent pas, comme le Droit de la Procédure et le Droit Civil.

SUMMARY

The author studies the design of applying the in the Criminal Law originary normological conception to the Conflicts of Laws, what proves the unity of Law in all its manifestations.

After having classified the different senses of the words «norm», «normologism» and «normativism», he examines one of these senses, that which expresses imperativism, a command, when speaking about the «normative conception of culpability».

But nevertheless it is the other sens, which considers it as a judgement, which will be chiefly studied in this work.

He analyses the recently published study of Proffessor Adolfo Miaja de la Muela which in some points opposes itself to the ideas of the author of the present work.

Concerning the origin of this conception he denies the paternity of the other authors and assures that it is himself who created it.

About the other two points—the inhumanity and the chauvinism of this doctrin—he refutes the opposed thesis.

The author finishes his study by affirming that as this conception has gone over to be applied from the Criminal Law to the Conflicts of Laws, in spite of some contrary opinions like that of Professor Miaja de la Muela, it can be hoped that some day it will be applied too, in other matters which till now do not use it as the Law of the Procedure or the Civil Law.