

## Dogmática penal y seguridad jurídica

### *Penal Doctrine and Judicial Predictability*

José Milton Peralta\*,\*\*

**Resumen:** Suele afirmarse que la dogmática penal, especialmente la que se ocupa de la teoría del delito, ayuda a mejorar las decisiones judiciales. En este texto voy a distinguir tres sentidos en lo que esto pretende ser cierto: que contribuye a su previsibilidad, corrección y coherencia. Mostraré que la ambición de previsibilidad, además de ser dudosa desde un punto de vista empírico, es incompatible con la búsqueda de decisiones correctas. Ambas pretensiones se dirigen en sentido opuesto y la dogmática penal se ocupa, en realidad, de la segunda y no de la primera. De todos modos, y más allá del valor intrínseco que tiene la búsqueda de decisiones judiciales correctas, la dogmática sí aporta a la coherencia. Esta es, sin embargo, una virtud individual y temporal que tampoco sirve para la seguridad jurídica en el sentido en que se suele pregonar.

**Abstract.** *It is often asserted that penal doctrine, specially the one devoted to the theory of criminal act, helps to improve judicial decisions. In this paper I will distinguish three senses in which that pretend to be true: that it helps to the predictability, correctness and coherence of judicial decisions. I will show that the ambition of predictability is not only dubious from an empirical point of view, but also logically incompatible with pursue of right decisions. Both ambitions go in opposite directions and the penal doctrine is devoted to the latter rather than to the former. Nonetheless, besides the intrinsic value of the pursuit of right judicial decisions, the penal doctrine contributes to their coherence. But this is a temporal, individual virtue that doesn't help to judicial predictability either, at least not in the sense is often proclaimed.*

**Palabras clave:** dogmática penal, decisiones judiciales, seguridad jurídica, corrección judicial, coherencia judicial.

**Keywords:** *penal doctrine, judicial decisions, judicial predictability (legal certainty), judicial correctness, judicial coherence.*

### **I. Introducción**

Es un lugar común afirmar que la buena dogmática es provechosa para la práctica judicial, pues permite mejores resoluciones por parte de quienes deben decidir. La dogmática cumple, se dice, una función social importante, y no es (o por lo menos no solamente) un simple juego de abalorios académico<sup>1</sup> sin trascendencia en el mundo real.

En este texto me propongo, como **dogmático, evaluar** si aquello que se predica de nuestra disciplina es realmente cierto. Cuando uno observa la escasa sofisticación

---

\* Investigador de CONICET, Prof. Titular de Cátedra de Derecho Penal I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Doctor en Derecho y Ciencias sociales por la misma institución. E-mail: [joseperalta@derecho.unc.edu.ar](mailto:joseperalta@derecho.unc.edu.ar).

\*\* Agradezco a Guillermo Lariguét, Maximiliano Vargas, Bruno Rusca y **Horacio Carranza** sus observaciones a este texto.

<sup>1</sup> Expresión tomada de SCHÜNEMANN, B., “El sistema propio de la teoría del delito”, *Indret Penal*, 1/2008, [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 6.

que tienen los fallos judiciales estándar y lo complicado que resulta entender ciertos conceptos de la teoría del delito, tiene la sensación de que la dogmática no influye demasiado en la actividad judicial. La pregunta es, entonces, ¿sirve de ayuda realmente la dogmática penal para la praxis de los jueces?

La respuesta que voy a dar es predominantemente negativa. Esto se debe no solamente a cuestiones empíricas, sino también a razones lógicas, pues de la dogmática no se pregona una sola utilidad, sino varias, algunas de las cuales están en tensión entre sí. La respuesta será que la dogmática no es, de hecho, tan útil para los jueces, ni puede, en realidad, llegar a serlo.

En lo que sigue, en primer lugar, voy a dar una breve definición de lo que puede entenderse por dogmática penal solo con la finalidad de luego poder argumentar sin malentendidos. En segundo lugar, ya más de lleno en la cuestión central, voy a distinguir tres sentidos de utilidad alrededor de las funciones que se le atribuyen a esta disciplina. Luego, analizaré por qué es que algunos de ellos están en tensión y por qué es que esta es irresoluble. Al final, mostraré que hay un sentido, que podría tener cierto peso judicial, en que la dogmática sí es útil, como disciplina específica, para la solución de casos. Solo que lo es de un modo bastante más modesto del que se presumía en un principio.

## II. Concepto de dogmática penal

En un sentido amplio, la dogmática abarca diferentes actividades. Uno podría llegar decir que estas disímiles tareas constituyen, en rigor, “dogmáticas” independientes. Sin embargo, lo usual es entender que todas ellas son parte de una misma disciplina. Roxin, quien es probablemente su mejor exponente contemporáneo, resume esos quehaceres del siguiente modo:

La dogmática penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y las opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal<sup>2</sup>.

Dos de las tantas funciones que cumple la dogmática según esta definición son las siguientes: ayuda judicial, en la medida en que interpreta y sistematiza disposiciones legales, y ayuda legislativa, en la medida en que las elabora y desarrolla. Aunque también puede decirse, según cuál sea la concepción del Derecho que se tenga y cuál sea la relevancia política que se le conceda a la dogmática, que todos esos verbos pueden predicarse tanto de su colaboración legislativa como judicial<sup>3</sup>. En todo caso, la influencia que aquí se quiere destacar es la que esta dice ejercer primordialmente sobre los jueces, más que aquella vinculada al desarrollo legislativo.

En un sentido un tanto diferente, la dogmática hace referencia solo a la teoría del delito<sup>4</sup>. Esta se ocupa únicamente de “los presupuestos generales de la acción punible”

---

<sup>2</sup> ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, t. I, 2da. ed, Civitas, Madrid, 1997, § 7 nm. 1.; similar RÜTHERS, B., *Rechtstheorie*, 3ra. ed., C.H.Beck, Múnich, 2007, § 7 nm. 321 y ss.

<sup>3</sup> En efecto, puede decirse que parte de lo que hacen los dogmáticos al precisar el sentido de las normas es terminar con su elaboración y que mejores teorías implican un desarrollo de las disposiciones legales al darles un contenido superador. Cfr. por todos RÜTHERS, B., *Rechtstheorie*, 3ra. ed., C.H.Beck, Múnich, 2007, § 7 nm. 321 y ss.

<sup>4</sup> Así lo utiliza, por todos, SCHÜNEMANN, B., “El sistema propio de la teoría del delito”, *Indret Penal*, 1/2008, [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 9.

obtenidos, según se dice, “mediante abstracción de los tipos concretos de la Parte especial”.<sup>5</sup> Las categorías de análisis centrales aquí son la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, sobre las que por cierto no existe un consenso completo, ni en cuanto a su existencia, orden o contenido.

Los doctrinarios de tradición alemana se han ocupado principalmente de este último campo de trabajo intelectual y es allí donde la academia penal tiene su más elevado prestigio. La idea de “sistema”, entendido como el “orden lógico de los elementos del delito y, con ello, [de] los presupuestos de la punibilidad legalmente regulados”<sup>6</sup> adquiere aquí su mayor énfasis y relevancia

Ya sea en sentido amplio, donde abarca cualquier actividad interpretativa o de sistematización, o en sentido más bien restringido, donde abarca solo la teoría del delito, la dogmática tiene pretensiones de utilidad judicial. Las observaciones que siguen de aquí en adelante se refieren más bien a la dogmática del hecho punible, pues allí es donde se pueden ver con más nitidez tanto las pretensiones de la dogmática en este sentido, como sus debilidades para hacerlo. Es posible, no obstante, que el análisis que sigue repercute también sobre su sentido más amplio.

### III. Tres sentidos de utilidad de la dogmática penal

A continuación, voy a señalar los distintos sentidos en los que se puede decir que la dogmática penal favorece a que la práctica judicial tenga buenos resultados. Al respecto se pueden pensar, al menos, tres ideas:

1) En primer lugar, buenos resultados puede significar soluciones judiciales previsibles. Quizás quien mejor haya resumido esta pretensión de nuestra disciplina es Gimbernat Ordeig. Este autor afirma que la dogmática penal:

Hace posible ... al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución.<sup>7</sup>

Esta creencia, ampliamente sostenida en la dogmática<sup>8</sup>, supone una tesis normativa y una tesis empírica. La *tesis normativa* dice que es bueno que las soluciones

---

<sup>5</sup> ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, t. I, 2da. ed. Civitas, Madrid, 1997, § 7 nm. 1.

<sup>6</sup> SCHÜNEMANN, B., “El sistema propio de la teoría del delito”, *Indret Penal*, 1/2008, [www.indret.com](http://www.indret.com), pp. 3 y 5.

<sup>7</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E. “¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ra. ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 158. Y continúa: “Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada nada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que -por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y su límite”.

<sup>8</sup> Ver por todos, WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, 11. ed., 1997, p. 1; ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, t. I, 2da. ed. Civitas, Madrid, 1997, § 7 nm. 1; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 47 y 50.; también se dice eso de la dogmática en general, cfr. RÜTHERS, B., *Rechtstheorie*, 3ra. ed., C.H.Beck, Múnich, 2007, § 7 nm. 322.

de las autoridades judiciales<sup>9</sup> sean previsibles. La razón por la cual la idea de previsibilidad juega un rol importante en el derecho es bastante obvia. Esto les permite a los individuos predecir las derivaciones de sus acciones, y organizarse en consecuencia, al saber qué pueden esperar de los jueces. La dogmática aportaría así a la potenciación o perfeccionamiento del principio de legalidad, si es que se entiende que la búsqueda de previsibilidad es una de las funciones de este principio.

La *tesis empírica*, por su parte, asume que la dogmática *efectivamente* trae consigo soluciones judiciales más previsibles. Esto puede ser pensado desde un análisis cuasi global, según el cual pueda afirmarse que es verdad que en los países donde se usa la dogmática las decisiones judiciales son más predecibles<sup>10</sup>; o más bien regional, afirmando, por ejemplo, que las decisiones de las autoridades argentinas son más previsibles, porque aquí se usa el método dogmático o incluso que los jueces que se valen de la dogmática son jueces más predecibles. También cabe una afirmación hipotética en los casos en que esto, a nivel global o regional, no ocurra. Según ella, las decisiones judiciales *serían* más previsibles si se apelara al método dogmático. En todos los casos se asume aquí algo que debe ser *probado* y que, por ende, también puede ser *falsado*.

2) En segundo lugar, buenos resultados puede significar, también, soluciones mejores de los conflictos sociales desde una perspectiva valorativa. Esta pretensión es visible, especialmente, a partir de la explicitación de la orientación teleológica de la dogmática, según la cual esta es comprendida como una “continuación de la política criminal”<sup>11</sup>.

Por “política criminal” pueden entenderse diferentes cosas en este ámbito. Algunos autores parecen identificar “política criminal” con justificaciones consecuencialistas del castigo<sup>12</sup>, pero, en rigor, no hay nada en esa expresión que impida incluir también argumentaciones deontológicas, especialmente las relativas a los límites al uso del poder penal<sup>13</sup>. Hacia la primera clase de razones se orienta la siguiente afirmación de Schönemann:

...puesto que el fin primario del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos a través de la prevención general amenazadora, los presupuestos de punibilidad que conforman el sistema penal pueden ser derivados por medio de una reducción de medios a fines<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Aquí me referiré a las autoridades judiciales, pero en rigor no existe impedimento para extender por lo menos parte de este supuesto valor de la dogmática también a las decisiones legislativas. En este sentido, ROXIN, C., *Derecho penal, Parte general*, I, 2da. ed., Civitas, Madrid, 1997, § 7, nm. 35.

<sup>10</sup> Así, GIMBERNAT ORDEIG, E. “¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ra. ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 158. Menciona allí que leyéndose los manuales alemanes uno puede saber que rige en el código civil o penal, lo que no ocurre en otras latitudes donde no hay dogmática. Llama la atención que no haya ejemplificado esto último de alguna manera.

<sup>11</sup> ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 2da. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 49 y ss.; 60 y ss.; BACIGALUPO, E. *La técnica de resolución de casos penales*, 2da. ed., Colex, Madrid, 1995, p. 62.

<sup>12</sup> v. gr. BACIGALUPO, E. *La técnica de resolución de casos penales*, 2da. ed., Colex, Madrid, 1995, p. 62.

<sup>13</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 70 y ss.; ROXIN, C. *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 2da. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2000, al especificar la función garantista del tipo, cfr. pp. 58 y 61 y ss. y GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 83.

<sup>14</sup> SCHÜNEMANN, B., “El sistema propio de la teoría del delito”, *Indret Penal*, 1/2008, [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 10.

En este sentido, la dogmática, y en concreto, la teoría del delito, sería una construcción concebida según su utilidad para evitar la comisión de delitos.

Con una orientación mucho más deontológica se utiliza, por el contrario, el principio de culpabilidad, según el cual la responsabilidad moral debe ser condición de la responsabilidad penal. Si las categorías dogmáticas son permeadas y refinadas conforme a este principio, entonces se podrían garantizar no sólo buenos eslóganes en cuanto al respeto del individuo por parte del derecho penal, sino también la concreción de esos deseos en la aplicación del derecho incluso en cuestiones muy concretas.

Por política criminal se entiende aquí, entonces, no solo la búsqueda de buenas estrategias de castigo, sino también el control del poder penal. Así la concibe Roxin cuando afirma que “la propia limitación jurídica del *ius puniendi* es también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de Derecho”<sup>15</sup>. Una cuestión aparte, que se discute en la dogmática bajo el acápite “culpabilidad y prevención”, es cómo se combinan ambas clases de argumentos y qué hacer cuando existe incompatibilidad.

Pero, en todo caso, de lo que se trata es de lograr una solución correcta, con apoyo en ciertas premisas político criminales. La dogmática habría ayudado a asegurar mejores resultados, en este sentido, al destacar, por ejemplo, la diferencia valorativa entre causas de justificación y causas de exculpación, cosa que, aparentemente, tardó mucho más en descubrirse en aquellos lugares en donde no se hace dogmática<sup>16</sup>. O al poner de manifiesto que debe ser al Estado al que le preocupe no castigar hechos que aunque típicos, no son delitos por estar justificados o exculpados y que, por ende, en esos casos, no se debe poner la carga de la prueba, como se hace en otras latitudes, sobre las espaldas de los individuos<sup>17</sup>.

3) Buenos resultados puede querer decir, finalmente, soluciones jurídicas coherentes. Aquí es donde se destaca especialmente la idea de un sistema, destinado a evitar contradicciones en la solución de casos<sup>18</sup>. En palabras de Roxin, la existencia de un sistema, de “un todo ordenado conforme a principios”, hace visible, “*simultáneamente*, la conexión interna de los dogmas concretos”<sup>19</sup>. Dos soluciones jurídicas son coherentes en la medida en que ambas resuelvan del mismo modo el mismo caso genérico (coherencia jurídica) o si resuelven dos casos genéricos distintos que tienen el mismo fundamento normativo en el mismo sentido (coherencia político criminal). Se trata, en todo caso, de posibilitar la determinación de si *cierta* construcción teórica, supongamos, la del finalismo o, si se quiere, la de Welzel, padece o no de contradicciones. El método dogmático, y especialmente su aspiración sistemática, permitiría evaluar esto con rapidez.

Pero debe quedar claro que *no* se trata de evaluar la coherencia de “la” dogmática, entendida como conjunto de doctrinas que discuten sobre los fundamentos, la estructura o las consecuencias de la dogmática. Esto es así, básicamente, porque *cada* sistema tiene sus propias premisas y sus propias consecuencias. De hecho, la discusión sobre cuál es el sistema “correcto” es algo de lo que más se discute febrilmente desde

---

<sup>15</sup> ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, t. I, 2da. ed, Civitas, Madrid, 1997, § 7 nm. 68

<sup>16</sup> SCHÜNEMANN, B., “El sistema propio de la teoría del delito”, *Indret Penal*, 1/2008, [www.indret.com](http://www.indret.com), pp. 5 y ss.

<sup>17</sup> SCHÜNEMANN, B., “El sistema propio de la teoría del delito”, *Indret Penal*, 1/2008, [www.indret.com](http://www.indret.com), pp. 7 y ss.

<sup>18</sup> SCHÜNEMANN, B., “El sistema propio de la teoría del delito”, *Indret Penal*, 1/2008, [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 5.

<sup>19</sup> ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, t. I, 2da. ed, Civitas, Madrid, 1997, § 7 nm. 2.

von Liszt hasta hoy<sup>20</sup>. Las propuestas al respecto, a pesar de ciertos acuerdos centrales, son enormemente variadas<sup>21</sup>.

De acuerdo a este cometido de la dogmática, entonces, un error sobre un presupuesto objetivo que le quite al hecho su carácter de socialmente disvalioso debe tener siempre las mismas consecuencias jurídicas, ya sea que se refiera a algo que deba estar presente (dolo de tipo) o ausente (dolo de justificación). Si esto es cierto, el sistema welzeliano no es correcto, pues trata a ambos supuestos de un modo distinto<sup>22</sup>.

La idea de sistema también permitiría ver rápidamente cómo la alteración de alguna de sus piezas puede afectar la estructura general. Por ejemplo, si se admitiera que la tentativa debe tener menos pena que el delito consumado, *solo en el supuesto de tentativa inacabada*, entonces la participación en un hecho tentado debe tener menos pena que la participación en un hecho consumado, solo en la tentativa inacabada. Un cambio para el autor, implica un cambio para el partícipe en la medida en que la razón que lo fundamenta se aplique a ambos.

Como puede verse de las citas y de las afirmaciones de reconocidos autores, la dogmática pretende las tres cosas. Se jacta de contribuir a la previsibilidad, corrección y coherencia de las decisiones judiciales. Y afirma hacerlo de un modo en que otras formas de soluciones de casos, especialmente, la de los sistemas intuicionistas orientados al caso concreto, no logran.

#### **IV. Tensión entre previsibilidad y corrección**

El problema es que estos tres buenos resultados de la dogmática no van todos en la misma dirección. Es decir que, en muchas situaciones, habrá que elegir cuál de aquellas finalidades tiene preferencia, puesto que no podrán alcanzarse todas simultáneamente.

Una solución judicial previsible requiere desentenderse de la corrección de la solución del caso individual. Previsible es aquella solución igual a otra u otras anteriores para un caso análogo, sin que sea relevante si el caso anterior estaba o no bien resuelto. La idea de la seguridad jurídica, de hecho, es muchas veces utilizada *justamente* para no tener que entrar en el análisis del valor de las decisiones judiciales tomadas. Se las critica por imprevistas, no por incorrectas. La pretensión de previsibilidad favorece el *status quo* con independencia del valor que este tenga.

Una solución correcta necesita, contrariamente, de una reevaluación constante de las soluciones posibles para diferentes casos. Debe, entonces, desentenderse de soluciones anteriores, i.e. de cómo han resuelto los tribunales hasta cierto momento, so pena de incurrir en una falacia empirista, según la cual como de hecho resuelven los tribunales es como deben resolver. Así, por ejemplo, si darle relevancia al resultado en el concepto de delito implica una violación del principio de culpabilidad se debe omitir la valoración de este factor al momento de imponer la pena, sin que importe el modo contrario en que los tribunales vienen resolviendo casos análogos.

Detrás de este cometido de la dogmática está también su muy loada capacidad de desarrollo. Se afirma que la dogmática se “desarrolla”, “evoluciona” o “perfecciona”. Se

---

<sup>20</sup> NAUCKE, W., *Strafrecht*, Luchternhand, 10ma. ed., Neuwied/Kriftel, 2002, § 7 nm. 3.

<sup>21</sup> Para un último ejemplo que muestra la sofisticación la permanente actualidad del tema en Alemania, cfr. PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012. Se trata de una obra que discute los lineamientos de la teoría general del delito.

<sup>22</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, 11. ed., 1997, pp. 92., 118 y 199 y ss.

asume que ahora existe una mejor dogmática que la que existía antaño, puesto que cuenta con mejores premisas, más distinciones valorativas relevantes y, por consiguiente, como mejores consecuencias. Los dogmáticos de hoy pretenden estar mejor situados para resolver satisfactoriamente problemas penales que sus antecesores<sup>23</sup>.

Puesto que, como destacó, la previsibilidad también es algo deseable. Ante una situación de conflicto entre esta aspiración y la de corrección se deberá discutir a cuál valor otorgarle preponderancia. Probablemente esto dependa de cuán imprevisible sea la decisión actual y de cuán incorrecta era la anterior. Lo que está claro es que no se pueden satisfacer ambos objetivos simultáneamente en la medida en que cierta solución parezca inadecuada tal y como se viene tomando.

Una vez destacada la incompatibilidad conceptual, cabe preguntarse a cuál de los dos objetivos le da, *de hecho*, preponderancia la dogmática, pues no puede elegir ambas. Si uno lee algunas declaraciones de intenciones, parece que algunos dogmáticos conceden el problema, pero sólo como una cuestión marginal que no pone en riesgo la idea de previsibilidad. Se presupone algo así como que, en general, se vienen tomando buenas decisiones judiciales. En palabras de Gimbernat:

El establecimiento de teorías permite que alguna de ellas pueda llegar a convertirse en dominante –sobre la base de la *fuerza racional de convicción* de su fundamentación-, y permite que de esta manera sepamos cuál es el tratamiento que recibe de hecho un grupo de casos...<sup>24</sup>

He destacado en cursiva la idea de “fuerza racional” para mostrar que se asume, al menos en algún punto, que la teoría dominante llega a ser tal porque es la correcta<sup>25</sup>. Ahora, si se transforma en dominante por ese motivo, entonces la elección de la disciplina ha sido darle prioridad a corrección, por sobre la previsibilidad y, en todo caso, a lo sumo existiría la saludable *casualidad* de que en la búsqueda de corrección se la logrado también el otro objetivo. Sería como el caso de aquel hombre que busca ser feliz y ser justo y que, por suerte, es feliz solo cuando realiza actos justos. Si esta dichosa coincidencia existiera, quiere decir que la incompatibilidad lógica no ha sido seguida de una incompatibilidad empírica.

Ahora, ¿es esto cierto? ¿Es cierto que la dogmática, *como disciplina* opera partiendo de un consenso valorativo elemental que solo se pone a prueba excepcionalmente? Y la respuesta parece ser negativa. Como lo dijimos con Navarro y Manrique:

... los desacuerdos en dogmática son una regla antes que una excepción. Los debates acerca de la mejor organización del aparato conceptual son interminables y no siempre se obtiene un genuino provecho de esas controversias. Incluso frente a hechos simples se multiplican las soluciones.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> SCHÜNEMANN, B., “El sistema propio de la teoría del delito”, *Indret Penal*, 1/2008, [www.indret.com](http://www.indret.com), pp. 12 y ss.

<sup>24</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E. “¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ra. ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 159.

<sup>25</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E. “¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ra. ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 159. Es cierto, no obstante, que Gimbernat concede una posible disidencia y decide priorizar la estabilidad por sobre la corrección.

<sup>26</sup> MANRIQUE, L./NAVARRO, P./PERALTA J.M., “La relevancia de la dogmática penal”, en *Serie Filosofía Jurídica y Teoría del Derecho*, No. 58, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 87.

De ser esto verdad, la dogmática como disciplina puede aportar muy poco a la previsibilidad de las decisiones judiciales. Antes que contribuir a que podamos esperar de todos los jueces una misma solución, contribuye a que existan muchas soluciones disponibles. La consecuencia de ello, como dice Schünemann, es que:

La jurisprudencia selecciona... de entre las innumerables opciones dogmáticas, como si se tratara de una tienda con mercaderías variadas, el esbozo que casualmente se ajusta al resultado deseado<sup>27</sup>.

Schünemann menciona que este sería un “peligro” de las discusiones dogmáticas, pero, en rigor, es una realidad extendida de esta práctica. Piénsese por ejemplo, la variedad de soluciones que se ofrecen no ya para el tratamiento del error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación, sino ya para su variante de tratamiento conocida como “teoría de la culpabilidad limitada”. Grünwald menciona al menos cinco subvariantes “según el libro que se tome”<sup>28</sup>. Pawlik mismo menciona como los “prácticos” se quejan del “permanente aluvión de trabajos (académicos), que les hace imposible seguir el desarrollo de la ciencia aunque más no sea a grandes rasgos”<sup>29</sup>.

Uno puede aquí preguntarse por qué sucede esto. Y la respuesta se encuentra en que “la dogmática es una disciplina eminentemente académica”, cuyo espacio natural es la comunidad científica. Ese medioambiente le impone al dogmático “presión por ofrecer soluciones originales y marca la constante revisión de los avances que se logran en cualquier tema. Los artículos científicos, las tesis doctorales, las ponencias en los congresos, etc., no pueden limitarse a reiterar lo que ya se conoce sino que su valor radica, al menos en parte, en ofrecer una nueva perspectiva”<sup>30</sup>.

Esto demuestra que la dogmática ha optado por darle prioridad a la solución “correcta” de los problemas penales por sobre la solución “previsible” y que no existe la feliz coincidencia que Gimbernat suponía. Estos desacuerdos valorativos se deben a que existen distintas preferencias individuales o distintos pareceres. En este sentido, la diversidad dogmática es similar a la diversidad moral<sup>31</sup>. Aunque, por cierto, no se puede descartar que algunas posiciones solo persigan provocar atención por su excentricidad. El trabajo del dogmático, entonces, no pretende, en general, aportar previsión y de hecho no la aporta.

Probablemente, alguien esté dispuesto a afirmar que es falso que los jueces sean completamente imprevisibles y que, por ende, no se pueda saber más o menos qué esperar de ellos en muchos casos. Desde una “sociología de sillón”<sup>32</sup> tengo la sensación de que esto es cierto. Pero que en gran parte no se debe a las virtudes de la dogmática sofisticada, sino más bien a otros factores que, a su vez, explican que las decisiones de los jueces en las latitudes en las que no se hace dogmática tampoco sean, en general, imprevisibles.

---

<sup>27</sup> SCHÜNEMANN, B., “El sistema propio de la teoría del delito”, *Indret Penal*, 1/2008, [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 10; igual MANRIQUE, L./NAVARRO, P./PERALTA J.M., “La relevancia de la dogmática penal”, en *Serie Filosofía Jurídica y Teoría del Derecho*, No. 58, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 88 y s.

<sup>28</sup> Véase GRÜNWARD, G., “Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada”, en AAVV, *El error en el Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 165 y ff.

<sup>29</sup> PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 11

<sup>30</sup> MANRIQUE, L./NAVARRO, P./PERALTA J.M., “La relevancia de la dogmática penal”, en *Serie Filosofía Jurídica y Teoría del Derecho*, No. 58, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 84.

<sup>31</sup> MANRIQUE, L./NAVARRO, P./PERALTA J.M., “La relevancia de la dogmática penal”, en *Serie Filosofía Jurídica y Teoría del Derecho*, No. 58, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 90.

<sup>32</sup> Expresión usada por NINO, C.S., *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005, 47.



En primer lugar, a que la mayoría de los casos que pasan por los tribunales son casos fáciles, para cuya solución no es necesario un aparato conceptual con demasiada elaboración<sup>33</sup> y donde el centro de las discusiones es acerca del caudal probatorio. Esto también explica por qué ciertas “revoluciones” dogmáticas, por influyentes que sean en la academia, poco repercuten al final en la solución de los casos. Hace ya tiempo Sancinetti destacaba:

Desde que la jurisprudencia argentina comenzó a cambiar el estilo lingüístico de fundamentación de sus decisiones, a favor de la teoría de la culpabilidad, o, más en general, según el sistema de la teoría finalista de la acción, no se notó, en realidad, una gran modificación en las soluciones concretas, especialmente en materia de “error”<sup>34</sup>.

Esto se conecta también al hecho de que la “evolución” dogmática consiste, muchas veces (pero, por supuesto, no siempre), en haber logrado concebir una teoría con mayor capacidad explicativa de los fenómenos que se quieren abarcar (algo que cualquier científico considera valioso), más que en haber cambiado las consecuencias penales hasta el momento vigentes. Por ejemplo, si bien el finalismo tenía dificultades para dar cuenta de los hechos imprudentes, hasta donde sé, ningún finalista quiso asumir la consecuencia de dejarlos impunes<sup>35</sup>. Por el contrario, trataron de elaborar argumentos más o menos persuasivos para mostrar que ellos también podían dar cuenta de esa clase de delitos. Por ende, cuando esa doctrina fue reemplazada por el paradigma funcionalista del hecho punible no se logró un resultado especialmente divergente en este ámbito. Dicho de otro modo, siempre se defendió que los hechos imprudentes debían ser delito y el funcionalismo logro cierta sofisticación para los casos que son, por supuesto, sobre los que no existe un consenso general.

Y en segundo lugar, la previsibilidad de los tribunales se debe a la fuerza que suelen tener sobre los jueces inferiores las decisiones sobre casos no tan fáciles de la jurisprudencia de los tribunales de alta jerarquía. Si existe allí uniformidad no se debe a las virtudes de la dogmática, si no al diseño procesal de nuestros tribunales y a la condescendencia que los jueces de menor grado suelen tener con los de más alto rango. Con otras palabras, la mayoría de los casos que caen en el sistema judicial o son de simple solución o se encuentran resueltos autoritativamente<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Las distinciones básicas entre cuestiones objetivas y subjetivas, o entre tipicidad, justificación y exculpación no son, por cierto, exclusividad de la dogmática, tal como aquí se la entiende. En Inglaterra, solo por dar un ejemplo, estas distinciones son, al menos hoy, también conocidas, tanto en la filosofía moral como en la filosofía del Derecho penal o teoría del Derecho penal. Cfr. GARDNER, J., *Ofensas y defensas*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), 2012, *passim*, pero especialmente pp. 99 y ss. y 113 y ss.

<sup>34</sup> SANCINETTI, M. *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. XIV.

<sup>35</sup> Al menos no dejarlos impunes *por esa razón*. Luego se puede discutir qué sentido tiene castigar ciertos tipos imprudentes, pero motivos diferentes, vinculados a la eficacia estatal en su evitación, a la falta de justicia en el castigo, al principio de mínima intervención, etc.

<sup>36</sup> Solo una observación marginal sobre la cuestión didáctica. Existe innumerables manuales de Derecho penal en Alemania sobre la teoría del delito donde todos parten prácticamente del mismo esquema. Existe aquí cierta uniformidad que es útil para dar clases y que a veces les sirve a los operadores para argumentar. Sin embargo, mientras más básico es el manual, menos argumentos ofrece al punto tal que a veces llegan a ser incomprensibles por ser excesivamente esquemáticos. Cuando los manuales se salen de este estándar (a mi modo de ver, bastante inútil) y empiezan a argumentar, entonces los autores se ven forzados a mostrar las diferentes posturas, que nunca son solo dos. El paradigma aquí es la colosal obra de Roxin, que es enormemente rica en información y argumentos, pero que, justamente por ello, nos abre un mundo muy complejo de variables disponibles para cada problema penal.

#### IV. Dogmática penal y coherencia judicial

Dicho todo esto, ¿qué es lo que la dogmática aún puede aportarle a las decisiones judiciales? Seguro, para los casos teóricamente complicados puede ofrecer argumentaciones en pro y en contra de ciertas soluciones. Los dogmáticos harían acá la suerte de peritos que informan al juez para que este decida lo que mejor le parece. Cuánto de realismo tiene pensar que un tribunal leerá cuantiosos libros y artículos para resolver ciertas situaciones, es algo que le dejo pensar al lector de este trabajo. La oferta dogmática en todo caso está allí y es valiosa.

Pero la idea de “sistema” tiene otra virtud que mencionamos antes: la búsqueda de coherencia. Aquellos que se preocupan sólo por el *topos* o la solución del caso, efectivamente, se quedan sin armas para solucionar, con la misma orientación valorativa, casos genéricos valorativamente análogos cuya vinculación con el caso de referencia no sea evidente. El sistema, por el contrario, permite evaluar permanentemente “qué se sigue de” ciertas asunciones en ciertas partes de la estructura de un modo expeditivo y exhaustivo<sup>37</sup>, tal como lo mostré arriba (punto III, 3)) respecto del error o de la participación en la tentativa.

Pero la coherencia es una virtud temporal que no excluye la posibilidad de seguir revisando, cada vez que parezca necesario, las premisas y los pasos por medio de los cuales se llegó al armado del sistema. Y por sobre todas las cosas, la coherencia también es una virtud que podríamos llamar “local”<sup>38</sup>. Coherente debe ser cada sistema, i.e. el finalista, el causalista, el funcionalista o, si se quiere, el de Welzel, el de Sancinetti, el de Jakobs. En este sentido, y volviendo a la cuestión judicial, cada juez tendrá su preferencia a este respecto que no tiene por qué ser similar a la de los otros jueces.

Por eso, la dogmática solo (aunque esto no sea poco) sirve para evaluar la coherencia de un juez en la medida en que este no haya explicitado un cambio de premisas y sólo en la medida de las decisiones de ese juez. Aun cuando los jueces fueran expertos dogmáticos, nuestra disciplina no conduciría en los casos donde tiene más relevancia, los difíciles, a que uno pueda afirmar que los jueces, así, en sentido genérico y anónimo, son más previsibles porque utilizan la dogmática.

#### V. Conclusión

La dogmática logra dos objetivos valiosos. Por un lado, la constante búsqueda a través de las renovadas discusiones sobre cuál es la solución correcta para cierta clase de problemas. Así, forma parte de nuestro universo moral y las discusiones cotidianas sobre lo correcto y lo incorrecto.

Por el otro, la imposición de la búsqueda de coherencia en todo aquel que afirme que cierta solución es la correcta. Esta última virtud es la que se encuentra resaltada por la idea de sistema, cuya manifestación más fuerte está en la teoría del delito.

Coincido, entonces, con aquellos que siguen destacando el valor de que se construyan y sostengan sistemas de solución de casos, es solo que no creo que sirva para potenciar la idea de “seguridad jurídica” en el sentido en que suele pregonarse.

---

<sup>37</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E. “¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ra. ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 159.

<sup>38</sup> MANRIQUE, L./NAVARRO, P./PERALTA J.M., “La relevancia de la dogmática penal”, en *Serie Filosofía Jurídica y Teoría del Derecho*, No. 58, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 90.