

Fallos en la enseñanza del Derecho Penal

Ernesto Domenech y Mariana Cucatto

1. Los fallos y la Dogmática Penal

1,1. Tal vez por el escaso aprecio histórico por los Jueces en la Tradición Jurídica Romano Canónica, quizás por el prestigio devaluado del Poder Judicial y las crisis que atraviesa (escasamente fiable en su independencia respecto de otros poderes, sobresaturado en sus tareas, burocrático en sus rutinas) acaso porque no es un Poder representativo de los ciudadanos, y sus jergas y decisiones lo distancian y vuelven poco comprensible para ellos con poco conocimiento de las leyes de la República, lo cierto es que en la Dogmática las decisiones judiciales no ocupan un sitio de relevancia.

Descalificadas como fuente de derechos, discutidas en su obligatoriedad como precedentes, circunscriptas por el principio de legalidad, las sentencias y la jurisprudencia han sido postergadas por las Teorías que prefieren la sistemática conceptual, abstracta y principista, a la precariedad empírica de las circunstancias de los casos como garantías de la seguridad jurídica. Como si esta dependiese más de adoptar ciertas posturas teóricas que de las circunstancias que la rodean o de las virtudes de quienes deciden y los argumentos que emplean para escuchar y resolver los antagónicos pedidos de las partes.

Es una curiosa omisión en sistemas políticos republicanos que ponderan el Poder Judicial como una garantía del ciudadano frente a los otros poderes del Estado, particularmente inexplicable en momentos de gran incertidumbre normativa y de cambios permanentes en los modos de interpretar y validar las leyes.

En este trabajo exploraremos entonces el modo como la teoría alude a las decisiones judiciales y su importancia como formas de aprender el derecho y el ejercicio profesional, que en países como el nuestro, en el que las Facultades de Derecho habilitan por sí solas para la actuación de los abogados, es de capital importancia

1,2. Los teóricos del derecho penal se refieren a las sentencias judiciales

en publicaciones diversas y a propósito de muy distintos temas.

De esta manera se aluden a las sentencias en:

- Los Manuales y Tratados.
- Los Códigos Comentados
- En los comentarios de fallos en publicaciones especializadas y periódicas o en libros de recopilaciones de actualización jurisprudencial.

Estos artefactos no tienen idénticos destinatarios. Los Manuales, por ejemplo, se destinan más a la formación de los alumnos de grado e integran las bibliografías de los Programas de Estudios. Socializan en una teoría o un punto de vista, y familiarizan con modos de ver la disciplina que caracterizan y presentan en sus páginas iniciales.

Las otras publicaciones, en cambio, se dirigen a otros lectores, o, al menos, son usadas por otros lectores. Usuarios que, desde las urgencias de las trincheras profesionales, deben emplear las leyes y tratar de encontrar algún tipo de respuesta a preguntas que las prácticas profesionales plantean, o a investigadores y estudiosos que, desde sitios más espaciosos y menos urgidos, se preocupan por la profundización de alguna cuestión o decisión en particular.

Y el tratamiento que los autores (aun los mismos autores) hacen en cada una de estas publicaciones es diverso, curiosamente coincidente y contrastante.

En los Manuales y Tratados la alusión a la jurisprudencia es meramente tangencial a diferencia de las restantes publicaciones cuyos destinatarios son los operadores jurídicos o los investigadores o teóricos. En los más recientes la jurisprudencia, por ejemplo, no figura en los índices analíticos y temáticos.

Sin embargo tanto la Jurisprudencia como las sentencias se abordan a propósito de otros temas: entre los más relevantes figuran el estudio de las llamadas fuentes del derecho y el “principio de legalidad”, el “nullum crimen nulla poena sine lege”, uno de cuyas premisas es restringir el poder punitivo de legisladores (imponiéndoles leyes claras y precisas) y jueces, vedándole la analogía como procedimiento para razonar y argumentar.

El peso de la jurisprudencia es, no obstante, muy importante en los Códigos Comentados, pues las doctrinas de fallos con cita precisa se suelen agrupar a propósito de los diversos “temas” que plantea un artículo del C.P. comentado.

Es la cita de las sentencias a través de doctrinas lo que se evidencia el

modo común y compartido entre la forma como los teóricos aluden o enfrentan las decisiones judiciales en Manuales y Códigos Comentados.

Pues esta circunscripción a la doctrina del fallo, implica el recorte de las circunstancias del caso, de los modos como el órgano judicial adoptó la decisión, de los procedimientos y los hechos a propósito de los cuales señaló un criterio. Recortes todos muy importantes pues serán los procedimientos en los que las sentencias se dictan, las peticiones de las partes que la provocan, los hechos de que se trate, los que limitan las posibilidades de decir de los jueces, el sentido y significado de lo que afirman, las razones que invocan. Y, por lo tanto, los que permiten justificar la invocación de un precedente judicial a un caso distinto. Pero no sólo lo que las citas dejan de lado es lo relevante. También lo es aquello que seleccionan. Veamos dos ejemplos ilustrativos¹:

“Tales circunstancias (la utilización de un menor para descargar la responsabilidad en él) deben ser acreditadas, en especial en referencia al tipo subjetivo, por tratarse de un elemento distintivo del dolo “ (CN Crim y Correc. Sala 1 21/12/04, “Arciénaga, Sosa Alejandro y otros “ c. 25.143. Boletín intero de Jurisprudencia n 4/2004, p. 1001

Esta primera cita evidencia el empleo en la sentencia de un lenguaje típico de la jerga dogmática. El empleo de palabras como *tipo subjetivo* o *elemento distintivo del dolo* que son sólo comprensibles para los iniciados en ciertos lenguajes no resultan accesibles para el ciudadano. Palabras no empleadas en los textos legales y que bien pueden ser sustituidas por otras sin mengua alguna del significado. Volveremos sobre ellas. De este modo la teoría se muestra incidiendo en el léxico de los operadores jurídicos, pero no de cualquier modo, sino de una manera tal que no es accesible al “justiciable”.

Leamos ahora otra cita:

“La finalidad que tuvo el legislador al introducir la agravante del art. 41 quater del Cód. Penal no fue tanto que objetivamente interviniera una menor en un hecho grupal, sino que la intervención del menor tuviera la finalidad de descargar la responsabilidad en él. Tal circunstancia no se advierte si dos de los imputados se negaron a declarar y el restante se manifestó ajeno a los hechos que se le atribuían sin intentar responsabilizar al menor –quien fuera

¹ Tomé estos ejemplos del Código Penal (Tomo 2 A) dirigido por David Baigun y Eugenio Zaffaroni. 2da. Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires 2007 pág. 183

sobreseído por contar 15 años de edad al momento de comisión de los hechos, por lo cual no corresponde su aplicación. Por otro lado, la norma indicada hace referencia a “mayores” y esta condición se obtiene en nuestro ordenamiento legal al cumplir los veintiún años. La referencia a “mayores” fijada en definitiva en la norma, debe realizarse bajo estrictas reglas de interpretación. Resulta siempre restrictivo el criterio que debe imperar para aplicar los supuestos de agravación de acuerdo a lo que se desprende de la aflicción de analogía in mala partem que surge del principio de legalidad material del art.18 de la Const. Nacional. En este sentido, el elemento “mayores” mencionado en la agravante debe ser interpretado restrictivamente y con el alcance dado por la ley civil y por la convención de los derechos del Niño, en donde por “mayores” sólo podemos entender a los que tienen más de veintiún años de edad.”

Esta última cita evidencia el interés prioritario más por las conclusiones, por la doctrina de una sentencia, que por las razones que pudiesen justificarla. De esta manera (y más allá del acierto o desacierto de las doctrinas) es claro que el peso es dogmático. Poco interesado en el proceso de razonamiento y valoración de quien decide y mucho menos en la opinión que éste sienta o adopta. De esta manera y en cierta medida, se atenúa la propia argumentatividad del escrito, máxime si se considera que la argumentación no es un mero razonamiento lógico-formal, en el que se procura derivar la validez de una conclusión a partir de determinadas premisas sino que es un acto de lenguaje, es decir, un discurso, en el que un sujeto elabora argumentos como razones suficientes para legitimar una conclusión, enmarcando tal proceso sobre el fondo de un “diálogo persuasivo” a través del cual se procura justificar la adopción de un punto de vista y lo que ello significa. A diferencia, entonces, del razonamiento lógico o formal, que se caracteriza por su neutralidad tópica y su indiferencia respecto de los contextos, el razonamiento verbal debería definirse en relación con la subjetividad y con los contextos o circunstancias en que se actualiza dado que esto condiciona sus alcances, sus implicancias, es decir, su sentido.

Y en este aspecto esta segunda doctrina suscita no pocos interrogantes que escapan a la síntesis doctrinaria: ¿Qué peso deben tener las intenciones del legislador al momento de interpretar un texto legal? ¿Qué peso deben tener cuando son más de una? Para saber el significado de la palabra “mayores”,

¿debe apelarse sólo al artículo en el que la expresión aparece empleada, o con otras reglas? ¿Cuáles serían estas reglas: el Código Civil o la CIDN? ²¿Y por qué motivos deberían ser ninguna regla u otras cualesquiera? ¿Cuándo razona por analogía el que asigna significado a una palabra usada en la ley?

Ahora bien ¿Es posible un uso diverso de las sentencias en el aprendizaje del derecho penal? ¿Un análisis menos abstracto y más circunstanciado? Estas son las preguntas que ahora abordaremos.

2. La utilización de las sentencias en la enseñanza del derecho penal.

La utilización de sentencias completas para el aprendizaje y la enseñanza de grado³ del Derecho Penal permiten remediar algunas de estas dificultades.

Pero veamos algunos obstáculos que se presentan a quien quiera, con sus alumnos, explorar el derecho penal de la mano de sentencias judiciales en tanto textos representativos de la discursividad jurídica, por una parte y del lenguaje jurídico-administrativo, por otra.

2,1. Algunos obstáculos

Un primer obstáculo es la oscuridad del lenguaje. Oscura es la jerga judicial, cercana al lenguaje de la escribanía, florece con gerundios y latinazgos, con oraciones extensas, con expresiones formularias, con usos no habituales de palabras comunes que la vuelven despojadas de sentimientos, distante, poco atractiva, y confusa. Oscura es también la lengua de los penalistas como lo reprochó el Profesor Hendler. No se hace precisamente la luz cuando se suman ambas penumbras. Por el contrario quien se acerque a las sentencias encontrará una lengua inaccesible para quien no esté en condiciones de comprender sus términos encriptados por partida doble. En efecto, se suele hablar del lenguaje jurídico o del “lenguaje del derecho” como un lenguaje especializado o profesional, es decir, como un lenguaje que garantiza el entendimiento entre sujetos que comparten conocimientos, creencias, actividades o aficiones no comunes (López Ferrero, 2002; Duarte y Martínez,

² La pregunta no es irrelevante porque en tanto la mayor edad se alcanza a los 21 en el Código Civil, niño en la Convención de los Derechos del Niño involucra a los menores de dieciocho años de edad.

³ En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP las sentencias han sido objeto de especial tratamiento en el grado académico y en el post grado. En el grado se han organizado en seminarios de actualización jurisprudencial de los más altos tribunales. En el post grado la inserción depende según sea la Especialización en que se insertan. Forman parte de la asignatura Teoría y Práctica de los actos jurisdiccionales que se dictan en la Especialización sobre Gestión

Lázaro, 1990). Sin embargo, el uso comunicativo de la lengua debería ser comunitario, es decir, los mensajes tendrían que reunir las condiciones ideales u óptimas para que, aún sirviendo a un propósito o función social particular en una circunstancia específica y determinada, pudieran ser interpretables con el mínimo esfuerzo por toda la comunidad, en general y no por un individuo o un grupo de individuos concretos en una situación. Infelizmente, las sentencias, por ejemplo, no trascienden la comunicación profesional y no logran convertirse en un “bien público”.

En este encriptamiento se instalan, incluso, las primeras ejercitaciones con los alumnos. Los primeros interrogantes en relación al sentido de semejante oscuridad. Al significado de la incomprensión, a la exigencia de lenguaraces que la vuelvan comprensible a la ciudadanía, a la legitimación de este divorcio comunicacional. ¿De qué valen leyes claras y previas, si su aplicación es confusa? puede ser uno de ellos.

La creación de alternativas frente a textos pocos claros es también un verdadero desafío. Desde la “traducción o reformulación de los fallos” hasta la redacción de modos alternativos de construirlos. Con preocupaciones distintas y roles profesionales diversos. Con maneras alternativas de ejercer el poder de la jurisdicción y de transmitirlo a sus destinatarios para que, en primer lugar, accedan a él, y puedan, por tanto, impugnarlo. Controvertirlo.

El análisis del lenguaje empleado en las sentencias sencillas y cotidianas, sin otras pretensiones, permite también imaginar los destinatarios, tanto los explícitos como los implícitos, el mayor o el menor compromiso de subjetividad de quienes las construyeron, sus sentimientos, sus emociones, sus creencias, sus acciones, sus intenciones y la postura adoptada ante el lenguaje propio, el lenguaje profesional y el lenguaje común o general. Y al explicitar tales cuestiones, se podrá tomar conciencia de las formas que deben asumir las escrituras judiciales para comunicarse en forma efectiva y legítima con sus destinatarios

Es este un nivel de análisis que no requiere mayores conocimientos disciplinares previos, excepto sujetos competentes en los usos expresivos y comunicativos del español. De modo entonces que es apto para el trabajo con quienes aún no han tecnicado sus saberes y sus lenguas: los alumnos. Para invitarlos a recuperar su condición de extraños a estas lenguas raras, y de

ciudadanos destinatarios de estos fallos. Desde esta posición de extrañeza es posible recuperar puntos de vista y observaciones respecto de los usos del lenguaje que quedan invisibles para quien a diario emplea y reproduce, sin mayores miramientos, estas palabras. El alumno es colocado entonces, por el docente, como una especie de etnógrafo, un antropólogo institucional: una persona al margen de una cultura en la que curiosamente está inmerso y que, en cualquier momento, puede invitarlo a participar de ella o hacerlo su más cruel destinatario.

El estímulo a la creatividad del alumno para que “traduzca” o “reformule” estas palabras le exige una profunda comprensión de los fallos y un descubrimiento de sus valores, límites y posibilidades. Se socializa por eso con su condición de “creador” o “recreador” de prácticas muchas veces naturalizadas e inmutables en esa condición. Y en este proceso no sólo está invitado a reparar en escrituras, sino a explorar las cuestiones no escritas y a escribir. A alfabetizarse con nuevos modos de escribir que enriquezcan su competencia comunicativa, su práctica académica y su futura práctica profesional.

Tampoco es necesario un conocimiento técnico dogmático para analizar el “peso” que cada cuestión de una sentencia tiene y lo que ese peso significa. Los “centimétrajes” en los periódicos evidencian el interés por una noticia, o por un determinado personaje. Pues bien, los “centimétrajes” de cada cuestión en una sentencia implican una verdadera economía de la gestión que supone construirla. Una calificación legal expresada en pocos renglones seguramente implica o bien poco interés en ella o bien narrativas que contienen decisiones de interpretación implícitas. Pocos renglones en la valoración de atenuantes y agravantes también se relacionan con la consideración de este tema como una cuestión “menor”, que se encuentra nada más y nada menos que relacionada con uno de los mayores actos de poder jurisdiccional: la elección de una pena en concreto.

2.2. Los beneficios de su utilización

Emplear sentencias “reales” y completas vincula al alumno con las prácticas. Se las muestra en sus escrituras y, con ello, los valores verbales, cognoscitivos, individuales, sociales y culturales puestos en juego en su producción y comprensión. Y desde esta posición, implica un esfuerzo por desandar el abismo entre la Teoría Penal, sus relatos y especulaciones, y las

faenas cotidianas de los abogados en los fueros criminales. Se inmiscuye en una de las críticas más fuertes que reciben las Teorías Jurídicas: su pureza abstracta y descontextualizadora.

También permite visualizar modos de ejercer el poder. Pero no sólo el poder de juzgar al prójimo sino también el poder de los Juristas, de aquellos que se presentan como partícipes y auxiliares indispensables en la tarea jurisdiccional y en la seguridad que los ciudadanos reclaman.

Otras bondades exhiben también estos ejercicios.

El trabajo con sentencias prontamente muestra al alumno los límites de un modo de pensamiento lineal que exige que primero se cuenten con ciertos conocimientos y luego con otros. Que se sepa primero los del derecho penal 1, más tarde los del 2 y finalmente los de procesal penal. Porque las sentencias, como los códigos y las reglas en general y entre sí, mezclan todos estos conocimientos. Desafían un orden académico, y un modo, tal vez, simplista de pensar.

Y no sólo los mezclan sino que ponen de manifiesto el complejo universo de relaciones de las reglas entre sí y de los distintos tópicos o centro de interés de un caso en la medida en que las sentencias como textos se pueden definir por su multivocidad.

Todas estas relaciones seguramente serán evidentes para quien enfrente el primer artículo del Código Penal que exige, de alguna manera, considerar a todos el Código Penal que recién comienza como si fuese un curioso e impensado aleph. Un punto en el que anidan todos los puntos posibles. Pero que se percibe poco si las personas se socializan con compartimientos jurídicos estancos.

Las sentencias mostrarán también la pluralidad de saberes y relatos que en ella se mencionan. Y por ende la necesidad de familiarizarse con ellas, permitirá advertir que la consideración interdisciplinaria de un problema no es una cuestión meramente epistémica sino profundamente práctica. Evidenciará modos de pensar, de decir y de actuar, en suma, de razonar; jueces que podrán comportarse como lógicos, historiadores, pero también como lingüistas, analistas del discurso, literatos, poetas, sociólogos, antropólogos, filósofos o políticos.

Mucho más puntualmente el estudio de las decisiones en sí, de los argumentos que se utilizan, de la pertinencia de los argumentos con la conclusión de la validación y prueba de estos argumentos, permite un estudio

más profundizado. Menos intuitivo que las primeras reflexiones en torno a los fallos, pero muy relevante, sobre todo cuando la Dogmática Penal ha sido acusada de “encubrir” los problemas que resuelve con estrategias conceptualistas poco afectas a los debates. Este estudio argumental de los fallos implica someter a debate los modos mismos como el Juez dialoga con las partes o con otros pares en las sentencias dictadas por órganos colegiados, por Tribunales, Cámaras o Cortes.

Algunas ejercitaciones permiten mostrar mejor estas estrategias que operan de manera espiralada, partiendo de visiones intuitivas y dan en cada ejercitación una nueva “vuelta de tuerca” Y este será el punto final de estas reflexiones.

2,3. ¿Cómo enseñar con sentencias?

La enseñanza y el aprendizaje del derecho penal con sentencias puede intentarse tanto con sentencias simples y cotidianas, como con decisiones más complejas de tribunales colegiados o de apelación.

No se necesitan, en efecto, grandes pronunciamientos para aprender contenidos penales. Muchas veces el análisis del más cotidiano de los formularios cobra una inusual elocuencia.

La operatoria con sentencias sencillas puede intentarse partiendo de las primeras intuiciones del lector para dar luego lugar a especulaciones más “tecnificadas”:

Veamos algunos ejercicios

2,3,1. Las primeras intuiciones

Examinar el lenguaje de una sentencia de primera instancia

Proponer modos más claros de redacción

“Traducir”, “reformular” o “naturalizar” el lenguaje de la sentencia empleando un lenguaje más cercano al coloquial o general,

2,3,2. Hacia una mayor tecnificación

a.

Seleccionar las narrativas judiciales de las sentencias para estimular los procesos de interpretación y aplicación de las leyes penales:

Seleccionar un cuerpo del delito:

la descripción de la autoría.

Para determinar:

la ley aplicable al caso,

la tipicidad de las acciones y los modos de interpretar los textos legales involucrados en esta determinación.

Y examinar:

el tipo de acción penales,

su viabilidad

Idem con las eximentes

Idem con atenuantes y agravantes

b.

Seleccionar una sentencia anterior a la sanción de una nueva ley penal para verificar si, por la innovación normativa, es aplicable al caso.

Esta operatoria puede ser complementada con una reflexión de carácter lingüístico en la medida en que el punto 2.3.1., por ejemplo, podría ser abordada distinguiendo las especificidades de las sentencias como tipos de textos –su estructura externa, los modos como en ella se organiza la información (se describe, se dialoga, se explica, y sobre todo, se narra y se argumenta) y los procedimientos que la caracterizan- o como género discurso –cuál es su función social, cómo es el evento comunicativo en que se actualiza, qué rasgos presenta el lenguaje que en ellas se emplea, cuál es su destinación directa e indirecta, entre otros aspectos-. En cuanto al punto 2.3.2. podrían trabajarse más pormenorizadamente las características y los procedimientos verbales que se asocian con la narración y la argumentación como actos del lenguaje por medio de los cuales se organiza la experiencia y se justifica una posición. Uno y otro contribuyen con la conformación del caso judicial y, en este sentido, permitirán ver al alumno el conjunto de estrategias que se despliegan en cada sentencia para llevar a cabo esta conversión -si se trata de una simple rutina que se ejerce en forma automática y prefijada o si, por el contrario, se trata de un proceso de interpretación genuino en el que se narra y argumenta verdaderamente (Cucatto, 2007, 2008). En suma, los alumnos podrán ver y valorar el rol que cumple el lenguaje en la práctica judicial que se

produce en las sentencias y, con ello, la importancia de la lengua como vehículo primordial de expresión y comunicación de ideas, acciones, emociones, intenciones, creencias, sensaciones, valoraciones humanas.

Las sentencias más complejas, aquellas en las que intervienen muchos jueces permiten otro tipo de análisis relacionado con el debate argumental, pero no entre las partes, sino entre los mismos jueces. Permiten ver si efectivamente los magistrados dialogan entre sí, con un lenguaje compartido, preguntas en común e intercambios argumentales. Verificar si “escuchan” las razones de sus pares y las pueden replicar. O si por el contrario, son meras superposición de opiniones, o de referencias a lo que un Fiscal o un Procurador puede haber afirmado. Estas ejercitaciones (valiosas sin ninguna duda para valorar la calidad de las decisiones) exceden los límites de estos ejemplos y de esta ponencia.

Bibliografía

Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Hamurabbi, Buenos Aires, 1987.

----- *Derecho Penal. Parte General*. Hamurabbi, Buenos Aires, 1999

Baigun David y Zaffaroni, Eugenio. *Código Penal* (Tomo 2 A) 2da. Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires 2007

Carlino, Paula. Escribir, leer y aprender en la universidad. Una introducción a la alfabetización académica *Alfabetización Académica*. F.C.E.. Buenos Aires, 2005

Cucatto, Mariana “*La construcción discursiva de las escenas en las Sentencias Penales como marca de oralidad: conectividad, esquematización y empatía*”. En *Actas del III Coloquio Argentino de la IADA*, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, UNLP; mayo de 2007. En formato CD.

----- “Un estudio lingüístico-cognitivo sobre la conectividad en las sentencias penales de primera instancia. Conectores, hechos y casos judiciales”. En *Actas del XI Congreso de la Sociedad Argentina de Lingüística*, Facultad de Humanidades y Ciencias, UNL; mayo de 2008. En prensa.

Domenech, Ernesto E. *Alfabetización Académica*. en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. La Ley, 2008

Duarte, Carles y Martínez, Anna. *El lenguaje jurídico*. Bs. As.; A-Z Editora, 1995.

Dunstan, R. 1980. "Context for coercion: Analysing properties of courtroom

López Ferrero, Carmen, "Aproximaciones al análisis de los discursos profesionales", *Revista signos. Estudios de Lengua y Literatura*, 51-52, 2002; 195-215.

Nuñez, R.C. *Derecho Penal Argentino*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1959.