

Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica

Reflexiones críticas sobre la función de la dogmática penal a partir del caso argentino

Pablo Larsen

Universidad Nacional de La Plata

Abstract*

Si bien hoy en día es un lugar común entre los juristas afirmar que el objetivo principal de la dogmática penal es “elevar la aplicación del Derecho por encima de la casualidad y la arbitrariedad”, resulta paradójico advertir que su labor muchas veces puede resultar, producto de la disparidad de criterios y posturas existentes, contraproducente respecto del mismo. Partiendo de dicha paradoja, este trabajo pretende someter a un análisis crítico las funciones de la dogmática penal y poner de relevancia la relación que existe entre las construcciones que ésta elabora, la labor de los jueces y las reformas legales. Empleando el caso argentino como disparador, se demostrará, a partir de casos reales, cómo algunos aspectos problemáticos de su actual Código Penal han dado lugar a diversas interpretaciones dogmáticas que posibilitan una aplicación de la ley penal librada al arbitrio de los jueces. Finalmente, se intentará demostrar cómo una reforma legal –en este caso, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal argentino– puede poner fin a varios de estos problemas.

Auch wenn es heutzutage unter den Juristen üblich zu behaupten ist, dass die Strafrechtsdogmatik der Anwendung des Rechtes einen höheren Stellenwert gewährt als dem Zufall und der Willkür, ist es widersinnig zu bemerken, dass Ihre Arbeit oft eine Folge der Unterschiedlichkeit an Kriterien und bestehenden Haltungen ist. Ausgehend von dieser Paradoxie versucht diese Arbeit die Funktionen der Strafrechtsdogmatik einer kritischen Analyse zu unterwerfen und größere Bedeutung der Beziehung zwischen Ihrer Tätigkeit, die Aufgabe der Richter und der legalen Reformen. Im Falle des argentinischen Rechtes wird bewiesen, ausgehend von echten Fällen, wie einige problematischen Aspekten des aktuellen Strafrechtes zu verschiedenen dogmatischen Auslegungen geführt haben deren Folge eine willkürliche Anwendung des Strafrechtes der Richter ermöglicht. Schließlich soll versucht werden zu beweisen wie eine legale Reform - in diesem Fall der Vorentwurf der Reform des argentinischen Strafrechts - diese Probleme beheben kann.

Today it is normal to say that the main objective of the penal dogmatic is to “raise the application of law above chance and arbitrariness”. However, it is paradoxical to note that, because of the different opinions that exist on how to accomplish its goal, its task can often be counterproductive. Taking note of this paradox, this paper aims to perform a critical analysis of the different functions of the penal dogmatic and to point out the relation existing between the task of the penal dogmatic, the task of the judges, and legal reforms. Taking the Argentinean case as a sample, this paper will show how some problematic aspects of the actual Argentinean penal code have generated different interpretations that, as a consequence, make that criminal law could be applied with arbitrariness. Finally, it will show how a legal reform could put an end to these problems.

* Contacto del autor: pablolarsen93@gmail.com. Agradezco a los árbitros anónimos de *InDret* por sus críticas y recomendaciones, y especialmente a María Belén Iorizzo, por la lectura minuciosa y crítica de los borradores de este artículo.

Titel: Zwischen intellektuellen Ästhetik, Ermessen der Richter und Rechtssicherheit Richtung. Kritische Überlegungen zur Rolle des Verbrechens Dogma von der argentinischen Fall.

Title: Between intellectual aesthetic, judicial arbitrariness and legal certainty. Critical notes on the role of criminal dogmatic from the Argentinian case.

Palabras clave: Derecho penal, dogmática penal, arbitrio judicial, reformas legislativas, análisis crítico del Derecho.

Stichworte: Strafrecht, Strafrechtsdogmatik, Diskretion, Gesetzesreformen, kritische Analyse des Rechts .

Keywords: Criminal law, legal dogmatic, arbitrariness, legal reforms, critical legal studies.

Sumario

1. Introducción

2. ¿Qué es la dogmática penal y cuál es su importancia?

3. Funciones y críticas

3.1. Críticas formuladas a la dogmática penal

a) El énfasis en construcciones abstractas sin consecuencias prácticas

b) La habilitación de soluciones dispares frente a casos análogos

3.2. La función "descriptiva" u "orientadora"

3.3. La función "crítica" del Derecho vigente

3.4. La función "creadora"

a) ¿Cuándo y cómo la dogmática penal "crea"?

b) El impacto de la función "creadora" en la seguridad jurídica: la posibilidad de sostener múltiples posturas y los pronunciamientos contradictorios

4. Aspectos problemáticos que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal argentino podría solucionar

4.1. El dolo eventual

4.2. La escala penal aplicable a la tentativa

4.3. La insignificancia en la afectación del bien jurídico

5. Reflexiones finales

6. Bibliografía

1. Introducción

Todos los procesos de reforma, especialmente aquellos vinculados al sistema penal, generan un gran abanico de aspectos susceptibles de ser analizados desde las más variadas perspectivas. Podría pensarse, por ejemplo, en los paradigmas criminológicos y político-criminales que una reforma trae consigo, en la tutela de nuevos bienes jurídicos a través de la vía penal, en la posibilidad de utilizar vías alternativas a la cárcel para responder a los conflictos, así como también en la influencia que los medios masivos de comunicación ejercen en estos procesos y acerca del rol que debe tener la ciudadanía a los efectos de que la pretendida reforma posea la más amplia legitimidad democrática posible.

No obstante, el análisis que se realizará aquí partirá de un enfoque distinto a los anteriores y que, pese a estar vinculado a una perspectiva más clásica o técnica, no deja de tener una importancia

fundamental toda vez que se encara una reforma de este tipo. El objetivo de este artículo es dar cuenta de la dinámica de la relación que existe entre la dogmática penal elaborada por los juristas, la aplicación de las normas penales por parte de los jueces y las reformas legislativas en materia penal, tomando el caso argentino como disparador para una discusión que, sin lugar a dudas, trasciende las fronteras nacionales.

La hipótesis que se va a manejar, pese a que será desarrollada con mayor profundidad en los apartados siguientes, puede ejemplificarse de manera sencilla con el siguiente planteo:

A, B y C, en distintos lugares de un país, son acusados de haber cometido un delito de igual naturaleza y sobre la base de idénticas situaciones de hecho, o pese a haber cometido distintos delitos y con bases fácticas diferentes, debe decidirse en su caso una misma cuestión jurídica. Como consecuencia de que al respecto el Código Penal aplicable no es lo suficientemente claro, el juez que conoce en el caso de A opta por una interpretación que deriva en la libertad del individuo, mientras que el de B se inclina por una que permite la aplicación de una sanción grave y el de C por otra distinta que, si bien no deriva en la libertad del sujeto, tiene como consecuencia una pena de menor gravedad que la de B.

¿Es esto aceptable dentro de un Estado de Derecho?

Para responder al interrogante, en primer lugar, a modo de preludeo y breve desarrollo del marco teórico dentro del cual se enmarca la postura que se sostendrá, comenzaré analizando cuál es la importancia de la dogmática penal elaborada por los juristas, para luego repasar las diversas críticas que la misma ha merecido, y desarrollar las variadas perspectivas que existen respecto de cuál es la función que la misma debe desempeñar, así como también sobre cuál es el impacto que dicha tarea tiene en la práctica jurídica. En segundo término, intentaré demostrar cómo la existencia de diversas interpretaciones de algunos aspectos del actual Código Penal argentino ha generado situaciones que, en circunstancias similares a la planteada en la hipótesis anterior, han derivado en la posibilidad de que la aplicación de la ley penal quede librada al arbitrio de los jueces –con las consecuencias negativas que ello acarrea–, brindando ejemplos de casos concretos en los que se han dado soluciones contradictorias entre sí. Finalmente, analizaré de qué manera el Anteproyecto de Código Penal argentino da respuesta a parte de las mismas¹, y haré algunas breves reflexiones al respecto.

A los efectos de facilitar la exposición de los argumentos y una adecuada comprensión de los mismos, es posible adelantar que se sostendrán las siguientes premisas:

- i) Tradicionalmente, se han enunciado tres finalidades respecto de la labor de la dogmática penal: una función “orientadora” de las decisiones judiciales a través de la elaboración de

¹ El texto tomado como objeto de análisis es el Anteproyecto de Código Penal de la Nación elaborado, a instancias del Decreto del Poder Ejecutivo de la Nación 678/12, por la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación. La misma estuvo compuesta por Eugenio Raúl ZAFFARONI, León Carlos ARSLANIÁN, María Elena BARBAGELATA, Ricardo GIL LAVEDRA, Federico PINEDO, y coordinada por Roberto Manuel CARLÉS. Vale la pena destacar que el presente artículo no pretende brindar un panorama exhaustivo de las reformas que dicho proyecto –en caso de ser sancionado– puede incorporar, sino que serán tomados determinados aspectos del mismo como ejemplos para fundar la hipótesis principal que aquí se pretende desarrollar. Un panorama exhaustivo de las reformas que incluye el citado Anteproyecto puede verse en la Exposición de Motivos que lo acompaña (disponible en <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>).

un sistema que, como la teoría del delito, posibilite una resolución coherente e igualitaria de los casos penales; una función “crítica” del Derecho vigente, al señalar posibles inconsistencias o defectos del mismo que deben ser tenidas en cuenta para futuras reformas legales; y una función “creadora”, a través de la cual se trata de brindar soluciones frente a casos en los que el ordenamiento jurídico no es lo suficientemente claro o guarda silencio.

ii) Las críticas que han sido formuladas a la actividad dogmática son de dos tipos: aquella que le recrimina la excesiva atención que a veces se presta a las construcciones abstractas sin consecuencias prácticas, y aquella que sostiene que no existe uniformidad en los criterios que se han elaborado para solucionar varios de los problemas que surgen a la hora de resolver los casos penales.

iii) Si combinamos esta última crítica (la disparidad de criterios existentes) con la función “creadora”, arribamos a una situación que conspira contra la finalidad “orientadora” de la dogmática penal: la dogmática “crea” soluciones en aquellos casos donde los textos legales no son lo suficientemente claros, y estas “creaciones”, al variar de acuerdo a las opiniones de los autores, permiten la existencia de criterios muy distintos para resolver problemas idénticos o muy similares.

iv) Al no ser el texto legal lo suficientemente claro, los tribunales pueden adoptar cualquier criterio de solución sin que exista uno que sea necesariamente “correcto” o que prime por sobre los demás, y al cual tengan que verse atados. Ello genera un espacio librado al arbitrio judicial que puede tornarse insoportable para una aplicación igualitaria y no arbitraria de la ley penal.

v) Respecto de lo anterior, las reformas legislativas pueden tomar partido por alguna de las posturas que han sido elaboradas durante el tiempo, “terciando” en las disputas dogmáticas y consagrando un criterio de solución del cual los tribunales ya no puedan apartarse. Ello puede brindar cierta estabilidad a épocas en las que la aplicación del Derecho puede ser incoherente o contradictoria.

En síntesis, la idea central que atraviesa a este artículo reside en poner de manifiesto la relación que existe entre la labor de la dogmática y la posibilidad de aplicar arbitrariamente la ley penal – ya sea reduciendo esas posibilidades o, por el contrario, ampliándolas–, y en demostrar el papel que frente a ello puede tener una reforma legislativa. Si, tal como se verá, el rol que históricamente se le ha asignado a la dogmática penal ha sido “elevar la aplicación del Derecho por encima de la casualidad y la arbitrariedad”², resulta paradójico que su labor haya sido, producto de la disparidad de criterios existentes, contraproducente a tal objetivo en muchos casos. Una reforma legislativa podría, en cierto modo, ayudar a superar tal paradoja.

El resultado será satisfactorio si se puede concluir en que el Anteproyecto de Código Penal argentino, en caso de ser implementado, colaboraría a lograr que, al menos en algún aspecto, la aplicación de la ley penal quede menos librada al arbitrio de los jueces que en la actualidad.

² WELZEL, *PG*, 1956, p. 1.

2. ¿Qué es la dogmática penal y cuál es su importancia?

La dogmática penal ha sido definida como “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina vigente en el campo del Derecho penal”³ y como “la ordenación del Derecho penal positivo disperso, con el deber de preparar y controlar una aplicación racional del Derecho vigente mediante una clasificación aclaratoria de los conceptos e instituciones jurídico-penales”⁴.

La importancia que la misma reviste en los distintos ámbitos de aplicación del Derecho es excepcional. De un modo muy ilustrativo, NINO describe el arraigo que la dogmática tiene en nuestra cultura jurídica: “Los abogados prácticos saben que, con frecuencia, la suerte de un asunto depende en buena parte de la opinión de los juristas que consulten, y cuando preparan un caso revuelven ansiosos las bibliotecas en búsqueda de un respaldo dogmático para su posición. Los jueces no sólo justifican sus decisiones en textos legales y en precedentes, sino también en opiniones doctrinarias. Los legisladores toman en cuenta de modo principal las opiniones dogmáticas en torno a una materia cuando se proponen normarla. Los profesores de derecho no solamente enseñan leyes y sentencias, sino que también divulgan doctrinas de escritores”⁵. Este último aspecto, vinculado con la relación entre la dogmática y las aulas universitarias –que, sin dudas, influye en la persistencia de su uso y reproducción a lo largo del tiempo–, ha sido bien advertido por DOMENECH, quien resaltando el papel que la dogmática tiene en la formación de los futuros operadores del sistema jurídico observa que “la distancia que instala la dogmática entre el lector y el texto legal impide determinar adecuadamente aquello que la dogmática hace con la ley. Un alumno en la tradición jurídica romano-canónica difícilmente se conecte en forma directa con las leyes que estudia, sino que accede a ellas a través de los manuales y tratados que las aluden. De este modo, la lectura de las leyes, lejos de ser la de un ciudadano justiciable, es la de un cuerpo profesional dotado de un conjunto de conceptos predeterminados que condicionan el acceso a las leyes”⁶.

Amén de otras posibles menciones, es posible adelantar que el factor que determina de manera fundamental la importancia de las elaboraciones de la dogmática penal es aquel vinculado con las consecuencias prácticas que la misma genera, si se tiene en cuenta que una de sus principales tareas es constituir una suerte de “guía” de la actividad jurisdiccional para indicar cómo debe aplicarse la ley penal y evitar que dicha tarea quede librada al arbitrio de los jueces. Las discusiones de los penalistas sobre los diversos elementos o presupuestos necesarios para la aplicación de una pena a una persona determinada no son meras discusiones teóricas y abstractas sin aplicación práctica –o al menos no lo son siempre, ya que en algunos casos, como señalaré más adelante, efectivamente son discusiones de ese tipo–, sino que son cuestiones que se trasladan directamente a todos los operadores del sistema penal, incluidos los tribunales, lo cual repercute directamente en los derechos de las personas. La adopción de una u otra postura

³ ROXIN, PG, t. I, 1997, § 7, nm. 1.

⁴ NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10ª ed., 2002, 7/13.

⁵ NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1989, p. 108.

⁶ DOMENECH, «Dogmática penal. Funciones y prácticas», material de circulación interna de la cátedra de epistemología penal de la UNLP, 1998, p. 14.

dogmática por parte de los magistrados y funcionarios puede significar, en términos extremos, nada menos que la diferencia entre la libertad y la cárcel de un ciudadano⁷. Como bien pone de resalto SILVA SÁNCHEZ, “la reglas de la dogmática penal son el vehículo a través del cual el programa del legislador incide realmente en la esfera de la libertad de los ciudadanos”⁸.

3. Funciones y críticas

A continuación se desarrollarán aquellas que pueden ser consideradas como las principales funciones de la dogmática penal. Sintéticamente, es posible sostener la existencia de tres funciones específicas:

- i) Una función “descriptiva” u “orientadora”, que consiste, tal como fue adelantado, en interpretar el Derecho y señalar a los jueces el modo en que deben aplicar la ley penal, teniendo por fin principal la reducción de espacios que queden librados a su arbitrio y evitar que se den soluciones dispares frente a casos análogos, como el señalado en la introducción.
- ii) Una función “crítica del Derecho vigente” que es, sin dudas, una de las que más impacta en los procesos de reformas legales.
- iii) Una función que puede ser denominada “legislativa” o “creadora”, a través de la cual brinda soluciones donde el ordenamiento jurídico no dice nada al respecto o no es lo suficientemente claro. Esta función, sin dejar de considerar los avances que ha promovido en la materia, también ha colaborado en la generación de situaciones indeseables como la planteada en la hipótesis.

Sin embargo, antes de comenzar, se expondrán una serie de críticas que ha recibido la tarea de los juristas que se dedican a la dogmática penal. Considero que nunca está de más someter a revisiones críticas dicha actividad –lo que no implica, en modo alguno, negar los beneficios que ha tenido en el desarrollo del Derecho penal–, más aún cuando algunas de sus construcciones generan situaciones criticables desde diversos puntos de vista. Por otro lado, estas objeciones ayudarán a delimitar de manera más clara cuál es la función que la dogmática penal sí debe llevar a cabo⁹.

3.1. Críticas formuladas a la dogmática penal

- a) El énfasis en construcciones abstractas sin consecuencias prácticas

La primera crítica se encuentra íntimamente vinculada, entre otras cosas, con la sensación que nos suele invadir cuando tomamos contacto por primera vez con determinadas teorías durante

⁷ DE LUCA, «Función de la dogmática en la administración de la justicia penal», en AA.VV., *La justicia penal de hoy*, 2000, p. 83.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, p. 42.

⁹ Se trata, como lúcidamente advierte ROXIN, de tomar las críticas y atribuirles “no al pensamiento sistemático como tal, sino al equivocado planteamiento de su desarrollo dogmático”. Ver ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª ed., 2002, pp. 40-41.

nuestra formación en las aulas universitarias. En contraste con la función orientadora de la práctica que debería tener la dogmática penal, se han asestado duras críticas contra algunas de sus elaboraciones con el argumento de que varias de ellas no poseen consecuencias prácticas de ningún tipo, lo que ha llevado a un célebre jurista a formularse el siguiente planteo:

“¿Puede una dogmática jurídico penal ‘sin consecuencias’ ser calificada de ‘afortunada’, o deber ser considerada como una dogmática ‘fracasada’? Tenemos que ponernos de acuerdo sobre las funciones y consecuencias que la dogmática jurídico-penal tiene o debe tener en la formación de un Derecho penal mejor, más justo y más racional, pues si la dogmática desde el principio o por principio no ejerce ninguna influencia sobre su objeto –el Derecho penal–, y sólo se lleva a cabo *l’art pour l’art*¹⁰, se puede cuestionar con razón y con cierta legitimación si esa dogmática es una dogmática jurídico-penal ‘afortunada’¹¹.”

Siguiendo esta línea, hoy es posible hablar de una cierta esterilidad de aquellos planteos que solamente tienen como meta llevar a cabo re-ordenaciones en el ámbito de categorías o sub-categorías de un sistema dogmático, ya que resulta muy difícil afirmar que tales planteamientos vayan a tener repercusiones esenciales en la solución de los casos¹². Una muestra de ello se encuentra en la quizás excesiva atención que generó el ya clásico debate vinculado con el causalismo y el finalismo, respecto del cual, con razón, se ha dicho que “si se recuerda la polémica entre los partidarios de la teoría causal y la teoría final de la acción en los años cincuenta y sesenta del siglo XX en Alemania, se tiene inmediatamente la impresión de que fue sólo una guerra civil entre, por y para juristas, cuyo resultado práctico quedó en el ámbito dogmático, es decir, intra-sistemático. No se podría decir que esta polémica no tuvo consecuencias para la dogmática jurídico penal, pero se debe admitir al mismo tiempo que sólo han sido consecuencias internas que ciertamente condujeron a un refinamiento y diferenciación de los conceptos jurídico-penales, especialmente en el ámbito de la teoría del delito, pero que apenas han tenido importancia práctica en la legislación y en la jurisprudencia¹³”. Si bien la coherencia interna y sistemática es un rasgo necesario de todo sistema dogmático de imputación penal, no sería deseable que la tarea de los juristas se concentre, como en el ejemplo citado, de

¹⁰ Frase proveniente del latín *ars gratia artis*, y que traducida al castellano significa “el arte por el arte”. Esta expresión se vincula con la referencia que se hace en el título a la “estética intelectual”, y pretende resaltar cómo a veces las discusiones en la materia suelen girar solamente en torno a cómo una teoría luce mejor o posee mayor coherencia, sin preocuparse por las consecuencias prácticas que la misma pueda tener –las cuales son, muchas veces, nulas o insignificantes en relación al esfuerzo emprendido en la elaboración-. Una temprana autocrítica sobre este modo de pensar puede verse en la obra del premio Nobel de literatura (1946) Herman HESSE, quien supo destacar que “Todos nosotros, los intelectuales, no nos sentíamos cómodos en la realidad, la considerábamos ajena y enemiga; es por eso, también, que el papel de la inteligencia en nuestra realidad alemana, en nuestra historia, en nuestra política, en nuestra opinión pública, fue tan lamentable. Y bien, a menudo había seguido ese tren de pensamientos sin dejar de sentir, de vez en cuando, un deseo profundo de participar, por una vez, en la conformación de la realidad, de actuar, por una vez, de manera seria y responsable en lugar de ocuparme sólo de la estética y del oficio intelectual del arte. Pero todo terminaba siempre con resignación, con la rendición ante el destino. Los señores generales y los grandes industriales tenían toda la razón: no pasaba nada con nosotros los *intelectuales*, éramos un grupo prescindible, alejado de la realidad e irresponsable de charlatanes ingeniosos”. Ver HESSE, *El lobo estepario*, 1927, p. 207.

¹¹ MUÑOZ CONDE, «Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal», *Revista Penal*, (5), 2000, pp. 44-47.

¹² SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, p. 55.

¹³ MUÑOZ CONDE, *Revista Penal*, (5), 2000, p. 47. Del mismo modo, SILVA SÁNCHEZ referencia el “estupor provocado por la desproporcionada intensidad alcanzada por algunas discusiones dogmáticas con muy escasas repercusiones prácticas”, citando como ejemplo el interminable debate entre MEZGER y WELZEL sobre la esencia del concepto de acción. Ver SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., 1992, pp. 77-78.

manera exagerada a dichos aspectos¹⁴. La precisión sistemática es beneficiosa siempre y cuando proyecte ese aspecto interno en consecuencias externas valiosas.

Otra fuerte crítica la ha formulado BOVINO, argumentando que “la confusión, al menos en el ámbito del Derecho penal, surge seguramente debido a la gran pasión de algunos penalistas por el plano de las abstracciones y de los conceptos complejos. Para algunos, es como un juego de ingenio: quién desarrolla la teoría más compleja y más incomprensible –y, seguramente, más inútil– es el más inteligente”¹⁵, y que “la existencia de una enorme brecha que separa los temas y soluciones propuestas por la dogmática y el sentido de las decisiones judiciales es una pésima señal al respecto del rendimiento de sus formulaciones, y más bien indica el cultivo de una suerte de actividad esquizofrénica”¹⁶.

Es necesario advertir que una visión puramente dogmática de la problemática del Derecho penal, tal como la criticada, está hoy en franca crisis incluso en Alemania –donde tuvo históricamente su labor más fecunda–, donde ya son muchos los penalistas que cuestionan la importancia y el valor excesivo que se le ha dado a la dogmática del Derecho penal en los últimos años, en detrimento de otras cuestiones quizás más importantes y con consecuencias prácticas inmediatas¹⁷.

Para salvar estas críticas, las elaboraciones de la dogmática penal deben estar inclinadas a las consecuencias prácticas. Siguiendo esta línea, HASSEMER supo destacar que “la orientación de las decisiones jurídicas a las consecuencias es una cualidad de los modernos sistemas jurídicos, y también caracteriza entretanto al Derecho penal. Con ello se expresa que la legislación y la jurisprudencia están interesadas en las consecuencias de su acción que al mismo tiempo se justifica produciendo consecuencias deseadas y evitando las indeseadas”¹⁸. Entre esas consecuencias deseadas se encuentra, fundamentalmente, lograr una aplicación racional y uniforme de la ley penal y evitar que la misma quede librada al arbitrio de los jueces.

A fin de cuentas, la siguiente reflexión no deja dudas al respecto: “El Derecho, y el Derecho penal como una parte del Derecho, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia adentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales. Claro es que con ello el edificio perderá en belleza, pero ganará en funcionalidad y eficiencia. Y esto último es lo que debe mostrar un instrumento, si quiere ser apto para el

¹⁴ SCHÜNEMANN, por ejemplo, define al problema como el *excesivo refinamiento* de la dogmática penal: “yo hablo de excesivo refinamiento dogmático cuando los verdaderos problemas sistemáticos ya han sido discutidos hasta llegar a una solución, cuando todos los argumentos importantes han sido encontrados y expresados y la discusión, sin embargo, sigue girando en círculos”. Ver SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret*, (1), 2008, p. 10.

¹⁵ BOVINO, «La dogmática violada» (disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2013/10/la-dogmatica-violada.html>).

¹⁶ BOVINO, «La dogmática violada. 2ª parte y final» (disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2013/12/la-dogmatica-violada-2-parte-y-final.html>).

¹⁷ Tal como advierte MUÑOZ CONDE, *Revista Penal*, (5), 2000, p. 44. Retomaré esta idea en el punto 5 de este trabajo, al exponer las conclusiones finales.

¹⁸ HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990, p. 22.

cumplimiento de los fines para los que ha sido creado”¹⁹.

b) La habilitación de soluciones dispares frente a casos análogos

La segunda de las críticas que aquí interesa destacar es la que, fruto de la paradoja que se advirtió en la Introducción, observa que la dogmática penal no ha cumplido con sus promesas de proveer seguridad y previsibilidad en las decisiones judiciales, ya que la pluralidad de teorías que admite en su seno permite sostener soluciones dispares y, por ende, habilita la posibilidad de que los jueces procedan en forma arbitraria²⁰. Esta última crítica se vincula estrechamente con el punto central del trabajo, y será desarrollada con mayor profundidad al tratar la función “creadora” de la dogmática.

3.2. La función “descriptiva” u “orientadora”

Tal como fue adelantado, la denominada función descriptiva u orientadora de la práctica es una de las tareas más importantes que históricamente se ha asignado a la dogmática penal. Hoy es clásica y contundente al respecto la siguiente frase de GIMBERNAT ORDEIG:

La dogmática penal “hace posible, por consiguiente, 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. 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 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”²¹.

En el aspecto que aquí interesa destacar, esta función de la dogmática se materializa fundamentalmente a través del desarrollo histórico de la llamada “teoría del delito”²², que pretende elaborar un modelo de resolución de problemas frente al cual dos casos iguales reciban respuesta idéntica, aun cuando esa respuesta provenga de funcionarios estatales distintos. Es en ese sentido que se le asigna a la teoría del delito una función vinculada a la seguridad jurídica, toda vez que la aplicación racional del Derecho supone la eliminación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal del Estado²³, para lo cual es útil y necesario contar con un sistema coherente que permita pautar de antemano las decisiones y que sirva para “atar” al juez a la dogmática, ya que el Estado de Derecho no puede coexistir con la vigencia del puro

¹⁹ MUÑOZ CONDE, «Introducción», en ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed., 2002, p. 23.

²⁰ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2ª ed., 2012, p. 290.

²¹ GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene futuro la dogmática penal?», en AA.VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Jiménez de Asúa*, 1970, pp. 518-519.

²² Al respecto, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2ª ed., 2012, p. 288, consideran que “la elaboración dogmático jurídica ha alcanzado en la teoría del delito su desarrollo más fino, quizá a veces sobredimensionado en relación al resto del derecho penal”.

²³ RUSCONI, «Algunas observaciones sobre el futuro de la dogmática jurídico-penal y el sistema del hecho punible», *Revista Pensamiento Penal*, (60), 2008, pp. 3-4.

decisionismo²⁴, del arbitrio, y de la discrecionalidad judicial²⁵.

Esta función de la dogmática constituye un ideal a seguir que, por diversos motivos –tales como la denominada “textura abierta” del lenguaje con el que se expresa el Derecho, que inevitablemente genera espacios librados a interpretación–, dudosa vez pueda ser alcanzado de manera absoluta. Sin embargo, es posible coincidir en que “sin pretensión alguna de completitud ni de coherencia absoluta –impropia de toda teoría jurídica–, vale la pena intentar construir conceptos que, a pesar de sus márgenes de imprecisión y de las lagunas valorativas a las que puedan dar lugar, permitan resolver los casos penales del modo más apegado a los postulados del Estado constitucional de Derecho y, en ese marco, de la manera más justa que sea posible”²⁶.

3.3. La función “crítica” del Derecho vigente

La dogmática penal, a la par de otros factores que influyen en las reformas legislativas, también ejerce un papel preponderante en estos casos, ya sea criticando el ordenamiento jurídico vigente, determinando el contenido de las reformas a través de propuestas, o a través de la elaboración misma de los proyectos de reforma.

Esta función es puesta de relevancia por SANCINETTI, al sostener que “la labor de los juristas está orientada también, y ante todo, a la crítica externa de los sistemas vigentes. La historia dogmática conoce variados ejemplos de modificaciones del Derecho positivo derivadas de la continua crítica externa de los sistemas existentes”²⁷. La misma también es rescatada por BACIGALUPO, quien afirma que “las teorías jurídicas son un instrumento decisivo para la crítica de la práctica, concretamente de la jurisprudencia y del Derecho vigente. Una nueva teoría importa, en muchos casos, el anticipo de una nueva regla legal o de una reorientación de la jurisprudencia”²⁸. La propia comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal que se analizará también dio cuenta de esta función, y dijo al respecto que “es inevitable que la dogmática jurídica tenga un efecto tangencial que se refleje en la evolución legislativa posterior, al poner de manifiesto algunas contradicciones o imperfecciones que es necesario corregir”²⁹.

3.4. La función “creadora”

Esta función de la dogmática es la que más se acerca al planteo central del trabajo, y es aquella a través de la cual los juristas proceden a “reformular” el Derecho positivo para facilitar su aplicación por parte de los operadores. Al describirla, se ha dicho que “en esta función el dogmático se coloca como un operador del conjunto de normas que estudia e intenta dar respuestas de alcance diverso, en ocasiones con relación a problemas de significación de textos legales, o a los silencios, redundancias o inconsistencias de los conjuntos normativos, o a los

²⁴ Entendiendo el decisionismo, en el marco de este trabajo, como la postura que parecen asumir algunos jueces al fundar sus decisiones más en la propia voluntad o capricho que en criterios racionales.

²⁵ SILVESTRONI, *Teoría constitucional del delito*, 2004, p. 94.

²⁶ VITALE, *El dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*, 2013, p. 5.

²⁷ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2004, p. 49.

²⁸ BACIGALUPO, *Técnica de resolución de casos penales*, 2ª ed., 2008, p. 34.

²⁹ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 2014, p. 65.

emergentes de articularlos a un caso o conjunto de casos”³⁰.

Si bien, al menos en una primera aproximación, esta tarea debe ser bien recibida por generar respuestas que el Derecho positivo no brinda al ser considerado aisladamente, también es posible remarcar algunos vicios propios de esta actividad “creadora” que resultan, por sus consecuencias, problemáticos. En este sentido, es posible destacar que muchas veces los autores suelen apartarse de los mismos textos legales que toman como objeto de análisis, a punto tal que ha llegado a sostenerse que “la dogmática de la teoría del delito no tiene por objeto un Derecho positivo dado”³¹. Este apartamiento del texto legal –que debería ser su objeto de análisis o, al menos, el límite de toda construcción dogmática destinada a la práctica– genera problemas serios cuando no es advertido por los aplicadores del Derecho o cuando, de modo más preocupante, es naturalizado como algo normal o recibido con beneplácito³²: en cierto modo, la doctrina de los autores, producto de la falta de claridad de la ley, pasa a reemplazar a ésta última como fuente principal del Derecho y como pieza básica de los fundamentos de las decisiones judiciales. La ausencia de criterios uniformes en las elaboraciones de la dogmática penal –tal como se adelantó al repasar una de las principales críticas que se le formulan– y el carácter flexible de la misma – algo que no sucede con los textos legales, ya que éstos son necesariamente obligatorios–, brindan a los jueces encargados de aplicar la ley penal un gran abanico de opciones a la hora de sentenciar un caso, con la consiguiente generación de un espacio liberado a su arbitrio que resulta alarmante.

En una crítica a las posiciones que otorgan a las construcciones dogmáticas un valor que permite brindar soluciones sin contar con un soporte legal claro, DOMENECH advierte que “cuando el dogmático opera con las reglas no puede ser evaluado con valores de verdad o falsedad; sus criterios podrán ser plausibles o no, generar consecuencias aceptables o inaceptables, ser fundados o infundados, pero no verdaderos o falsos. Cuando más útil es la tarea dogmática es precisamente cuando es opinable y no verdadera o falsa. El riesgo consiste en confundir esta discriminación y ver allí donde se vierten opiniones, mejor o peor fundadas, verdades científicas perfectamente válidas. Cuando esta confusión aparece, la acompaña la falacia de autoridad”³³.

NINO también advirtió el apartamiento del Derecho positivo en que a veces incurren los juristas al realizar su tarea, y sostuvo al respecto que “lo importante es señalar que esta función –la aquí llamada ‘creadora’– parece incompatible con la aceptación dogmática del Derecho positivo. En verdad lo es, y eso motiva a que los juristas, cuando desarrollan tal función, recurran a diversos

³⁰ DOMENECH, «Dogmática penal. Funciones y prácticas», 1998, p. 29.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, p. 47, vinculando estas posiciones con la idea de lograr una dogmática “internacional”.

³² En una opinión íntimamente vinculada con la relación existente entre la dogmática jurídica y la enseñanza del Derecho, NAUCKE explica uno de los posibles orígenes de este apartamiento de las leyes y su posterior naturalización como algo correcto o no tan alarmante: “El estudiante no muestra gran respeto por la ley penal, pero tampoco se le inculca dicho respeto. En cuanto llega a las clases de derecho aprende enseguida –y la mayoría de las veces sin preguntarse el por qué ni su sentido– extensas cadenas de opiniones que sólo débilmente se apoyan en la ley, que dan vueltas alrededor de la misma y que poseen una existencia jurídica propia”. Ver NAUCKE, «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado», en AA.VV., *La insostenible situación del derecho penal actual*, 2000, p. 532.

³³ DOMENECH, «Dogmática penal. Funciones y prácticas», 1998, p. 29. Ello obliga a replantear el empleo de muletillas como “la doctrina más autorizada” o “la doctrina mayoritaria” a la hora de respaldar un argumento.

procedimientos retóricos para ocultar el carácter original de su opinión con respecto al Derecho positivo y para hacerla aparecer como derivada de algún principio o de alguna norma del orden vigente³⁴, lo cual recuerda de manera inevitable al carácter oscurantista de muchas teorías dogmáticas, y parece ser el motivo al cual varias veces dicho estilo obedece. Adicionalmente, cabe destacar que en un afán por querer demostrar que una determinada teoría o postura dogmática aparece como consecuencia lógica del texto legal analizado, los juristas suelen confundir lo que tradicionalmente se conoce como construcciones *de lege lata* –aquellas que derivan del Derecho vigente– y *de lege ferenda* –aquellas que refieren a la ley del modo en que, de acuerdo a esa postura, debería ser, pero que actualmente no es–³⁵.

Por otro lado, también es necesario poner de relieve que la naturaleza del lenguaje en que son elaboradas las leyes, al igual que varios de los términos valorativos que las mismas emplean, dejan en manos de los operadores jurídicos un inevitable –y no siempre reprochable– margen de interpretación. Tal como señala JAKOBS, “a mayor generalidad de un objeto regulado por una disposición legal, menor será la exactitud o precisión que debe alcanzar la determinación en la ley; mayor también, por ende, la capacidad del aplicador del Derecho de realizar interpretaciones que complementen el sistema de imputación sólo establecido legalmente en algunos puntos fijos”³⁶. Sin embargo, es necesario tener presente que una cosa es afirmar que rasgos como la textura abierta son una característica propia y normal del lenguaje empleado por el Derecho, y otra bien diferente es postular la “liberalización” de la dogmática respecto de los textos jurídicos o la existencia de un espacio legal ajeno a la taxatividad que posibilite una supuesta “evolución científica” o “elaboración doctrinal”³⁷. Por más libertad que pueda reconocérsele a la labor de la dogmática penal, para que sus construcciones se puedan proyectar en la práctica deben enmarcarse dentro de los límites que, en función del principio de legalidad –no siempre respetado férreamente por los juristas–, les impone el Derecho positivo³⁸. No se trata de reivindicar una vuelta al ideal montesquieuano según el cual el juez es únicamente *la boca que pronuncia las palabras de la ley*, ya que ello no resulta posible en la práctica ni es lo que el legislador pretende³⁹, sino de evitar la generación de espacios librados al arbitrio y a la discrecionalidad que, como se verá en lo que sigue, generan consecuencias sumamente negativas.

a) ¿Cuándo y cómo la dogmática penal “crea”?

En materia penal, la dogmática puede asumir una función “creadora” a través de dos modos distintos:

³⁴ NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1989, pp. 34-35.

³⁵ Una excepción a esta crítica puede encontrarse en la obra de SANCINETTI, quien, siendo consciente de que algunas de sus construcciones dogmáticas carecen de sustento en el Derecho positivo argentino, acompaña un modelo de legislación que debería implementarse para que las mismas puedan proyectarse a la práctica. Ver SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 93.

³⁶ JAKOBS, *AT*, 1991, n. 5, 4/15 s.

³⁷ GÓMEZ LANZ, «La interpretación de la ley penal como actividad dogmática», *Icade*, (74), 2008, p. 46.

³⁸ En este sentido, ver SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., 1992, p. 118 y citas que allí se realizan; y MIR PUIG, «Dogmática creadora y política criminal», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, p. 22.

³⁹ PUPPE, «Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica», *InDret*, (3), 2013, p. 4.

1. Creando soluciones de carácter punitivo sin contar con soporte legal claro.
2. Creando soluciones permisivas no previstas expresamente por la legislación.

El primer tipo de construcciones –que aquí serán denominadas “punitivas”– han sido objeto de duras críticas. Recordando los fundamentos constitucionales que hacen a la necesidad de que exista una ley para poder imponer una pena, BINDER advierte que:

“La idea central del Derecho penal liberal es que ante una nueva necesidad político-criminal se debe recurrir, como único camino, al Parlamento, para obtener una nueva autorización o la habilitación del poder penal, es decir, los instrumentos violentos del Estado. Esta obligada concurrencia al Parlamento es el núcleo histórico y político del principio de legalidad. Sea para solicitar una autorización para utilizar más violencia a través del aumento de penas, o para habilitar tipos penales, la palabra la tienen los parlamentarios. Esto ha sido una conquista social de la democracia, y no podemos pretender que ese poder se transfiera a doctrinarios más o menos lúcidos, más o menos liberales, menos aún cuando utilizan para fundarlas argumentos oscuros y poco transparentes”⁴⁰.

Por su parte, VITALE entiende que estas creaciones elaboradas al margen de la ley fueron específicamente diseñadas para solucionar casos extremos en los que se pone en juego la lógica del sistema y sus alcances punitivos, pasando por alto habilitaciones estrictas al poder penal⁴¹. Las mismas parecen conspirar contra el rol fundamental que debe tener la dogmática penal en un Estado de Derecho, es decir, mantener el Derecho penal bajo control para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, y para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica⁴².

Si bien es posible sostener que las creaciones “punitivas” son mucho más difíciles de tolerar que las “permisivas”⁴³, estas últimas también derivan en casos de posible aplicación discrecional: el encargado de juzgar en el respectivo caso no se encuentra obligado a brindar una solución determinada, sino que puede escoger, a libre criterio, entre la solución permisiva o bien inclinarse por negar la existencia de la misma.

El común denominador que se advierte en los dos tipos de “creaciones” es la falta de una previsión legal expresa que respalde la solución que se pretende brindar, ya sea para ampliar el campo punitivo, o bien para reducirlo. En ambos casos, por la señalada falta de regulación legal expresa, las soluciones que los órganos jurisdiccionales brinden van a estar respaldadas por las elaboraciones construidas por la dogmática penal, lo cual nos conduce al problema que nuclea la hipótesis que se pretende sostener en este trabajo: la posibilidad de que el juez pueda decidir en un sentido o bien en otro opuesto, contando con la posibilidad de fundar cualquiera de las posiciones posibles –con el consiguiente espacio librado al arbitrio que ello crea–, y generando la existencia de pronunciamientos muy distintos y contradictorios frente a casos sustancialmente iguales o análogos.

⁴⁰ BINDER, «Prólogo», en VITALE, *El dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley*, 2013.

⁴¹ VITALE, *El dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley*, 2013, p. 89.

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, en AA.VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Jiménez de Asúa*, 1970, pp. 495-523.

⁴³ Sobre, por ejemplo, las causas de justificación sin recepción expresa en el Código Penal y su fundamentación, ver ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2ª ed., 2012, p. 465; y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., 1992, p. 45.

b) El impacto de la función “creadora” en la seguridad jurídica: la posibilidad de sostener múltiples posturas y los pronunciamientos contradictorios

La previsibilidad, la calculabilidad, y la continuidad de la respuesta de los tribunales no son el único presupuesto de la seguridad jurídica de un Estado. La aplicación segura del Derecho constituye también una cuestión de igualdad, ya que todos los ciudadanos tienen derecho a un mismo tratamiento en la aplicación del Derecho dentro del territorio de un Estado. Por lo tanto, la seguridad jurídica requiere que las normas legales sean aplicadas con continuidad, estabilidad, e igualdad⁴⁴. La posibilidad de que existan casos como el planteado en la hipótesis, donde dos personas puedan ser tratadas de manera sustancialmente diferente frente a situaciones muy análogas, conspira fuertemente contra estos ideales.

Las variadas creaciones de la dogmática penal, a través de la gran cantidad de interpretaciones existentes, han generado en algunos casos un debilitamiento de la aplicación igualitaria de la ley penal. Al respecto, SCHÜNEMANN alude a casos en los que los jueces pueden encontrar respaldo dogmático para decidir de maneras muy distintas frente a un mismo caso, expresando que “el criterio de selección dominante para la jurisprudencia no es la coherencia dogmática, sino la practicabilidad del resultado. En todo caso, la jurisprudencia no escoge sus soluciones sin sustento alguno en la bibliografía, sino que intenta encontrar cierto apoyo en la doctrina. Y si se tiene en cuenta este contexto sociológico de las decisiones a tomar, aparece de repente una consecuencia tan típica como negativa: los tribunales, en cierto sentido, pueden escoger libremente el resultado material que les convenga, pues para cualquier resultado podrán aducir algún apoyo en la bibliografía. En este *eslalon de fundamentación*, sin embargo, necesariamente ha de romperse el hilo conductor de la deducción que es imprescindible para cualquier fundamentación científico-jurídica”⁴⁵. En este sentido, resulta llamativa la disparidad de opiniones existentes en cuestiones troncales del análisis presuntamente dogmático y la ausencia de criterios uniformes para la mayoría de las cuestiones problemáticas que, en definitiva, generan un total estado de anarquía que conduce al más puro decisionismo, que es lo que se quiere evitar con la construcción de un sistema⁴⁶. Es en cierto modo alarmante que la jurisprudencia pueda seleccionar de entre las innumerables variantes dogmáticas –como si se tratara de una “tienda de mercaderías variadas”– el esbozo que casualmente se ajuste al resultado deseado⁴⁷.

Estas críticas frente al posible modo de proceder de los jueces como consecuencia de la ausencia de criterios uniformes fueron advertidas como un motivo decisivo, hace ya muchos años, para

⁴⁴ BACIGALUPO, *Técnica de resolución de casos penales*, 2ª ed., 2008, p. 67.

⁴⁵ SCHÜNEMANN, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *ADPCP*, (49), 1996, p. 211. Del mismo modo, MAURACH, ZIPF y GOSSEL sostienen que “no hay una imagen unitaria de la jurisprudencia y muchas veces se pueden considerar sus decisiones, al menos desde el punto de vista de los más estrictos criterios de la dogmática, como contradictorias y arbitrarias. Se tiene también la impresión de que la fundamentación que se da expresamente muchas veces no es más que la muleta que se utiliza para dar a la sentencia que se considera justa el requerido apoyo dogmático”. Ver MAURACH/ZIPF/GOSSEL, *AT*, 1984, párrafo 44 III. También es muy gráfica al respecto la frase citada por SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, p. 1: “Much of the German learning is devoted to notions, concepts and dogmas. These are not only complex; worse, one often gets the impression that they are used by courts as smokescreens to conceal what really is happening in the judicial mind”.

⁴⁶ SILVESTRONI, *Teoría constitucional del delito*, 2004, p. 91.

⁴⁷ SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret*, (1), 2008, p. 10.

argumentar en favor de la codificación legal. El Derecho anterior a la codificación de los siglos XVIII y XIX era un conjunto de disposiciones asistemáticas, incompletas, muchas veces contradictorias, dictadas bajo la presión de necesidades específicas, con un grado muy grande de imprecisión, que variaban según las distintas regiones y condados y cuyo origen era generalmente consuetudinario. Estas características hacían que fuera, en general, muy difícil identificar con precisión el Derecho positivo, para lo cual el jurista tenía un amplio juego de normas para justificar determinada solución. Siempre era posible encontrar una disposición legal o una costumbre en apoyo de determinada tesis jurídica⁴⁸. El transcurso del tiempo desde la sanción del Código Penal argentino, la gran cantidad de creaciones hechas por la dogmática durante ese lapso, así como las diversas interpretaciones contradictorias que actualmente existen sobre una misma disposición del texto legal, ¿han generado un retorno a circunstancias propias de la situación descrita que hacen necesaria una reforma legal? La respuesta más sensata parece ser responder afirmativamente frente a tal interrogante. Nunca hay que perder de vista que las abstracciones y disputas teóricas propias de la dogmática no siempre suelen circunscribirse a las aulas universitarias o a los congresos de especialistas sino que, muchas veces, las mismas no son inofensivas, ya que tienen un impacto directo en la aplicación de las normas penales y varias veces derivan en un trato desigualitario frente a casos que son sustancialmente análogos.

Siguiendo la línea desarrollada, es posible concluir en que frente a un caso concreto existen, básicamente, dos modos de abordaje para su decisión:

- i) Partir de la solución que uno prefiere y, desde allí, buscar el soporte más apropiado para justificarla;
- ii) A partir de las reglas legales, establecer un sistema apriorístico de resolución, en virtud del cual el caso es resuelto sobre la base de las derivaciones que necesariamente surgen de dicho sistema.

La alternativa ii) es la que se pretende adoptar mediante la construcción de un sistema coherente y previsible, como la teoría del delito, que impida al juez resolver por pura intuición o por la valoración personal que le inspira el suceso⁴⁹. No obstante, como consecuencia de la falta de claridad del actual Código Penal argentino en determinados aspectos, y a raíz de las variadas interpretaciones que dicha circunstancia ha generado, en determinados casos parece que se habilita la alternativa i), con las consecuencias indeseadas que ello acarrea en la aplicación de la ley penal. Los ejemplos del apartado siguiente son sumamente ilustrativos al respecto.

4. Aspectos problemáticos que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal argentino podría solucionar

Toda la argumentación anterior quedaría reducida a una mera disputa teórica si no es posible demostrar situaciones concretas en las que la problemática descrita “sale de los libros” y pasa a manifestarse en la “vida real”. Por ello, a continuación se analizarán aspectos concretos del actual

⁴⁸ NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1989, p. 26.

⁴⁹ SILVESTRONI, *Teoría constitucional del delito*, 2004, p. 184.

Código Penal argentino que, en combinación con la tarea de la dogmática penal – fundamentalmente, por la que es llamada aquí “creadora” –, se muestran como problemáticos y han derivado en casos donde la aplicación de la ley penal queda librada al arbitrio de los tribunales, por dar soluciones contradictorias frente a casos sustancialmente análogos. Los mismos son sumamente útiles para demostrar cómo la labor de la dogmática trae aparejadas consecuencias con gran impacto en la práctica jurídica.

En primer lugar, me voy a referir a una creación “punitiva” de la dogmática penal –el llamado “dolo eventual”, mediante el cual se han considerado dolosas determinadas conductas que, tradicionalmente, deberían ser consideradas culposas–, dejando para un segundo término un ejemplo de los problemas clásicos que genera una defectuosa redacción legal de las normas –las disposiciones referidas a la escala penal aplicable en la tentativa–, y finalizaré con una de las creaciones “permisivas” –la llamada “afectación insignificante del bien jurídico”–. Ilustraré la problemática con casos concretos de aplicación desigual de las mismas por parte de los tribunales, y analizaré qué tratamiento da al respecto el texto del Anteproyecto de Código Penal argentino. Por exceder el propósito de este trabajo, y por ya tener un extenso tratamiento en la literatura penal, no desarrollaré los pormenores específicos de cada instituto en particular, sino que remitiré a textos que ya lo han hecho de manera acabada.

4.1. El dolo eventual⁵⁰

La problemática referida al dolo eventual, en el Derecho argentino, puede reducirse al hecho de que el actual Código Penal, a diferencia de otros, no posee una definición expresa acerca de qué debe entenderse por “dolo”.

La mayoría de los autores argentinos suelen considerar, sobre la poco clara base legal existente al respecto y en lo que aquí interesa, la existencia de dos tipos o clases de dolo: el directo, que sería el conocimiento y la intención de causar un resultado típico, y el eventual, que ha sido considerado, al margen de la gran cantidad de teorías existentes al respecto, como la producción indiferente de un resultado típico que el autor se representó mentalmente sólo como de posible o de probable producción. En otras palabras, se trata de supuestos que se encontrarían en la frontera entre el dolo y la culpa, y que la dogmática penal, a través de variadas construcciones, ha inclinado hacia el lado del dolo. La falta de claridad en el área, y el hecho de que también existan autores que niegan la existencia del dolo eventual –tales como VITALE o BINDER, que consideran que el dolo, al menos en el Derecho positivo argentino, es solamente directo, y tratan al denominado dolo eventual como un supuesto de obrar culposo–, muestran lo problemático de la situación.

Al construirse sobre una base tan empantanada, y por ser tan lindante y de difícil separación de

⁵⁰ Más allá de que los tratadistas clásicos argentinos dedican apartados en sus obras a dicho instituto –una síntesis de cada una de ellas puede verse en VITALE, *El dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley*, 2013–, existen obras argentinas abocadas únicamente al mismo. Al respecto, ver PÉREZ BARBERÁ, *Dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, dolo como concepto objetivo*, 2011; TENCA, *Dolo eventual*, 2010; y la mencionada obra de VITALE. Una síntesis de las opiniones y de la bibliografía alemana vinculada al tema puede verse en ROXIN, *PG*, t. 1, 1997, pp. 424 y siguientes. Sobre autores españoles, es útil acudir a FEIJOO SÁNCHEZ, *Dolo eventual*, 2003; y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 2010.

los supuestos de obrar culposo, el dolo eventual genera una situación sumamente alarmante: frente a un caso que dé lugar a esta discusión, el órgano jurisdiccional que deba decidir posee argumentos que le permiten resolverlo ya sea considerándolo como un supuesto doloso o bien como uno de tipo culposo, con la abismal diferencia de penas existentes; y también ha posibilitado la existencia de pronunciamientos contradictorios frente a situaciones fácticas muy similares, como los que se transcriben a continuación:

En un caso, se entendió que había cometido homicidio simple con dolo eventual, y no uno culposo, el imputado que atropelló a cuatro personas en la calle con su auto y le produjo la muerte a una de ellas, al conducir su automóvil a ciegas, a alta velocidad, por un lugar densamente poblado y una calle habitualmente transitada por peatones, de noche y con abundante lluvia, pues no sólo sabía que podía matar, sino que también mostró un desprecio por la vida ajena que explica su indiferencia ante la posibilidad de ocasionar un resultado como la muerte⁵¹.

En otro, bastante similar, se entendió que había cometido el delito de homicidio culposo el imputado que, conduciendo su vehículo a alta velocidad por una avenida mientras participaba de una carrera callejera, colisionó desde atrás contra un rodado, ocasionando la muerte de sus ocupantes, toda vez que “la mera circunstancia de circular a una alta velocidad violando conscientemente el deber de cuidado, confiando en su habilidad o destreza como conductor, no resulta por sí determinante de la existencia de dolo eventual, pues debe demostrarse que el autor fue consciente del riesgo, lo asumió, y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado, extremos que, por cierto, no han sido acreditados”⁵².

¿Puede entenderse que dos supuestos no demasiado distintos sean sancionados con penas tan diferentes? ¿Puede entenderse que una persona pueda ser condenada a la pena mínima de 6 meses de cárcel, mientras que otra, en un supuesto que se dice muy similar pero calificado como doloso con dolo eventual, resulte condenada al mínimo de 8 años de la misma pena o, incluso, al encarcelamiento de por vida? Los casos, según el discurso mayoritario, son muy parecidos, pero las penas demasiado diferentes. En esa propuesta generalizada no hay racionalidad alguna que justifique la injusticia de sus consecuencias⁵³.

Al analizar críticamente las elaboraciones efectuadas en torno a su construcción, VITALE pone de resalto otro de los “vicios” usuales de la dogmática penal. Al respecto, dice que “el eventual, como pretendida forma de dolo, en verdad, se defiende en nuestro ámbito jurídico más que nada como consecuencia de pretender aplicar, en la Argentina, una dogmática penal construida sobre la base de textos legales diferentes, constituyendo, para nosotros, un concepto elaborado totalmente al margen de la ley. Lo dicho, sin embargo, no abre juicio acerca de lo correcto o incorrecto de la asignación de carácter doloso, en otras legislaciones, a los supuestos de

⁵¹ CGarantías en lo Penal Quilmes, Sala I, 2001/06/26, “Soto, Diego G.”, citado en D’ALESSIO, *Código Penal Comentado y Anotado*, 2ª ed., 2011, t. II, p. 52.

⁵² CNCasación Penal, Sala III, 2005/09/02, “Cabello, Sebastián”, citado en D’ALESSIO, *Código Penal Comentado y Anotado*, 2ª ed., 2011, t. II, p. 53.

⁵³ VITALE, *El dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley*, 2013, p. 81.

aceptación indiferente de la posibilidad de realización típica”⁵⁴.

Las disposiciones del Anteproyecto de Código Penal, en caso de adoptarse, pondrían fin a la situación descripta. El Anteproyecto elimina el concepto de dolo eventual y en los tipos culposos distingue, según la gravedad de la norma de cuidado infringida, entre una culpa simple y otra “temeraria”, con una penalidad mayor para esta última, donde encuadrarían los supuestos hasta ahora tratados como realizados con “dolo eventual”. Dicho texto, en su artículo 1.2.a, barre toda posibilidad de considerar como dolosas a las situaciones usualmente comprendidas en la categoría de “dolo eventual”, al establecer lo siguiente:

“Sólo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia. No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito diferente de las señaladas en la ley previa”.

Esta redacción considera al dolo únicamente como “directo”, apartándose de otras legislaciones en las que se incluye al “eventual” dentro de la definición del mismo. Un ejemplo de ello es el Código Penal colombiano, que en su artículo 22 dispone que:

“La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

Por demás, la comisión redactora, a través de la Exposición de Motivos, ha hecho eco de las críticas formuladas a este instituto, señalando que:

“La exigencia de que en el dolo la voluntad deba ser directa tiende a resolver un problema que ocupa a la doctrina desde hace más de un siglo y que no ha tenido solución satisfactoria hasta el presente: el llamado dolo eventual. La jurisprudencia nacional ha sido aún más contradictoria que la doctrina, en particular en los casos de homicidios de tránsito y similares, donde parece que la trascendencia mediática del caso es la que decide la calificación, determinando una diferencia abismal en la pena. Doctrina confusa –más de siete u ocho teorías ensayadas y criticadas se han intentado– y jurisprudencia vacilante cuando se juegan grandes diferencias de pena, no proveen seguridad ninguna. Además, debemos tener en cuenta que el concepto de dolo eventual puede ser manipulado en cualquier tipo penal, o sea que, lo que se ha puesto de manifiesto con su juego arbitrario en el homicidio y las lesiones, puede extenderse a cualquier ámbito de la materia punible, con alcances tan insospechados como intolerables: estafas, hurtos, delitos sexuales, etc.”⁵⁵

Adicionalmente, cabe destacar otro enorme problema que ofrece el dolo eventual, y que no se encuentra vinculado específicamente a la forma en que los textos legales lo recepten, sino con la esencia misma del instituto: su dificultad para ser probado en un juicio oral y, de ese modo, ser distinguido de supuestos como la culpa consciente. Ello es fruto, tal como destaca MOLINA FERNÁNDEZ⁵⁶, de tratarse de conceptos que son, por su esencia, “graduables”. Probar qué grado de conocimiento de la peligrosidad de una acción es necesario para considerar que una conducta encuadra no en un supuesto de culpa, sino dentro de un supuesto de dolo eventual, es de difícil o imposible prueba, con el consiguiente espacio librado al arbitrio que se genera.

⁵⁴ VITALE, *El dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley*, 2013, p. 35.

⁵⁵ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 2014, p. 57.

⁵⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*, 2007.

4.2. La escala penal aplicable a la tentativa

Si en el ejemplo anterior los problemas se originan producto de no haber incluido en el texto legal la definición expresa de un concepto de la teoría del delito, en el que se analizará a continuación los problemas surgen a partir de los problemas gramaticales que generó la defectuosa redacción de un concepto que sí se encuentra regulado.

La actual redacción del Código Penal argentino también resulta confusa y problemática en las previsiones respecto a qué escala penal se aplicará en caso de estar frente a una tentativa. En una fórmula poco clara, el artículo 44 señala que:

“La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad”.

Fruto de los defectos de dicha redacción, se han elaborado diferentes criterios interpretativos. Independientemente de la interpretación en la cual uno se enrole, lo cierto es que la fórmula de dicho artículo admite, con peores o mejores argumentos, cualquiera de las deducciones que se han hecho de ella. Optar por una u otra, lejos está de ser una especulación abstracta, pues ello repercutirá en forma directa en los montos de pena que se impongan⁵⁷. Es posible advertir que al día de hoy existen, básicamente, tres interpretaciones distintas:

Una de las posturas sostiene que el mínimo de la escala penal correspondiente al delito consumado debe reducirse a los dos tercios y el máximo a la mitad; en tal sentido, se afirma que el sistema de la pena de la tentativa no significa un apartamiento de lo que el Código dispone en la parte especial en abstracto, para cada infracción en particular, expresando las escalas en ese orden –primero el mínimo, y luego el máximo–⁵⁸. Por este criterio se ha inclinado parte de la jurisprudencia⁵⁹.

Un segundo criterio postula que la reducción de la pena debe practicarse disminuyendo el mínimo a la mitad y el máximo en un tercio. Esta postura es la que conduce a escalas de mayor amplitud⁶⁰, y es la que, en general, ha seguido parte de la jurisprudencia⁶¹.

Otra opinión sostiene que las disminuciones prescriptas por la ley deben ser efectuadas sobre la pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito, de modo que se acude a un procedimiento hipotético, por el cual el juez determina en abstracto –dentro de la escala respectiva– la pena que, conforme con las circunstancias de los artículos 40 y 41 del Código Penal, hubiese aplicado; y tras definir la pena que le correspondería a un sujeto –si el delito se hubiera

⁵⁷ JULIANO/LAINO, «Escala penal aplicable en caso de tentativa», p. 1 (disponible en <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2712>).

⁵⁸ D'ALESSIO, *Código Penal Comentado y Anotado*, 2ª ed., 2011, t. I, pp. 721-722.

⁵⁹ En este sentido, TSCórdoba, Sala penal, 1993/05/07, “Rodríguez, Julio J. y otro”; CAcus. Córdoba, 1985/03/01, “Declerk, Patricia S.”; CPenal Santa Fé, Sala II, 1981/04/20, “C., H. B. J.”; y C3a Crim. Y Correc. La Plata, Sala III, 1978/04/28, “Ramos, José”.

⁶⁰ D'ALESSIO, *Código Penal Comentado y Anotado*, 2ª ed., 2011, t. I, p. 722.

⁶¹ En este sentido, CNCasación Penal (en pleno), 1995/04/21, “Villarino, Martín”; SCBuenos Aires, 2000/09/13, “Cabrera, Pedro P.”; TCrim. Necochea n° 1, 2000/5/21, “Puebla, Jorge L. y otro”; y CPenal Rosario (en pleno), 1990/8/15, “Acuerdo N° 11”.

consumado-, le impone una sanción concreta disminuyendo aquélla desde un tercio a la mitad. Es decir que, en definitiva, se llega a una nueva escala penal que tiene un mínimo –la mitad de la pena que se hubiese aplicado– y un máximo –las dos terceras partes de esa pena hipotética–⁶².

Llevando lo anterior a la práctica, podría pensarse, por ejemplo, en el caso de dos personas imputadas en lugares diferentes por el delito de estafa en grado de tentativa, para el cual el artículo 172 del actual Código Penal prevé una escala penal de un mes a seis años de prisión en caso de su consumación. Tomando como base los dos primeros criterios descriptos para realizar el cálculo tendiente a determinar la escala penal aplicable en caso de tentativa, un órgano jurisdiccional que siga el primero de ellos –como parte de la jurisprudencia lo hace– dispondría de una escala penal que va de los 20 días a los 3 años de prisión, mientras que otro Tribunal que decida optar –como de hecho se hace– por el segundo criterio, dispondrá de una escala penal que va de los 15 días a 4 años de prisión. Resulta evidente que no debería ser aceptable que, frente a un caso sustancialmente igual, una persona pueda recibir un *plus* de un año de pena como consecuencia de desórdenes interpretativos de nuestra ley penal.

El Anteproyecto de Código Penal argentino, disipando las dudas de la fórmula vigente, prevé una solución en su artículo 7, donde prescribe que:

“El que con el fin de cometer un delito determinado comenzare su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, será penado conforme a la escala del delito consumado reducida a la mitad del mínimo y a los dos tercios del máximo”.

4.3. La insignificancia en la afectación del bien jurídico⁶³

Esta instituto, elaborado por la doctrina penal a través de lo que más arriba fueron llamadas “creaciones permisivas de la dogmática”, no posee consagración legal expresa en el actual Código Penal argentino. Según el mismo, no habría delito –ya sea por atipicidad o por ausencia de antijuridicidad, dependiendo de la construcción dogmática que se emplee–, cuando la afectación del bien jurídico que la norma penal debe proteger sea ínfimo o mínimo como para habilitar una respuesta de carácter penal. Suele presentarse, fundamentalmente, en los denominados “delitos de bagatela”.

Sobre su contenido, se ha dicho que “como principio general, la lesión o el peligro para el bien jurídico es un requisito fundamental para la imposición de una pena. Pero no cualquier lesión o peligro cumplimentan ese requisito en los casos concretos, sino sólo los que alcancen un grado de mínima relevancia, porque el poder punitivo del Estado no se habilita para conflictos baladíes ni, incluso por razones prácticas, la justicia penal puede desperdiciar recursos para atender infracciones que apenas rozan los bienes jurídicos o que, más que lesiones o peligros, implican

⁶² D’ALESSIO, *Código Penal Comentado y Anotado*, 2ª ed., 2011, t. I, p. 722.

⁶³ Ver FIGARI, «Otra vez sobre el principio de insignificancia» (disponible en <http://www.rubenfigari.com.ar/otra-vez-sobre-el-principio-de-insignificancia/?print=pdf>); ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2ª ed., 2012, pp. 376 y siguientes; SILVA SÁNCHEZ, «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», *Estudios penales y criminológicos*, (25), 2004, pp. 331-360 y citas que allí se formulan; y ROXIN, *PG*, 1997, t. I, p. 296.

simples molestias”⁶⁴.

Pese a la gran cantidad de argumentos que respaldan su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales, su falta de recepción legal expresa ha generado que casos sustancialmente análogos hayan sido tratados de manera muy distinta, derivando en la absolución en unos y en una condena en otros, dependiendo del criterio de los juzgadores adopten respecto de este principio. Tal como destaca la comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal en su Exposición de Motivos, “el llamado principio de insignificancia ha sido sostenido en la doctrina y varias veces receptado por la jurisprudencia, pero no se ha generalizado y no falta cierto criterio obtuso que insiste en justificar la punición de hechos insignificantes, con su consabido resultado de desprestigio, ridiculización y gasto para la justicia penal. Otras veces, aún peor, se lo ha desechado con argumentos autoritarios, como que el Derecho no puede tolerar la más mínima molestia a un bien jurídico, lo que acerca el argumento poco menos que a la insólita tesis de las ventanas rotas”⁶⁵. El “hurto de la gorrita”, el “sándwich federal”⁶⁶, la privación ilegal de libertad por el chofer de colectivo que llevó al pasajero hasta doscientos metros más allá de la parada, no son casos de laboratorio, sino lamentables y ridículas decisiones de los tribunales argentinos.

La aplicación de este principio –fundamentalmente, en ocasiones donde se discute la existencia de un hurto, para el cual los artículos 162 y 163 del actual Código Penal argentino prevén una pena de un mes a dos años de prisión, y de uno a seis años en determinados supuestos agravados– ha sido desigual por parte de la jurisprudencia, generando que, en determinados casos donde las situaciones fácticas eran prácticamente idénticas, algunos órganos jurisdiccionales se inclinen por la no aplicación de una pena, mientras que otros decidieron aplicar una sanción penal, siendo posible afirmar que la decisión queda librada a la pura discrecionalidad del juez. Este trato desigualitario frente a la ley penal, tal como se viene sosteniendo desde el comienzo del trabajo, resulta inadmisibles en un Estado de Derecho.

De este modo, parte de la jurisprudencia ha afirmado que “lo exiguo del valor de la cosa hurtada no resta tipicidad a la conducta, ya que sólo cabe excluir de la figura a aquellos objetos que realmente carezcan de valor económico”⁶⁷, entendiendo que no carecieron de “valor económico” dos máquinas de afeitar descartables⁶⁸ o un prolongador eléctrico⁶⁹; que la tentativa de hurto de dos quesos es típica⁷⁰; que la sustracción de cuatro cajas de pasta dental menoscaba el derecho de propiedad⁷¹; o que es punible el imputado que había intentado sustraer de un supermercado un pan de manteca de 100 gramos y un trozo de queso roquefort de 285 gramos⁷².

⁶⁴ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 2014, p. 93.

⁶⁵ *Ibidem*. Sobre la denominada “tesis de las ventanas rotas”, y una sólida refutación de la misma, ver ARBALLO, «Criminología fastfood: la teoría de las ventanas rotas» (disponible en www.saberderecho.com/2009/10/criminologia-fast-food-la-teoria-de-las.html).

⁶⁶ Una lúcida narración de esta penosa anécdota judicial argentina es realizada por MAIER en *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, 2ª ed., 1999, p. 829, nota 30.

⁶⁷ CN Fed. Crim. Y Correc., Sala II, 1988/8/8.

⁶⁸ CN Crim. Y Correc., Sala II, 1990/09/25.

⁶⁹ CN Crim. y Correc., Sala I, “Cabrera, Norma G.”, 2000/4/5.

⁷⁰ CN Crim. y Correc., Sala I, “Gamboa, Juan Carlos”, 2008/09/18.

⁷¹ CN Crim. y Correc., Sala V, “Flores, Sebastián”, 2006/06/28.

⁷² CN Crim. y Correc., Sala I, “Colombero, Gustavo Fabio”, 2004/10/13.

En un sentido opuesto, parte de la jurisprudencia entiende que “los ataques insignificantes no pueden ser jamás sindicados por el tipo como merecedores de pena”⁷³; que no importa una verdadera afectación al bien jurídico la conducta de quien intentó apoderarse de una coca cola de un litro y medio⁷⁴; que el hurto en grado de tentativa de un acumulador de corriente de 12 voltios en desuso no constituía una afectación típica del bien jurídico, con base en la aplicación del principio de insignificancia o de bagatela y considerando que la *ultima ratio* es la aplicación del Derecho penal⁷⁵; y que no importa una verdadera afectación al bien jurídico la conducta de quien intentó apoderarse de tres trozos de queso⁷⁶.

Muchas de estas conductas insignificantes, pero que son susceptibles de causar algunas molestias, podrían hallar ubicación en un orden sancionatorio de menor gravedad o cuantía que el penal, como puede ser el administrativo o el contravencional. Si bien en la mayoría de los casos no se trata de conductas dignas de encomio, el Derecho posee resortes sancionatorios adecuados en otras ramas jurídicas para ocuparse de ellas, sin hacer que la potestad punitiva del Estado quede en ridículo⁷⁷.

El problema quedaría zanjado con el contenido del inciso 1 del artículo 19 del Anteproyecto de Código Penal, en tanto ordena que:

“Exención de pena. Insignificancia. No se impondrá pena alguna cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes”.

5. Reflexiones finales

Varios de los problemas que ofrece la redacción actual del Código Penal argentino, así como la gran cantidad de construcciones que en torno a ello ha elaborado la dogmática, han servido para demostrar la especial interacción que existe entre la labor de los juristas –siempre y cuando la misma “salga del laboratorio”⁷⁸– y la práctica judicial. También se ha puesto de relevancia que el impacto que la dogmática penal posee en la práctica de los tribunales no siempre ha conducido a una aplicación más racional de la ley penal, sino que muchas veces ha colaborado a ampliar el arbitrio de los jueces en lugar de reducirlo, brindando a éstos argumentos para respaldar cualquier decisión que pretendan tomar frente a casos donde el Código Penal no es lo suficientemente claro.

Al comenzar el trabajo, se adelantó que la conclusión sería positiva si permitía concluir que el Anteproyecto de Código Penal argentino colaboraría a lograr que, al menos en algún aspecto, la aplicación de la ley penal quede menos librada al arbitrio de los jueces que en la actualidad. Sin embargo, cabe anticipar que tomar partido por una reforma legislativa que “aclare” los conceptos

⁷³ CN Crim. y Correc., Sala de ferias, “Drogo, Víctor Ángel”, 2009/1/28.

⁷⁴ JCorecc. Nº 1, Sec. 52, “Jérez, Víctor Eduardo”, causa nº 42.530, 2003/6/23.

⁷⁵ Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III, de fecha 26/04/2011, en la causa núm. 11930, “O., N. M. s/ recurso de casación interpuesto por Fiscal General”.

⁷⁶ CN Crim. y Correc., Sala de ferias, “Drogo, Víctor Ángel”, 2009/1/28.

⁷⁷ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 2014, p. 93.

⁷⁸ Utilizo esta expresión para aludir a las críticas formuladas a la dogmática penal en el apartado 3.1 de este trabajo, en especial aquellas que cuestionan las construcciones que no poseen mayores consecuencias prácticas.

dogmáticos no parece ser una alternativa valiosa para algunas posturas. SANCINETTI plantea la disyuntiva en los siguientes términos:

“La pregunta cardinal que uno debe plantearse en este contexto es de qué depende que una regla de Derecho positivo que regule la dogmática del hecho punible sea lamentada como una *infeliz atadura de la filosofía práctica a las palabras de la ley* o que, en cambio, sea recibida con beneplácito, como un valor requerido por la seguridad jurídica. Dicho de otro modo: ¿cuáles deben ser las soluciones que sería recomendable establecer en la ley como “puntos fijos” en materia de teoría del hecho punible?”⁷⁹

El temor que puede surgir de la posibilidad de que un texto legal regule de manera detallada los conceptos elaborados por la dogmática penal reside, fundamentalmente, en la posibilidad de que la “ciencia” del Derecho⁸⁰ se vea estancada en su evolución, al verse limitada, como consecuencia de la letra dura de la ley, en la posibilidad de elaborar nuevas soluciones. KAUFMANN, por ejemplo, sostenía que la pretensión de los textos legales de “lograr una regulación legal con claridad y seguridad jurídicas” debía sopesarse con “el menoscabo que trae consigo toda reducción del margen de movimiento para la ciencia y la jurisprudencia”, a la vez que advertía de los beneficios que trae consigo la escasez de reglas dogmáticas en un Código Penal⁸¹. Una posible respuesta a esta posición podría ser ensayada tomando los mismos términos del citado autor: al momento de hacer un balance entre los dos valores mencionados (claridad y seguridad jurídicas vs. margen de movimiento para la ciencia y jurisprudencia), si tomamos en consideración las consecuencias negativas en las que varias veces deriva la amplitud de ese “margen de movimiento” generado por la labor creativa de la dogmática, parece razonable no inclinarse por la prevalencia de éste, más aún cuando no es certero que, en caso de adoptarse una reforma de ese estilo, la jurisprudencia se vería excesivamente acortada en su margen de movimiento a la hora de resolver los casos, ni que la dogmática penal podría verse congelada o detenida en su evolución⁸².

De lo que se trata, en definitiva, es de lograr un equilibrio adecuado, y el mismo puede conseguirse logrando que las distintas interpretaciones y creaciones de la dogmática penal vayan siendo acompañadas por las respectivas reformas legales. Esto podría disipar las dudas que expresa SANCINETTI al tratar la temática, específicamente cuando propone la siguiente reflexión: “No puede haber ninguna sociedad que confíe tanto en su propia época como para creer que el

⁷⁹ SANCINETTI, «Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales», en *UNED: Revista de derecho penal y criminología*, (8), 2001, p. 209.

⁸⁰ Sobre el debate acerca de si el derecho es o no una ciencia, es útil acudir a NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., 1980, p. 320. Con suma agudeza, este autor advierte que “El término *ciencia* tiene una carga emotiva favorable. Su aplicación a una actividad es una especie de condecoración que atrae hacia ella el respeto y el aprecio de la gente. Si observamos que la discusión sobre el carácter científico de la actividad de los juristas está motivada en muy importante medida por ese anhelo de apropiarse de un rótulo laudatorio, podemos despreocuparnos de la disputa”.

⁸¹ KAUFMANN, «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», *ZStW*, (80), 1968, p. 34.

⁸² Tal como se mencionó anteriormente, la naturaleza misma del lenguaje del derecho y los términos con los que muchas veces éste se expresa generan márgenes inevitables de interpretación, los cuales no son siempre negativos, ya que permiten la posibilidad de encuadrar adecuadamente los hechos de un caso a las previsiones de las normas. Por otro lado, muchos de los términos valorativos que emplea el derecho permiten a los jueces –o a los jurados– apreciar, dentro de un cierto margen de movimiento, los acontecimientos de un caso. La “ciencia” jurídica tampoco vería menoscabadas sus funciones, más aún si se tiene en consideración que una de sus labores –quizás, una de las más importantes– reside en la crítica y perfeccionamiento del ordenamiento vigente, en miras a posibles reformas posteriores.

grado de evolución de ideas al que ha llegado será definitiva (...) ¿O es que la dogmática penal no necesita ya más evolución?"⁸³.

También existe otra objeción que podría formularse a la idea de considerar a una reforma legal como la alternativa ideal para poner fin a los problemas que generan los desórdenes interpretativos o la falta de uniformidad en los criterios de la dogmática. En este sentido, alguien podría argumentar que estos desórdenes interpretativos se verían solucionados por la unificación de criterios jurisprudenciales que realizan los tribunales de casación⁸⁴, lo cual tornaría innecesario acudir a una reforma. Una posible respuesta a este argumento –que requiere un mayor desarrollo y un adecuado estudio de la jurisprudencia que permita ver si, efectivamente, estas promesas de unificación se han visto cumplidas– puede ensayarse apelando a términos de eficiencia: una reforma legal, al solucionar los desórdenes “desde su raíz”, ahorraría mucho trabajo a los tribunales superiores.

Finalmente, el hecho de que, en caso de concretarse el proceso de reforma, dejen de existir los espacios oscuros que generan los ejemplos analizados, sin lugar a dudas permite concluir en que este trabajo ha arribado a buen puerto. No obstante, resulta de vital importancia destacar que la labor no debe “anclarse” en el mismo, sino que, por el contrario, debe continuar “navegando” en las demás aguas del mundo jurídico. Pensar que un Código con una redacción perfecta y una dogmática penal refinada, exhaustiva y sin contradicciones van a desterrar por siempre el arbitrio del ejercicio del poder punitivo del Estado sería caer en una obnubilación nada deseable para los juristas.

Los espacios de arbitrariedad surgen, inevitablemente, de toda aprehensión jurídica de la realidad. Es inocultable el perjuicio que se desprende de la ilusión de una seguridad plena mediante una arquitectura teórica definitiva o acabada, ciertamente inconcebible⁸⁵. Por ejemplo, el estudio del Derecho penal sustantivo y sus principios fundamentales no se puede abstraer del procedimiento que conduce a la aplicación de la ley penal, ya que, después de todo y en última instancia, “la aplicación de una pena depende más del proceso, entendido como el cúmulo de decisiones particulares que conducen al dictado de una norma individual –la sentencia–, que de los principios inspiradores del derecho de fondo”⁸⁶. La labor de los juristas, entonces, debe focalizarse también en estudiar otros factores que son generadores de espacios de arbitrio o discrecionalidad, para lo cual es necesario acudir tanto a los estudios realizados por la antropología jurídica –en tanto puede estudiar el real desenvolvimiento de la práctica tribunalicia⁸⁷– y la sociología jurídica, así como también intensificar el estudio de determinados aspectos del proceso penal que, pese a ser decisivos, no siempre ocupan un lugar primordial en la agenda académica, tales como los criterios de producción y valoración de la prueba. No en vano

⁸³ SANCINETTI, *UNED: Revista de derecho penal y criminología*, (8), 2001, p. 208.

⁸⁴ Históricamente, una de las finalidades que se la han adjudicado a los Tribunales de casación ha sido la “uniformadora” de las decisiones judiciales, la cual aspira a que los mismos “se constituyan como garantía positiva de la certidumbre jurídica, evitando la inseguridad que crea la multiplicidad de interpretaciones de una misma norma legal”. Ver HITTERS, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2ª ed., 1998, p. 160.

⁸⁵ POQUET, *Temas de derecho penal y criminología*, 2005, p. 67.

⁸⁶ SILVESTRONI, *Teoría constitucional del delito*, 2004, p. 109.

⁸⁷ Un excelente ejemplo de este tipo de estudios puede verse en BARRERA, *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*, 2012.

BELING supo decir que “mientras que el Derecho penal no toca un solo pelo al delincuente, incumbe al Derecho procesal penal tocarle toda la cabellera”.

Por otro lado, pese a que una reforma legislativa pueda “poner las cosas en orden” y brindar enormes avances en la materia, los problemas clásicos que la dogmática se dedica a solucionar –tales como indeterminación lingüística, lagunas y contradicciones lógicas–, no se acaban para siempre. BOVINO y COURTIS explican que la superación provisoria de estas problemáticas proviene, bien de la aceptación generalizada de un criterio dogmático de solución, bien de una resolución judicial “autoritaria” que puede seguir o no la sugerencia de algún planteo dogmático, o bien –como en este caso– de una iniciativa legislativa que defina con mayor claridad el problema. Nada garantiza, sin embargo, que los consensos provisorios sean eternos: un nuevo planteo dogmático puede sembrar dudas sobre el asunto, modificando la percepción de lo que se entendía como significado establecido. O bien la propia jurisprudencia puede romper el consenso dogmático, obligando a replantear la cuestión a partir del cambio de marco. O bien un nuevo cambio legislativo puede quebrar el marco de discusión previo. En síntesis, todo ello depende de la situación coyuntural del consenso de una serie de actores pragmáticos. Esto obliga a entender a la dogmática en un marco colectivo, en el contexto de relaciones estratégicas, de relaciones de poder, entendidas éstas últimas como poder de imposición de ciertos significados⁸⁸.

Por último, frente a todo tipo de procesos de reformas legislativas siempre puede resultar tentador citar la provocadora frase de VON KIRCHMANN, quien llegó a sostener que “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”⁸⁹. Al margen de los argumentos existentes para refutar su afirmación, es posible reflexionar sobre la misma y, a través de una reformulación, afirmar que no convierten a las bibliotecas en basura pero, siempre y cuando las palabras del legislador sean prudentes y adecuadas, sí pueden ayudar a que el desorden de las mismas y la gran cantidad de información que en su interior alojan no repercuta de manera negativa en los derechos de las personas que son, al final del día, los destinatarios finales de toda teoría.

6. Bibliografía

Anteproyecto de Código Penal de la Nación (2014), editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (disponible en <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>).

BACIGALUPO (2008), *Técnica de resolución de casos penales*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.

BARRERA (2012), *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires.

BOVINO/COURTIS (2000), «Por una dogmática conscientemente política», *Anuario de Filosofía de Derecho*, (17), pp. 178-213.

⁸⁸ BOVINO/COURTIS, «Por una dogmática conscientemente política», *Anuario de Filosofía de Derecho*, (17), 2000.

⁸⁹ VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es una ciencia*, 1961, p. 54.

D'ALESSIO (2011), *Código Penal Comentado y Anotado*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires.

DE LUCA (2000), «Función de la dogmática en la administración de la justicia penal», en AA.VV., *La justicia penal de hoy*, Fabián Di Plácido, Buenos Aires.

DOMENECH (1998), «Dogmática penal. Funciones y prácticas», material de circulación interna de la cátedra de epistemología penal de la UNLP, 1998.

GIMBERNAT ORDEIG (1970), «¿Tiene futuro la dogmática penal?», en AA.VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Jiménez de Asúa*, Ediciones Panedille, Buenos Aires, pp. 495-523.

GÓMEZ LANZ (2008), «La interpretación de la ley penal como actividad dogmática», *Icade. Revista cuatrimestral de las facultades de derecho y ciencias económicas y empresariales de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid*, (74), pp. 37-60.

HASSEMER (1990), *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed, C. H. Beck, Múnich.

HESSE (2015), *El lobo estepario* (trad. de Gabriela Adamo), Lumen, Buenos Aires.

HITTERS (1998), *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2ª ed., Platense, La Plata.

JAKOBS (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT)*, 2ª ed, Walter de Gruyter, Berlín.

KAUFMANN (1968), «Die dogmatik im <alternativ-Entwurf>», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, (80), pp. 34-53.

MAIER (1991), *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª ed., Del Puerto, Buenos Aires.

MIR PUIG, «Dogmática creadora y política criminal», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, Ariel, Barcelona, pp. 11-27.

MOLINA FERNÁNDEZ (2007), *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

MUÑOZ CONDE (2000), «Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal», *Revista Penal*, (5), pp. 44-51.

NAUCKE (2002), *Strafrecht. Eine Einführung*, 10ª ed, Luchterhand, Berlín.

——— (2000), «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado», en AA.VV., *La insostenible situación del derecho penal actual*, Comares, Granada, pp. 531-549.

NINO (1989), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F.

- (1980), *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- POQUET (2005), *Temas de derecho penal y criminología*, Ediar, Buenos Aires.
- PUPPE (2013), «Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica», *InDret*, (3), 2013.
- ROXIN (2002), *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.
- (1997), *Derecho penal. Parte general (PG)*, t. I, Civitas, Madrid.
- RUSCONI (2008), «Algunas observaciones sobre el futuro de la dogmática jurídico-penal y el sistema del hecho punible», *Revista Pensamiento Penal*, (60).
- SANCINETTI (2004), *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires.
- (2001), «Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales», *UNED: Revista de derecho penal y criminología*, (8).
- (1997), *Ílícito personal y participación*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- SCHÜNEMANN (2008), «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret*, (1).
- (1996), «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, (49-1), pp. 187-218.
- SILVA SÁNCHEZ (2007), *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- (2004), «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», *Estudios penales y criminológicos*, (25), pp. 331-360.
- (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., Bosch, Barcelona.
- SILVESTRONI (2004), *Teoría constitucional del delito*, Del Puerto, Buenos Aires.
- VITALE (2013), *El dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*, Del Puerto, Buenos Aires.
- VON KIRCHMANN (1961), *La jurisprudencia no es una ciencia*, IEP, Madrid.
- WELZEL (1956), *Derecho penal. Parte general (PG)* (trad. de Fontán Balestra), De Palma, Buenos Aires.
- ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2012), *Manual de Derecho Penal. Parte general (PG)*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.