



Universidad Blas Pascal Publicaciones de la UBP

Serie Materiales de Investigación



Relevancia de la Dogmática Penal

**María Laura Manrique, Pablo E. Navarro,
José M. Peralta**

Instituto de Investigación en Argumentación
Jurídica y Estudios Institucionales

LA RELEVANCIA DE LA DOGMÁTICA PENAL

María Laura Manrique¹, Pablo E. Navarro², José M. Peralta³.

¹ *Becaria de CONICET. Profesor de Filosofía Jurídica de UBP*

² *CONICET; Profesor de Filosofía Jurídica de UBP*

³ *Becario de CONICET. Profesor de Procesal Penal de UBP*

Instituto de Investigación en Argumentación Jurídica y Estudios Institucionales

LA RELEVANCIA DE LA DOGMÁTICA PENAL

María Laura Manrique¹, Pablo E. Navarro², José M. Peralta³

¹Becaria de CONICET. Profesor de Filosofía Jurídica de UBP
laumanrique@hotmail.com

²CONICET; Profesor de Filosofía Jurídica de UBP
pabnav@hotmail.com.ar

³Becario de CONICET. Profesor de Procesal Penal de UBP
miltonjose75@hotmail.com

Instituto de Investigación en Argumentación Jurídica y Estudios Institucionales

Abstract: In this work we revise the relevance of contemporary criminal theory. In particular, we deal with the so called 'legal dogmatic', which is the most important theoretical perspective of criminal law. Legal dogmatic is often criticized for different reasons, e.g. the practical irrelevance of its contribution, its conservative role in the development of social changes, etc. In our book, we explore a different line of criticism. To some extent, our criticism is internal to the dogmatic project: there are conceptual reasons that prevent legal dogmatic to be altogether successful in its achievements. Legal dogmatic seeks to guarantee the rationality of criminal law. One of its main contributions is the reconstruction of legal criteria that help us in the identification and application of criminal law. The relevance of the dogmatic project is intrinsically attached to the limits of legislation. In this respect, the task of legal dogmatic would be a necessary contribution to overcome the indeterminacies of legal norms. However, we point out some limits of legal dogmatic, mainly derived from the nature of language and the nature of rules. In order to accomplish its promises, legal dogmatic must be able to overcome the failures of legal authority, but it is far from be clear that the problems of legislation disappear when legal dogmatic introduce its own solutions. We also claim that the development of legal dogmatic could be at odds with the value of legality. For this reason, legal dogmatic is not the solution to our problems in the building of the Rule of Law. Indeed, it is a part of our problems.

su Código estaba perdido. Esta anécdota ilustra la idea general que guía este trabajo: la tensión que existe entre la autoridad del legislador y la autoridad de la ciencia jurídica; entre la voluntad política y el conocimiento científico, entre legislación y dogmática.

Un poco más de dos siglos han transcurrido desde ese episodio y la dogmática ha consolidado su prestigio, ensanchado sus perspectivas e influido decisivamente en la evolución de la jurisprudencia. A su vez, el papel del legislador, su aptitud para regular la vida social mediante normas expresamente formuladas, ha sufrido sucesivas crisis que erosionan su autoridad. En ocasiones, la desconfianza a la legislación surgió de la desilusión. La confianza ingenua y desmedida en las capacidades de la legislación para obtener soluciones a los problemas sociales mediante la formulación de normas generales y abstractas llevo a una suerte de inflación legislativa, que en muchas ocasiones produjo resultados opuestos a los que se intentaban lograr. Como señala Eugenio Bulygin.¹

No es en modo alguno obvio que la solución anticipada de problemas por medio de normas generales sea preferible o sea siempre preferible a la decisión particular, aun cuando ésta no esté basada en una norma general pre-existente, sino en consideraciones de equidad y justicia. Lo que hay en el fondo de este dilema es una confrontación entre los valores de seguridad jurídica por un lado y de justicia por el otro. Lo que importa es darse cuenta de que se trata de un importante problema valorativo y no proceder ciegamente como si no existiera ningún problema.

PRÓLOGO

I. LA LEY Y LA DOGMÁTICA

En 1805, Jacques de Maleville publicó uno de los primeros comentarios al Código Civil de Napoleón. Es usual añadir que Napoleón, al tomar conocimiento de ese hecho, exclamó que

Con frecuencia, el desprestigio de la legislación (y de las autoridades encargadas de formularla) surgió del descuido o el oportunismo con que se abordaron legislativamente problemas sociales relevantes. El resultado de estas censurables actitudes políticas se plasma, muchas veces, en una legislación confusa en su formulación, incoherente en sus propósitos, ineficiente

en la práctica. En verdad, existen sectores legislativos impenetrables no sólo para los ciudadanos sino también para los jueces y especialistas. Por ejemplo, al referirse a las normas del ordenamiento tributario español, el catedrático de la Universidad de Barcelona, Ferreiro Lapatz lamenta la imprecisión de sus normas tributarias en los siguientes términos:²

¿A quien aprovecha esta malla normativa más que oscura, tenebrosa? ...La técnica, también la técnica jurídica, puede utilizarse lo mismo para hacer el bien que para procurar el mal, para servir a la democracia o para servir a un poder antidemocrático o, en nuestro caso, a manifestaciones antidemocráticas de un poder democrático.

En un sentido similar, Luigi Ferrajoli afirma:³

En efecto, la inflación legislativa, en gran parte coincidente con la inflación penal, se encuentra en el origen de una creciente falta de certeza, oscuridad y dificultad de conocimiento del derecho que favorece una adicción al ilegalismo difuso y a veces inevitable en ese contexto, resta credibilidad y eficacia a la acción penal y ofrece, en consecuencia, el mejor caldo de cultivo a la corrupción y al arbitrio

Pero, al margen de la ingenuidad del legislador o del descuido y arbitrariedad de muchos de sus proyectos legislativos, el valor de la ley como instrumento racional de control social también se ve amenazado por la permanente revisión y reformulación de las leyes que emprende la dogmática. El desafío que lanza la dogmática al papel del legislador comienza, a menudo, con la reivindicación del papel del intérprete como un complemento indispensable a la tarea del autor. Más allá de la pericia del legislador, la dogmática insiste en la inevitabilidad de la interpretación de las leyes. En este sentido, Bacigalupo señala que más allá de la claridad de un texto normativo, ‘el dogmático penal se encuentra ante la necesidad de decidir a favor de una u otra interpretación del derecho positivo penal, sin que pueda deducir su decisión de los textos legales’.⁴ Ello significa que inevitablemente aparece una brecha entre la ley y su aplicación; entre el alcance de las normas y los casos que ellas regulan. Los mecanismos para superar racionalmente esa brecha ya no pueden encontrarse en la ley misma y es preciso recurrir a un discurso alternativo (i.e. la dogmática) para superar esas indeterminaciones.

La insistencia de la dogmática en su papel esencial de traducción del lenguaje del legislador, su crítica permanente a los sistemas normativos vigentes, su vocación de contribuir a la justificación de las decisiones judiciales, su preocupación por derivar normas y soluciones de categorías independientes a las normas formuladas por el legislador conlleva un inevitable escepticismo acerca del papel que pueden cumplir las leyes – incluso las buenas leyes. En pocas palabras: la justificación que la dogmática elabora de su tarea implica, en mayor o menor medida, una desvalorización de la ley.

En el caso del derecho penal – que es el área dogmática que analizaremos en esta investigación – el desafío a la ley genera un importante problema ya que, a diferencia de otros sectores del ordenamiento, es usual admitir que sólo una infracción a la ley penal constituye una justificación para imponer una pena a un determinado individuo. La ley penal es tanto la base fundamental para la construcción de un Estado de Derecho como un requisito para implementar los ideales que expresa ese diseño institucional. Así, en la medida en que la dogmática representase un desafío al valor de la ley también generaría un mayor riesgo de fracaso en la búsqueda de los ideales morales que representa el Estado de Derecho. Por supuesto, nada de esto pretende negar otras importantes funciones que pueda cumplir la dogmática, sino que el propósito es señalar el precio que debemos pagar para conseguir esas otras ventajas.

II. MODELOS DE DOGMÁTICA

Dejando de lado muchas sutilezas y complejidades históricas en el desarrollo de la dogmática penal, es interesante contrastar dos grandes concepciones, que podemos denominar concepción clásica y concepción contemporánea respectivamente. Ambas concepciones pretenden un status científico específico para sus desarrollos conceptuales, pero sus objetivos y metodología difieren significativamente.

Para la concepción clásica, la tarea de la dogmática consiste en dar cuenta de cómo es el derecho de una comunidad y ello requiere la interpretación y exposición sistemática de las normas que ha formulado el legislador penal. A su vez, esta tarea es conceptualmente diferente del análisis de cómo debe ser un determinado sistema penal ideal. Por el contrario, la concepción contemporánea asume que las decisiones del legislador no agotan el contenido relevante de lo que dispone el derecho penal y que la dogmática cumple una indispensable función normativa identificando normas y soluciones que se pueden invocar – con independencia de que ellas hayan sido recogidas por el legislador penal – para justificar decisiones.

Para la concepción clásica, la base del conocimiento científico del derecho penal es la existencia de normas penales – y sus correlativos deberes y obligaciones – que pueden ser identificadas de manera objetiva y neutral. De otro modo, el fundamento de los enunciados dogmáticos sería sólo una expresión de puntos de vista, de actitudes subjetivas y preferencias personales de cada uno de los juristas. La relevancia del aporte de la dogmática estaría garantizada por su autoridad teórica, por su búsqueda de la verdad basada en su capacidad científica. Siguiendo este rumbo metodológico, la dogmática clásica acepta que la *verdad* de sus afirmaciones constituye un criterio decisivo para evaluar la corrección o incorrección de una determinada reconstrucción teórica. Pero, este compromiso conceptual enfrenta un desafío inmediato: ¿qué hechos determinan la verdad de una afirmación acerca de lo que el derecho dispone? Una respuesta simple sería que el valor de verdad de los enunciados jurídicos depende exclusivamente de la existencia de normas formuladas por el legislador. Por consiguiente, en este enfoque clásico, las afirmaciones referidas a los deberes penales, e.g. el deber de

auxiliar a quien se encuentra en peligro, son verdaderas o falsas conforme a si el legislador ha formulado expresa o implícitamente una norma en el sistema penal de una cierta comunidad que impone ese deber.⁵

A pesar de que hemos denominado dogmática clásica a esta perspectiva, sería un error creer que ella ya no cumple función alguna en la actualidad o que no tiene cabida en el futuro de la dogmática penal. Como señala Roxin,⁶

La ciencia del Derecho penal también tendrá en el futuro como tarea fundamental la sistematización, interpretación y desarrollo del Derecho nacional vigente, esto es, la dogmática jurídico-penal en sentido clásico.

Por supuesto, los dogmáticos clásicos no siempre concuerdan con las normas que formula la autoridad y, con frecuencia, sugieren modificaciones y reformas, pero estas tareas críticas no se consideran parte de la dimensión científica de la disciplina. Más bien, se asume que este aspecto crítico de la dogmática es conceptualmente secundario respecto a la identificación y sistematización del orden positivo ya que sólo una vez que se han derivado las soluciones que el derecho ofrece a un cierto problema es posible determinar si ellas son correctas o si, por el contrario, requieren modificaciones.

Como respuesta a este modo de entender la dogmática penal se desarrollaron otras perspectivas que ponen el acento en los aspectos normativos y críticos de la tarea dogmática. Más allá de las importantes diferencias específicas entre estos enfoques alternativos, hay una característica sobresaliente que, de cierta manera, confiere un aire de familia a todas estas propuestas y da forma a lo que, por razones de simplicidad, denominaremos la concepción contemporánea de la dogmática penal. Este aire de familia está dado por la convicción acerca de la naturaleza normativa de las propuestas dogmáticas y su función de control racional de las decisiones judiciales.

Este rasgo de la concepción contemporánea puede ser brevemente caracterizado de la siguiente manera. Las teorías dogmáticas rara vez se limitan a una exposición neutral de lo que prescribe el legislador sino que imponen criterios de interpretación, construyen jerarquías normativas y delimitan conceptos. La dogmática tiene, por así decirlo, una ‘vocación práctica’, que se manifiesta en una exigencia de aportar soluciones justas y socialmente adecuadas a los problemas normativos. Como señala Roxin, ‘la dogmática penal no es un juego mental ajeno a la vida, sino una ciencia orientada a la praxis, para el estado libre y seguro de la sociedad’.⁷

Esta perspectiva dogmática propone criterios de corrección tanto de las normas del legislador penal como también de las decisiones judiciales. Estos criterios pretenden justificar las respuestas a los diversos problemas normativos y ofrecer un fundamento racional a la solución de los conflictos sociales. Por ello, con frecuencia se afirma que el desarrollo de la dogmática es imprescindible para reducir la arbitrariedad y garantizar imparcialidad en la interpretación y aplicación del derecho.⁸ Ésta sería, en palabras de Silva Sánchez, la

‘verdadera misión’ de la dogmática.⁹

Con ello podemos afirmar que disponemos de una caracterización de la dogmática que nos aproxima a su verdadera misión: añadir a los enunciados de la ley otros enunciados, que se emplean en la fundamentación de las decisiones junto a la ley misma.

Una consecuencia natural de este enfoque sobre la naturaleza y función de la dogmática es la convicción en que un mayor desarrollo dogmático tiene efectos prácticos beneficiosos, que contribuye a la solución racional de nuestros problemas normativos. En resumen: las normas dogmáticas – complementarias o alternativas a las que propone el legislador – determinan con precisión las situaciones fácticas relevantes y sus consecuencias normativas, y, por ello, limitan la arbitrariedad de los órganos de aplicación del derecho.

Por supuesto, son numerosas las críticas que se han formulado al desarrollo de la dogmática y su visión optimista acerca del papel que puede cumplir en el control racional de las decisiones penalmente relevantes.¹⁰ En ocasiones, las visiones escépticas de la dogmática apuntan a su aridez conceptual, a su escasa capacidad para trascender sus propios argumentos e incidir en los fenómenos sociales. Pero, aunque esa crítica tiene su dosis de verdad, ello no debería necesariamente poner en tela de juicio las aptitudes de la dogmática para lograr sus objetivos. Al respecto, Roxin señala que nadie dudaría del valor de la literatura por el desafortunado hecho de que se publiquen libros de baja calidad e, inmediatamente, añade:¹¹

En tanto que grupos enteros de científicos jóvenes desde Japón hasta Chile trabajan en nuestro Instituto – en el semestre de verano tengo en mi seminario más participantes extranjeros que alemanes – y en la medida en que por nuestra parte nosotros somos invitados a todos los lugares y podemos mensurar nuestras concepciones sobre la dogmática y sistemática del derecho penal con nuestros anfitriones mediante fructíferos intercambios de opinión conforme a standards internacionales y mejorarlas permanentemente, no tenemos razones para temer por el futuro de la dogmática penal.

Más allá de la candidez que exhibe esa afirmación, parece extraño intentar refutar al escéptico con un recordatorio de lo numeroso que pueden ser los seminarios o su difusión en el ámbito internacional. Este argumento es tan poco eficaz como el de quien pretendiese refutar a un ateo señalando que las iglesias todavía reciben a una buena cantidad de gente en sus celebraciones religiosas, o que la Biblia es el libro más vendido de la historia. Para refutar al escéptico no es pertinente acreditar la popularidad de la dogmática – entre otras cosas, porque esto es un dato absolutamente contingente – sino que es preciso mostrar que esta disciplina puede cumplir sus aspiraciones de racionalidad, que sus intercambios científicos son efectivamente fecundos, que sus discrepancias indican desacuerdos genuinos y no sólo intercambio de puntos

de vista que sus transformaciones representan progreso conceptual y que su vocación práctica de control puede incidir positivamente en el desarrollo social.

En este trabajo intentaremos mostrar algunas dificultades de este programa, pero a diferencia de los escépticos que ponen el acento en la aridez conceptual, sus compromisos ideológicos o la falta de utilidad, nosotros exploraremos un argumento diferente. En particular, pretendemos dos cosas: por una parte, analizar una tensión interna a las aspiraciones de racionalidad de la dogmática y, por otra parte, revisar el modo en que el desarrollo dogmático compite con la realización efectiva de los valores subyacentes al Estado de Derecho. La tensión interna al proyecto dogmático surge de la necesidad de suministrar pautas de control de las decisiones judiciales y, al mismo tiempo, razones sustantivas para evaluar si una decisión está justificada. Las pautas de control pueden guiar conductas sólo en la medida en que indican de manera precisa la conducta que se debe realizar, mientras que las razones sustantivas son más abstractas y variables que las normas que se pueden formular. En la medida en que la dogmática admite que esas razones sustantivas también deben entrar en el marco de justificación, inevitablemente se introduce un desafío a la supremacía de la ley penal y ello sugiere, que el desarrollo de la dogmática compite con la exigencia de una estricta vinculación del juez a la ley, que es la base para la previsibilidad de sus decisiones y uno de los fundamentos del ideal de Estado de Derecho. En definitiva, la conjetura que pretendemos explorar es que la autoridad del legislador no se ve confirmada sino desafiada por la dogmática y ello abre profundos interrogantes tanto acerca de su legitimidad como también sobre su aptitud para contribuir a las decisiones racionales y a la disminución de la arbitrariedad.

III. EL DESAFÍO DE LA DOGMÁTICA

En líneas generales, en este trabajo nos concentraremos principalmente en la concepción contemporánea de la dogmática y en dos desafíos que ella debe superar: por una parte, la conexión contingente entre normas dogmáticas y racionalidad de las decisiones y, por otra parte, la inevitable distancia conceptual que existe entre normas y soluciones adecuadas. El análisis de ambos desafíos abre espacio para la siguiente conjetura: sólo una dogmática ideal podría cumplir con las aspiraciones de racionalidad que subrayan constantemente los teóricos del derecho penal. Pero, al igual que ocurre con otros ideales, nada garantiza que nuestras prácticas cotidianas nos acerquen a ellos. De poco sirve, en estos casos, señalar las características ideales de la dogmática como aval de sus prácticas concretas. Del mismo modo en que el conocimiento de las cualidades que definen a un ideal de buen docente no sirve para defender a las prácticas específicas de los malos profesores, tampoco es aceptable valorar positivamente a la dogmática por lo que podría idealmente lograr. Por el contrario, su utilidad social tiene que acreditarse por su efectivo desempeño en nuestras comunidades.

Aunque los ideales de la dogmática representen un noble

sueño, no es seguro que debamos admitir pacíficamente el aporte de la dogmática penal a la justificación de las decisiones judiciales. Podría suceder que, de hecho, esas prácticas pusiesen en peligro otros aspectos de nuestros ideales. Por ejemplo, aquellos asociados al valor de la ley y a su estricta formulación y aplicación. La dogmática sería, entonces, una parte más del problema de la racionalidad que un aporte a su solución.

Con diversos fundamentos y estrategias exploraremos la siguiente idea. El aporte de la dogmática a la racionalidad de las decisiones judiciales se encuentra ligado a su capacidad de ofrecer razones sustantivas que justifiquen la práctica del castigo. Esas razones sustantivas son, en general, directivas (recomendaciones, reglas, etc.) que formulan los dogmáticos y que, en este trabajo, serán denominadas *normas dogmáticas*. La justificación de estas normas dogmáticas radica en su aptitud para capturar las exigencias morales subyacentes a la práctica de atribuir responsabilidad penal. Es decir, las normas dogmáticas son de naturaleza moral y su alcance y fuerza no depende de una formulación canónica específica. Por el contrario, la búsqueda de una mayor especificidad y precisión conspira contra su flexibilidad para adaptarse a diferentes contextos. Por esa razón, la incorporación de normas dogmáticas en el horizonte de justificación de las decisiones compite con otras justificaciones formales, e.g. normas legisladas y, con frecuencia, suponen una tensión entre las palabras de la ley y lo que los dogmáticos dicen que dice el legislador.

La exigencia de legalidad penal, en sus variantes clásicas, era – en primer lugar - una directiva al legislador para que determinase con claridad y precisión las circunstancias en las que el estado está legitimado para el ejercicio del poder punitivo. Esta búsqueda de precisión y claridad está limitada por la naturaleza de la comunicación humana y, entre otras consecuencias, ello significa que las razones morales que justifican las leyes penales nunca son agotadas por las formulaciones del legislador. Si la búsqueda de la dogmática contemporánea se dirige a exponer sistemáticamente esta necesidad de ajuste moral de las leyes del legislador (es decir, una crítica sistemática del derecho positivo), entonces sus propuestas pueden servir para ilustrar los defectos de la legislación, pero no pueden simultáneamente ofrecer precisión y límites específicos que hagan previsible (racional) las decisiones judiciales. En pocas palabras, el fracaso de la ley penal en sus aspiraciones de cumplir con las exigencias del ideal de legalidad también acecha a las normas que formula la dogmática contemporánea.

Nuestra discusión tiene una pretensión modesta. No se trata de mostrar que un derecho penal con un desarrollo dogmático es el *peor* de los mundos posibles (aunque tampoco pretendemos que sea el *mejor* de esos mundos), sino de volver a examinar algunos de sus principales presupuestos y consecuencias, tratando de señalar aspectos que no han sido todavía resueltos de manera satisfactoria. Pretendemos mostrar cuál es el precio a pagar que inevitablemente conlleva el desarrollo dogmático y ofrecer así elementos para analizar las ventajas y desventajas del control social que implica el

derecho penal. Finalmente, esta revisión de los presupuestos de la concepción contemporánea de la dogmática podría ser una tarea poco atractiva ya que el éxito consistirá, tal vez, sólo en reiterar de manera diferente lo que ya sabíamos. Sin embargo, a pesar de ello, no parece sensato renunciar a la búsqueda de buenas razones que avalen la solidez de los argumentos y al orden conceptual que impone esa tarea.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

¹ Bulygin, Eugenio, 'Teoría y técnica de legislación' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, p. 411 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)

² Ferreiro Lapatza, Juan José, 'El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la Administración' en *Justiça Tributária*, p. 322 (São Paulo: Max Limonad, 1998).

³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, p. 10 (Madrid: Trotta, 1995)

⁴ Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, 2ª edición, p. 21 (Buenos Aires: Hammurabi, 1999)

⁵ En general, como una estrategia de exposición, evitaremos utilizar términos que sólo utilizan quienes se encuentran altamente familiarizados con la dogmática penal o la teoría general del derecho. En ocasiones, sin embargo, serán inevitables estas precisiones analíticas adicionales. Por ejemplo, cuando

sea imprescindible, denominaremos *enunciados normativos* a las afirmaciones acerca de lo que se debe hacer o no hacer y reservaremos la expresión *proposición normativa* para las afirmaciones acerca de la existencia de una determinada norma. Con esta terminología podemos sostener, entonces, que en el enfoque clásico de la dogmática, la verdad de los enunciados normativos depende de la verdad de las proposiciones normativas. Al respecto, véase, von Wright, Georg H., *Norm and Action*, p. 106 (London: Routledge & Kegan Paul, 1963)

⁶ Roxin, Claus, 'La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro' en *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, p.362 (Buenos Aires: Hammurabi, 2008)

⁷ Roxin, Claus, 'Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal' en *Política criminal y estructura del delito*, p. 63 (Barcelona: PPU, 1992)

⁸ Por ejemplo, Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximaciones al derecho penal*, p. 44 (Barcelona: Bosch, 1992)

⁹ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 49

¹⁰ Para un resumen de algunas de estas críticas, véase: Salas, Minor, E. 'La dogmática jurídico-penal: ¿un viaje fantástico al reino de absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?' en Courtis, Christian (ed), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, pp. 259-276 (Madrid: Trotta, 2006)

¹¹ Roxin, Claus, 'La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro', op. cit., p.365

CAPITULO I: RACIONALIDAD Y FUNCIÓN

TÉCNICA DE LA DOGMÁTICA

I. DOGMÁTICA Y RACIONALIDAD

En la concepción contemporánea se asume normalmente que la dogmática penal es una ciencia práctica, y que una de sus principales funciones es contribuir a resolver los conflictos sociales de manera *racional*.¹ Así, la dogmática, mediante tareas de diferente índole, e.g. interpretación de normas jurídicas, elaboración de teorías, etc., contribuiría decisivamente a organizar racionalmente el sistema social. Sin embargo, a pesar de su importancia, no abundan los trabajos dedicados a exponer sistemáticamente esta cualidad de la dogmática. En general, podríamos señalar que esta despreocupación por la reconstrucción precisa de la racionalidad no es patrimonio de los juristas. Como señala Mosterín,²

Uno de los conceptos que actualmente más se emplean en discusiones filosóficas, científicas y políticas de todo tipo es el concepto de racionalidad. Y el más somero de los análisis muestra que este concepto se usa en los más diversos sentidos posibles y con la mayor de las vaguedades imaginables. Con frecuencia parece como si los adjetivos 'racional' e 'irracional' se emplearán de un modo puramente emotivo, para elogiar o insultar más bien que para describir o caracterizar.

Los juristas, por lo general, se limitan a enunciar, de manera un tanto imprecisa, las relaciones entre el desarrollo de la dogmática y las limitaciones a la discreción judicial, su contribución a la solución de indeterminaciones y su relevancia para promover valores tales como la certeza, igualdad e imparcialidad. En este trabajo, no pretendemos remediar esta carencia y nos limitaremos a una serie de consideraciones necesarias para enfrentar al problema que pretendemos resolver: la relación entre racionalidad y la función normativa de la dogmática penal.

La racionalidad es una propiedad que se predica de un conjunto bastante heterogéneo de elementos, i.e. acciones, planes, decisiones, creencias, preferencias, elecciones, instituciones, etc. Sería una ingenuidad asumir que hay un *único* concepto de racionalidad, que aplicamos de manera inmutable a ese amplio espectro de elementos. Por el contrario, es frecuente distinguir entre racionalidad práctica, formal, teórica, y sustantiva, o entre racionalidad incompleta y completa, etc.³ Así, es natural asociar la racionalidad a cuestiones tan diferentes como la eficiencia en la distribución de recursos o la coherencia de un conjunto de premisas.⁴ Una vez que se advierte que las diversas nociones de racionalidad

forman una familia conceptual bastante heterogénea también hay que concluir que no tiene mayor sentido enunciar genéricamente una conexión entre dogmática y racionalidad, sino que el desafío es caracterizar con mayor precisión a las relaciones entre diversas tareas que desarrollan los juristas y cada una de esas ideas de racionalidad. En gran medida, esta será nuestra tarea en los próximos apartados.

II. RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

En general suponemos que los hombres son agentes que pueden intervenir en el mundo y, dentro de ciertos límites, transformarlo voluntariamente. Esta concepción asume, por consiguiente, que el mundo no sólo cambia por sí mismo sino que también se transforma por las acciones humanas. Actuar es, en gran medida, cambiar estados de cosas, e.g. abrir una ventana consiste en transformar una situación en que la ventana está cerrada a otro estado en que esa ventana *resulta* abierta. Ese resultado define la acción en el sentido en que no sería verdadero sostener que un individuo abrió la ventana si, al menos por un momento, ella no hubiese estado abierta. En ese caso, en lugar de afirmar que el agente abrió la ventana sería natural señalar que él intentó – sin éxito – abrir esa ventana.

La noción paradigmática de acción se refiere a la conducta *intencional*, al comportamiento que procura dar lugar a determinados eventos o estados de cosas. En general, el agente hace determinadas cosas para conseguir otras. Por ejemplo, abre la ventana con la intención de ventilar la habitación. Esta concatenación de eventos genera importantes dificultades en la identificación de las acciones y la descripción de las intenciones de los agentes. Sin embargo, esto no oculta la diferencia entre los medios necesarios y los fines que el agente pretenden conseguir. Los resultados de las acciones, es decir, aquellos estados de cosas que el agente *intenta* conseguir, son, genéricamente hablando, *fines valiosos* para los agentes que procuran conseguirlos. Por supuesto, este enfoque de la acción no necesita negar que sean posibles acciones que no produzcan una transformación de situaciones o que no se manifiesten externamente (e.g. actos puramente mentales). De igual modo, tampoco es preciso negar que muchas acciones pueden producir resultados que el agente no pretende conseguir, como ocurre con frecuencia en el ámbito de la responsabilidad por imprudencia. Con independencia de su relevancia teórica y práctica, esas nociones de acción son parasitarias de la idea de transformación o cambio intencional de estado de cosas. Si careciésemos de esta última noción o si ella no fuese la manera paradigmática de actuar, entonces nos

sería imposible comprender en qué sentido un agente actúa en absoluto.

Desde la antigüedad se discute acerca de la racionalidad de la búsqueda de ciertos fines, o, en otras palabras, si es posible que un agente racional deje de buscar o anhelar determinados bienes. La respuesta no es obvia y con frecuencia se propone distinguir entre racionalidad y razonabilidad. Por ejemplo, von Wright señala:⁵

Un argumento puede ser racional pero sus premisas y conclusiones pueden no ser razonables. Un plan puede ser racional, pero su ejecución no ser razonable. ¿Cuál es, entonces, la diferencia? Como yo lo veo, la racionalidad, cuando es contrastada con la razonabilidad, tiene que ver principalmente con la corrección formal del razonamiento, con la eficiencia de los medios con relación a los fines, con la confirmación y verificación de creencias. Es orientada a fines, aunque en un sentido más amplio que la noción de Max Weber de racionalidad de fines (Zweckrationalität). Los juicios de razonabilidad, por el contrario, están orientados a valores. Conciernen a la manera correcta de vivir, con lo que es bueno o malo para el hombre. Lo razonable es, por supuesto, también racional, pero lo 'meramente racional' no es siempre razonable.

Esta distinción entre razonabilidad y racionalidad ha tenido también impacto en la teoría del derecho y la dogmática jurídica.⁶ La necesidad de introducir la noción de razonabilidad muestra claramente las dificultades que subyacen a la tarea de dar cuenta de la racionalidad de los fines y valores que se persiguen y dan sentido a las acciones. Sin embargo, este desafío no tiene que ocultar la importancia de una noción tradicional de racionalidad, que se refiere paradigmáticamente a la relación instrumental entre fines perseguidos por un agente y los medios necesarios para lograrlo. En este sentido, un agente racional es el que pone en marcha los medios necesarios para lograr aquello que desea obtener, es decir, para conseguir satisfacer sus deseos y necesidades. Nuestros deseos (aquello que pretendemos obtener o evitar) nos impulsan a la acción en el sentido en que frente a circunstancias propicias (i.e. ausencia de razones en contra, oportunidad para actuar, etc.) nuestro criterio para identificar lo que una persona desea es precisamente aquello que se muestra en lo que hace para conseguirlo. Por el contrario, un sujeto nos parece irracional en la medida en que frente a una oportunidad propicia de conseguir aquello que desea no procura asegurar los medios necesarios para satisfacer sus fines. Esta noción de racionalidad es independiente a la pregunta acerca de la racionalidad de fines, es decir, a la cuestión de si, en última instancia, hay cosas valiosas en sí mismas, que los agentes racionales tienen que procurar obtener.

III. RAZÓN PRÁCTICA Y DEBERES TÉCNICOS

Las proposiciones que describen los medios necesarios para lograr determinados estados de cosas se denominan

proposiciones anankásticas.⁷ Que un determinado estado de cosas sea o no necesario para conseguir determinados objetivos es una cuestión de hecho. En determinados contextos, ciertas cosas pueden resultar necesarias para un cierto fin, pero en otras situaciones el mismo agente puede enfrentarse a opciones distintas.

Al igual que cualquier otra proposición, las proposiciones anankásticas pueden ser verdaderas o falsas. Cuando ellas son verdaderas, indican un requisito indispensable para conseguir ciertos fines del individuo. A su vez, cuando el agente actúa sobre la base de una falsa representación de los medios necesarios para obtener un determinado fin, es normal que fracase en sus propósitos. Dado un agente racional A que desea lograr X y conoce que P es una condición necesaria para dar lugar a X, reconocerá que, en esa circunstancia, *debe* producir P. De otro modo, no puede lograr satisfacer sus deseos. Por ejemplo, un individuo desea llegar al aeropuerto a tiempo de abordar su vuelo. Para ello es necesario que busque un taxi; él conoce que, en esa ocasión, los otros medios de transporte disponible, e.g. tren, autobús, son ineficientes. Por ello, ese individuo afirma: *debo* buscar un taxi o, de otro modo, no llegaré a tiempo al aeropuerto. El agente se encuentra en una situación de *necesidad práctica*, ya que no tiene alternativa para conseguir sus propósitos.⁸

Este deber que el agente reconoce y que, en esas circunstancias determina su conducta, es un *deber técnico*, que sólo vincula a un agente en la medida en que ese individuo desea obtener esos fines. Es usual denominar *regla técnica* a la regla que enuncia qué es lo que se debe hacer en una determinada ocasión para cumplir con determinados fines.⁹ Las proposiciones anankásticas verdaderas *justifican* a la regla técnica que elaboramos sobre la base de esa conexión entre medios y fines. Así, si no fuese necesario hacer P para conseguir X, entonces no tendría sentido afirmar que el agente debe producir P. Por ejemplo, si el agente desea encender el televisor puede ocurrir que deba oprimir el botón de encendido del aparato. En ese caso, la acción de oprimir ese botón es una condición necesaria para lograr encender el televisor. Pero, en muchas ocasiones, los electrodomésticos pueden encenderse mediante un control remoto o mando a distancia y, por consiguiente, no sería verdad que apretar el botón de encendido sea una necesidad práctica – algo que el sujeto *debe* hacer – para lograr su objetivo.

Este conjunto de nociones, i.e. regla técnica, necesidad práctica, proposición anankástica, puede ser útil para comprender en qué sentido la dogmática contribuye a decisiones racionales de los individuos: la dogmática ayuda al diseño y desarrollo de planes de vida de los individuos mediante la exposición sistemática de los deberes técnicos. Por supuesto, esta tarea de la dogmática no es su única actividad y junto a esta tarea técnica también hay una enorme preocupación por la construcción conceptual y la sistematización del derecho positivo. A su vez, tal vez tampoco la labor técnica sea exactamente aquello que tienen en mente quienes afirman que hay una conexión entre dogmática y racionalidad. Más bien, las preocupaciones principales parecen referirse a las relaciones entre la

dogmática y la limitación de la arbitrariedad de las decisiones judiciales. En próximos capítulos abordaremos con detalle esta conexión entre dogmática y justificación de las decisiones judiciales. Ahora sólo subrayaremos que los deberes técnicos desempeñan un papel central en las estrategias de individuos que pretenden evitar que el Estado intervenga en sus vidas mediante el derecho penal.

Un par de ejemplos puede ser útil para ilustrar este tipo de racionalizaciones técnicas. En el ámbito de la comisión por omisión es frecuente recurrir a la posición de garante a los efectos de deslindar responsabilidades. En primer lugar, según Perdomo Torres¹⁰

...quien posee (haciendo uso de libertad) un animal peligroso (por ejemplo, un perro de ataque) o una vivienda cuyas tejas no están debidamente aseguradas, se encuentra obligado a tomar las medidas que sean necesarias para la evitación de daños para otras personas; el animal debe ser dominado en su potencial de peligro (bozal, correa, llamar de regreso cuando el perro ataca, etc.), o las tejas de la vivienda deben ser acondicionadas de manera que ella no permanezca como una fuente de peligro, y si un transeúnte es alcanzado por una teja que se ha desprendido, lo que significa que un curso causante de daños ha alcanzado una organización ajena, nos encontramos ante el deber de revocar esa usurpación, es decir, ante un deber de salvamento.

En segundo lugar, en el análisis de las causas de justificación es usual invocar la denominada ‘prueba de la legítima defensa’. Conforme a este criterio, un individuo interviene justificadamente en la esfera de organización de otro individuo en aquellos casos en que el individuo afectado no puede oponerse invocando la legítima defensa. En este sentido, Elena Larrauri añade:¹¹

*Esta conclusión se desprende de la regulación legal de la legítima defensa, que al exigir una agresión legítima, requisito primero del artículo 20.4, veda la posibilidad de interponer legítima defensa frente a un comportamiento justificado, ya que éste no puede constituir en ningún caso una agresión ilegítima
En breve, si el comportamiento de A está amparado en una causa de justificación, B tiene obligación de tolerar ese comportamiento.*

En estos ejemplos, los deberes de salvamento y tolerancia que mencionan estos autores no son más que medios necesarios para cumplir con otros compromisos normativos que el legislador ha introducido previamente. En este sentido, la identificación de estos deberes técnicos es un indudable aporte al desarrollo de planes de vida racionales por parte de los miembros de una comunidad.

IV. NORMAS Y RAZONES PARA LA ACCIÓN

El valor de la contribución técnica de la dogmática depende de la disposición de los individuos a orientar su conducta a

partir de las normas válidas en un determinado ordenamiento. Si las normas no tuviesen valor vinculante, es decir, si los individuos fuesen libres de seguirlas o apartarse de ellas, entonces ese desarrollo dogmático no tendría una incidencia significativa. Esta naturaleza vinculante de las normas jurídicas es conocida como la *normatividad del derecho* y es frecuente analizar esta cualidad a la luz de las razones para la acción y la estructura del razonamiento práctico.¹²

La explicación del modo en que las actitudes sociales (adhesiones, expectativas recíprocas, etc.) configuran esta naturaleza vinculante del derecho es una de los problemas centrales de la filosofía jurídica.¹³ Pero, aun cuando podamos explicar de manera satisfactoria la normatividad del derecho, ese enfoque de la naturaleza vinculante de las normas aún sería insuficiente. Una teoría de la normatividad del derecho explica cómo es posible que las normas jurídicas sean una razón para la acción, pero ella es todavía insuficiente para mostrar que esas normas jurídicas *son* la razón que ha guiado la conducta de los agentes. En otras palabras, tener una razón para actuar no es lo mismo que actuar por una determinada razón.¹⁴

Aun cuando nuestra teoría del derecho pueda dar cuenta de la obligatoriedad de las normas jurídicas todavía puede ocurrir que, como cuestión de hecho, un agente no acepte una determinada norma. Más aun, esa decisión de no cumplir las normas jurídicas y apartarse de las exigencias del derecho podría no resultar en ninguna consecuencia perjudicial para el agente. Este desconocimiento de las normas jurídicas tiene consecuencias completamente diferentes al desconocimiento de las leyes naturales. En palabras de Jakobs,¹⁵

Quien desconoce el mundo externo, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas. Quien conoce la realidad externa, pero no quiere reconocer sus reglas, fracasa conscientemente. Pero, quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocerlo, no necesariamente fracasa en su plan individual.

Esta reticencia a usar las normas jurídicas como razones para la acción es un rasgo de las normas sociales (jurídicas). Por ello Jakobs añade:¹⁶

Las normas sociales sufren de un punto débil genuino: precisamente que desde la perspectiva individual no puede probarse que sea preferible cumplirlas. Para compensar esa debilidad se establece que es cometido de quien está sometido a la norma procurarse razones para cumplirlas; por tanto, es competente para que el cumplimiento de la norma sea preferible para él.

Esta afirmación es indudablemente correcta, pero puede dar lugar a exageraciones que es conveniente señalar. Por ejemplo, ¿es verdad que los individuos siempre tienen que encontrar *otras* razones que inclinen el balance a favor de la

conducta exigida por las normas? Una respuesta afirmativa exigiría una cuidadosa articulación con otra idea central: las normas son razones para la acción. Esta característica de las normas se muestra en el papel que ellas desempeñan en la explicación y justificación de la conducta. Una explicación basada en razones es una respuesta verdadera a la pregunta ‘¿Por qué el agente hizo X?’. En numerosas ocasiones, una respuesta completa y verdadera es señalar: hay una norma que le exige esa conducta. De este modo, las normas son razones para la acción en el sentido en que ellas sirven para explicar y justificar las acciones de los individuos.

Antes hemos señalado que las normas son razones para la acción. Esta afirmación subraya que las normas pueden invocarse siempre como explicación o justificación de conductas (aun cuando ello no explique ni justifique realmente la conducta). Por ejemplo, un individuo puede señalar que se quitó el sombrero al entrar a la iglesia porque hay una norma que impone cierto decoro en lugares religiosos. Esta aptitud de las normas de desempeñarse en este juego de lenguaje (explicación y justificación de acciones) es lo que muestra que ellas son razones para actuar. Pero, como hemos señalado anteriormente, es necesario distinguir claramente entre el hecho de que un agente tenga una razón y el hecho de que él actúe por esa razón.

Una norma *funciona como norma* en el razonamiento del agente cuando constituye su razón específica para la acción. La función de las normas en la motivación es desplazar un conjunto de otras razones, que ratifican o rectifican, la acción exigida por el derecho. Cuando la norma cumple su función normativa en el razonamiento de un agente, entonces ella es, a la vez, una razón para la acción y una razón para no tener en cuenta otras razones. La función normativa del derecho no radica en que aconseja a los individuos acerca del recto curso de conducta, sino que impone ese estándar y exige obediencia a sus destinatarios con independencia de sus puntos de vista.

La dogmática asume que los individuos consideran a las normas como razones para sus acciones. Por cierto, ello significa no sólo que la dogmática presupone que los individuos deben guiar su conducta mediante las normas penales sino que también asumen que las normas efectivamente intervienen en las motivaciones de los agentes. Por ejemplo, Feijóo Sanchez, al referirse a un criterio objetivo que permite constatar la existencia de una infracción a una norma penal, señala:¹⁷

Se trata de un patrón genérico de medida que nos sirve para valorar si la decisión de la autor previa al hecho es una decisión que cabe esperar en un ciudadano que se presupone motivado para cumplir las normas...

O, también:¹⁸

El ordenamiento manifiesta cuáles son los hechos que no se pueden realizar, y presupone que los ciudadanos con esa declaración ya se ven motivados para no tener en cuenta

esa posibilidad y planificar sus futuros comportamientos de acuerdo con lo prescripto por el ordenamiento.

Este presupuesto de la dogmática no se agota en asumir que las normas son obligatorias sino que se proyecta a la identificación de los deberes que se generan a partir de esas normas legisladas. Otras disciplinas (e.g. psicología judicial, criminología, sociología del derecho, etc.) pueden partir de otros puntos de vista, pero la dogmática presupone la normatividad del derecho, es decir, que las normas imponen obligaciones y que son aptas para motivar la conducta de los individuos. Una vez que se presupone este valor normativo del derecho y la correlativa motivación de actuar conforme a las normas, la dogmática puede desplegar una importante tarea. Por supuesto, también podría reconstruirse este conjunto de presupuestos dogmáticos de manera más débil. Por ejemplo, la dogmática podría desentenderse de la cuestión de la efectiva motivación de los agentes y subrayar sólo qué es lo que ellos *deben* hacer. En este caso, los deberes dogmáticos serían genuinas prescripciones – muchas de ellas encubiertas como análisis de la legislación o como deberes técnicos –, alternativas a las propuestas del legislador. Pero, en este caso, su contribución a la racionalidad de las decisiones debe evaluarse con otros criterios diferentes a los que estamos reconstruyendo ahora. Más adelante volveremos sobre el problema de las normas genuinas, i.e. no sólo normas técnicas, que introduce la dogmática

La dogmática racionaliza la vida social, señalando expresamente los deberes *técnicos* que los agentes tienen en su búsqueda de lograr la satisfacción de sus necesidades prácticas. En este caso, la función normativa de la dogmática no radica en formular genuinas prescripciones, sino en elaborar una serie de directivas técnicas que se conectan necesariamente con las conductas que están reguladas por las normas jurídicas.

V. REGLAS TÉCNICAS E IDEALES NORMATIVOS

Al igual que las normas penales, las reglas técnicas que elabora la dogmática penal expresan deberes, pero es importante subrayar sus diferentes naturalezas. En primer lugar, las normas penales son prescripciones formuladas por autoridades específicas. Estas normas jurídicas pueden ser creadas o eliminadas *deliberadamente*. De esta manera, frente a un deber prescriptivo (e.g. un deber impuesto por una norma penal) siempre tiene sentido preguntarse acerca de qué debería eliminar la autoridad para que desaparezca ese deber del sistema jurídico. Por el contrario, un deber técnico no puede ser creado ni eliminado por la autoridad, sino que dependen de las actitudes de los sujetos – especialmente las actitudes que ellos tienen hacia las normas – y de las circunstancias que ellos enfrentan.

En segundo lugar, un deber técnico es relativo a los fines de un determinado agente y la situación que enfrenta, i.e. sus necesidades prácticas. Estos deberes son, por así decirlo, *contextuales*. Por el contrario, las normas jurídicas imponen deberes con independencia de los fines y objetivos del agente y, debido a su naturaleza abstracta, esos deberes son

*constant*es, es decir independientes de las particularidades del contexto en el que se encuentra un agente. En otras palabras, aunque en nuestra comunidad todos tenemos los mismos deberes jurídico penales, no es verdad que todos debamos hacer las mismas cosas para cumplir con ellos.

Finalmente, los deberes técnicos que elabora la dogmática son conceptualmente dependientes de las normas que formula la autoridad. Sólo una vez que se identifican estas últimas exigencias es posible identificar qué es lo que se debe hacer o evitar a fines de cumplir con las normas penales.

El fundador de la lógica deóntica, G.H. von Wright, en uno de sus últimos escritos sobre esta disciplina, explora esta relación entre *deber ser* y *deber hacer* en los siguientes términos:¹⁹

El contenido de la norma es un cierto estado de cosas, que debe ser, viz. que un agente ejecute una cierta acción si existe una oportunidad. Aquello que el agente tiene que hacer para cumplir con la norma depende de las circunstancias prevalecientes. El enunciado de que el debe (tiene que) hacer esto o aquello es, por tanto, verdadero o falso con relación a la norma y las circunstancias.

Conforme a esta reconstrucción, la exposición sistemática de los deberes técnicos que pueden enfrentar los agentes es una valiosa contribución a la racionalización de la vida social. Nos ayuda a comprender, explicar y predecir las conductas de los individuos de nuestra comunidad. Permite dar cuenta de en qué sentido la conducta de un agente era inevitable a la luz de sus motivaciones y circunstancias.

Esta tarea de racionalización, sin embargo, no es genuinamente normativa. Como señala von Wright, 'el enunciado de necesidad práctica no es una nueva norma sino un enunciado verdadero o falso acerca de lo que un agente tiene que hacer para cumplir con su obligación'.²⁰ Luego añade:²¹

Los enunciados acerca de que el agente tiene, o no tiene, que hacer esto o aquello para cumplir con su obligación son verdaderos (o tal vez falsos) con relación a la norma que impone la obligación. Por tanto, sería mejor no llamar normas a los enunciados de necesidad práctica.

Una propuesta genuinamente normativa implica un compromiso de naturaleza política; es una valoración del mundo y de sus posibles transformaciones. En general, estas propuestas normativas se expresan mediante normas ideales, que establecen estándares de excelencia y que, al igual que otras aspiraciones ideales, carecen de valor de verdad.²² En este sentido, podría sostenerse que los estados de cosas (e.g. resultados) que el legislador penal menciona son estados ideales que se lograrían en una comunidad en la que los individuos acatasen sus prescripciones. Ésta es la tesis defendida por von Wright cuando afirma:²³

Las normas válidas en una comunidad generalmente expresan la idea (voluntad, deseo) de un legislador

(autoridad normativa) acerca del estado de cosas que idealmente se debe obtener en la comunidad... Los miembros de la comunidad tienen que lograr que se realicen los estados ideales contemplados por las normas. Para esa finalidad ellos tienen que considerar qué deben hacer o son libres de hacer. Esto, nuevamente, depende no sólo del contenido de las normas, sino también de las circunstancias en los que ellos viven.

La explicación sistemática de los deberes que generan esos ideales sería una función técnica que desarrolla la dogmática en la racionalización de la vida social. Pero es importante subrayar que el ideal que se racionaliza es el que define el legislador mediante el contenido de sus normas que califican normativamente a estados de cosas que son el resultado de las acciones de los individuos. Si una norma establece una prohibición del homicidio, esa norma define un estado de cosas *ideal* en esa comunidad (i.e. una situación en la que nadie resulta muerto por la acción de otro individuo). Esta norma exige un resultado, es decir califica deónticamente un estado de cosas y deja a los individuos la tarea de derivar los deberes técnicos que tienen que cumplir para lograr ese resultado. En este ejemplo, la única norma *genuina* es la que prohíbe el homicidio; los otros deberes son especificaciones técnicas de la conducta que los individuos tienen que lograr para satisfacer ese ideal.

Por consiguiente, aunque en este sentido la dogmática no realiza una tarea genuinamente normativa, ella cumple una importante función en la racionalización de la vida social, especificando los compromisos que surgen de los ideales que define el legislador. Como señala von Wright,²⁴

Creo que es una buena caracterización de la actividad llamada dogmática jurídica decir que su tarea es exponer y aclarar la naturaleza exacta del estado de cosas ideal que el derecho tiene en mira. Esto aclara el contenido del derecho.

La distinción entre funciones normativas y funciones técnicas de la dogmática es frecuentemente pasada por alto en la literatura contemporánea. Por ejemplo, en su defensa de una dogmática conscientemente política, Bovino y Curtis sostienen que su visión de la dogmática coincide sustancialmente con esta reconstrucción de von Wright.²⁵

Esta equiparación, sin embargo, parece descansar en una confusión entre la racionalidad *técnica* de desarrollar el contenido de un ideal y la racionalidad del *ideal*. La primera racionalidad es de naturaleza formal, mientras que la segunda es sustantiva o política. Así, Bovino y Curtis proponen entender a los textos penales como textos utópicos, que construyen una imagen específica del mundo. Y luego añaden:²⁶

La trama del texto destaca la función política del programa legal como expresión del orden deseado y reconocimiento de escalas axiológicas. La función de la dogmática, en ese contexto, consiste en la reformulación del proyecto utópico

contenido en los textos legales. Así, la dogmática desempeña un papel similar al del texto, que sólo difieren en el nivel de detalle y precisión, pues ambos constituyen a estructurar el orden deseado.

Con independencia de lo acertado o desacertado de esta caracterización política de la dogmática que defienden Bovino y Courtis, parece claro que ella tiene poco que ver con la tarea técnica que hemos identificado y reconstruido en esta sección. Para bien o para mal, no hay ninguna utopía en la tarea técnica de identificar los medios necesarios para cumplir con las normas penales. Mientras que Bovino y Courtis ven a la dogmática y a la legislación en una igualdad de nivel, como intentos de capturar una utopía, von Wright considera como ideal a los estados de cosas que el legislador prescribe. Según von Wright,²⁷

... todo código o sistema de normas coherente tiene en mira lo que propongo llamar un estado de cosas ideal, donde ninguna obligación jamás es dejada de lado y todo lo permitido es alguna vez el caso.

Por ello, mientras que el ideal que tienen en mente Bovino y Courtis es de naturaleza utópica y, en definitiva, inalcanzable; el que propone von Wright es perfectamente realizable en la medida en que los individuos cumplan con las normas jurídicas.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA:

¹ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 43 y ss. Para una buena presentación de los compromisos y tensiones entre teoría jurídica y racionalidad científica, véase: Vernengo, Roberto, 'Teoría general del derecho y ciencia jurídica' en Rabossi, E. et al, pp. 293-321 (México: Fondo de Cultura, 1985) y 'Sobre la función social de la ciencia' Vernengo, Roberto, *Curso de Teoría General del Derecho*, pp. 453-461 (Buenos Aires: Cooperadora de Derecho, 1975). Para un análisis muy influyente en la ciencia penal contemporánea acerca de la dogmática y su impacto en la racionalidad de los sistemas sociales, véase: Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983). Este trabajo, al igual que el resto de la obra de Luhmann ha generado una importante polémica. Para unas críticas de ese enfoque, véanse, por ejemplo: Habermas, Jürgen, 'Concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia' en Facticidad y Validez, pp. 105-146 (Madrid: Trotta, 1998); Atienza, Manuel, 'El futuro de la dogmática jurídica' en *El Basilisco* 10 (1980), pp. 63-69.

² Mosterin, Jesús, *Racionalidad y acción humana*, p.16 (Madrid: Alianza, 1978)

³ La bibliografía sobre racionalidad es inabarcable. Para una colección clásica de ensayos, véase: Wilson, Bryan (ed), *Rationality* (Oxford: Blackwell, 1970).

⁴ Para una breve, pero esclarecedora, discusión sobre la riqueza conceptual de la racionalidad, véase: Taylor, Charles, 'Rationality' en Hollis, Martin y Lukes, Steven (eds), *Rationality and Relativism*, pp. 87-105 (Oxford: Blackwell, 1982)

⁵ Von Wright, Georg H., 'Images of Science and Forms of Rationality' en *The Tree of Knowledge and Other Essays*, pp. 172-173 (New York/Leiden: E.J.Brill, 1993).

⁶ Así, en un trabajo bien conocido sobre la naturaleza y función de la dogmática jurídica, Aulis Aarnio propone caracterizar a la racionalidad de las propuestas dogmáticas en términos de razonabilidad y consenso en la búsqueda de determinados valores. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

⁷ Von Wright, Georg, *Norm and Action*, op.cit., p. 10.

⁸ Al respecto, véase: Von Wright, Georg, 'Practical Inference', en *Practical Reason. Philosophical Papers I*, pp. 1-17, (Oxford: Basil Blackwell, 1983);

Von Wright, Georg, 'On the So-called Practical Inference', en *Practical Reason. Philosophical Papers I*, pp. 18-34, (Oxford: Basil Blackwell, 1983). También, Von Wright, *Explanation and Understanding*, pp. 83 y ss. (Cornell University Press, 1971). Para una visión diferente de la inferencia práctica y de la idea de necesidad práctica, véase: Anscombe, G.M., *Intención* (Buenos Aires: Paidós, 1991) y Anscombe, G.E.M. 'Von Wright on Practical Inference' en Schilpp, P. et. al, *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, pp. 377-404 (La Salle, Illinois: Open Court, 1999)

⁹ Von Wright, Georg, *Norm and Action*, op. cit, pp. 9-10

¹⁰ Perdomo Torres, Jorge Fernando, *La posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 149 (Bogotá: Universidad del Externado, 2001)

¹¹ Larrauri, Elena, 'Causas de justificación: criterios de identificación' en Hassemer, Winfried y Larrauri, Elena, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, p. 59 (Madrid: Tecnos, 1997). Larrauri no suscribe esta versión canónica de la prueba de la legítima defensa y elabora un argumento basado en la noción de estado de necesidad. Véase, su análisis en las pp. 106 y ss.

¹² La literatura sobre la normatividad del derecho es inabordable. Joseph Raz es uno de los autores que más influencia ha tenido en el desarrollo de este tema. Al respecto, véanse los siguientes trabajos: Raz, Joseph: *Practical Reason and Norms*, 2a edición (Princeton: Princeton University Press, 1990). Acerca de la conexión entre normatividad y racionalidad, véase: Raz, J., 'Explaining Normativity: On Rationality and Justification of Reason' en Dancy, J. (ed), *Normativity*, pp. 34-59 (Oxford: Blackwell, 2000) y 'Explaining Normativity: Reason and the Will' en Raz, J., *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, pp. 67-117 (Oxford: Oxford University Press, 1999). También en castellano hay disponibles excelentes discusiones sobre el problema de la normatividad. Al respecto, véase: Bayón, Juan Carlos: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), Redondo, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996)

¹³ Véase, por ejemplo, Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, pp. 102 y ss (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964).

¹⁴ Von Wright, Georg. H., 'An Essay on Door-Knocking' y 'On Mind and Matter' en von Wright, Georg H., *In the Shadow of Descartes*, pp. 83-96, y 125-148 (Boston: Kluwer, 1998)

¹⁵ Jakobs, Günther, 'El principio de culpabilidad' en *Fundamentos del derecho penal*, p. 47 (Buenos Aires: Ad Hoc, 1996)

¹⁶ Jakobs, Günther, 'El principio de culpabilidad', op. cit., pp. 47-48

¹⁷ Feijóo Sánchez, Bernardo, *El dolo eventual*, p. 22 (Bogotá: Universidad del Externado, 2002)

¹⁸ Feijóo Sánchez, Bernardo, *El dolo eventual*, op. cit., p. 28

¹⁹ Von Wright, Georg, H., 'Ought to be – Ought to do' en *Six Essays in Philosophical Logic*, p. 69 (Helsinki, Acta Philosophica Fennica, 1996)

²⁰ Von Wright, Georg, H., 'Ought to be – Ought to do', op. cit., p. 67

²¹ Von Wright, Georg, H., 'Ought to be – Ought to do', op. cit., p. 69

²² Acerca de las normas ideales, véase, von Wright, Georg H., *Norm and Action*, op. cit., pp. 13 y ss. Acerca de la función de los ideales, véase: Rescher, Nicholas, *Ethical Idealism. An Inquiry into the Nature and Functions of Ideals* (Berkeley: University of California Press, 1987)

²³ Von Wright, Georg, H., 'Ought to be – Ought to do', op. cit., p. 68

²⁴ Von Wright, Georg H., 'Ser y deber ser' en Garzón Valdés, E. et al (eds), *La normatividad del derecho*, p.99 (Barcelona: Gedisa, 1997)

²⁵ Bovino, Alberto y Courtis, Christian, 'Por una dogmática conscientemente política' en Courtis, Ch. (ed), *Desde otra mirada*, p. 212, nota 86 (Buenos Aires: EUDEBA, 2001)

²⁶ Bovino, Alberto y Courtis, Christian, 'Por una dogmática conscientemente política', op. cit., p. 212

²⁷ Von Wright, Georg H., 'Ser y deber ser', op. cit., p.98

CAPITULO II: RACIONALIDAD Y FUNCIÓN NORMATIVA DE LA DOGMÁTICA

I. RACIONALIDAD Y DECISIÓN JUDICIAL

En el capítulo anterior hemos destacado una conexión entre dogmática y racionalización que gira en torno a la identificación y formulación expresa de deberes técnicos. Estos deberes carecen de fuerza normativa autónoma y son derivados de las prescripciones genuinas del legislador. Pero, estas exploraciones acerca de los deberes técnicos no deben ocultar que, muchas veces, la supuesta contribución de la dogmática a la racionalidad es entendida de otra manera completamente diferente. Así, en muchas ocasiones, el debate dogmático gira en torno del control de las decisiones judiciales. Es precisamente en este sentido en que la dogmática pretende ofrecer una ciencia penal con relevancia práctica o, en otras palabras, los instrumentos idóneos para el desarrollo racional de la tecnología del control social.

Son innumerables las referencias a la racionalidad como una oposición a la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Por ejemplo, para Bacigalupo, la teoría del delito, que es el aporte paradigmático de la dogmática penal, 'es un instrumento conceptual mediante el cual es posible lograr una aplicación racional de la ley penal a un caso concreto'.¹ O, según Jeschek,²

Gracias a su interpretación continua del derecho vigente, mediante el examen crítico, la comparación y la clasificación de jurisprudencia, la dogmática jurídico-penal actúa de puente entre la ley y la práctica de la aplicación igualitaria, pero paulatinamente renovada, del derecho penal por parte de los tribunales, y sirve así en alto grado a la seguridad jurídica y a la Justicia.

Por supuesto, este puente entre ley y aplicación de las leyes sería inevitable sólo si previamente se ha admitido que existe un vado que sea preciso cruzar; una suerte de abismo inevitable entre las palabras que el legislador usa para guiar las conductas de manera general y abstracta y las palabras que los jueces usan. Más adelante volveremos sobre esta idea y ahora sólo interesa destacar que la racionalidad que pretende la dogmática no radica tanto en los fundamentos epistemológicos de su discurso sino más bien en su aptitud para guiar las decisiones judiciales y reducir la arbitrariedad de las sentencias.

II. AUTORIDADES Y RAZONES

En un problema práctico, una decisión correcta es normalmente la que sopesa todos los factores relevantes y ofrece como resultado un adecuado balance de todos esos

ingredientes. Es en este tipo de decisiones en las que paradigmáticamente se manifiestan el sentido común, la prudencia, el espíritu de justicia y otras virtudes prácticas. Por ello, no es extraño que la imagen popular de un buen juez sea la de un individuo— como Salomón o Sancho Panza— capaz de ofrecer soluciones ingeniosas, sensatas y razonables. La característica central más relevante de este tipo de decisiones es que son discrecionales, es decir, ellas no se encuentran *institucionalmente* limitadas. Como consecuencia de ello, también puede sostenerse que esas decisiones reflejan un ideal de decisión racional ya que no dejan sin considerar y otorgar peso específico a ningún factor relevante.

Sin embargo, el problema de este tipo de estrategias es que su generalización no sólo afecta al contenido de las decisiones sino que también se proyecta sobre las razones que impulsan a otorgar a otros individuos un poder normativo general para decidir controversias. En otras palabras, si es verdad que sólo la evaluación de *todas* las razones aplicables a un determinado contexto asegura la racionalidad de la decisión, entonces también habría que admitir que las razones aplicables a ese contexto también incluyen a las razones para seguir las decisiones de otro individuo (un árbitro, o un juez, por ejemplo). Al igual que en cualquier otro balance podría ocurrir que las razones para seguir a las decisiones de una autoridad fuesen superadas por otras consideraciones normativas. Por consiguiente, las razones para no limitar los factores relevantes para decidir se proyectan también a las razones para limitar los órganos de decisión. La moraleja de este argumento es que las decisiones correctas sólo pueden obtenerse autónomamente, mediante el ejercicio de las facultades críticas que posee cada individuo y que no es aceptable para un individuo racional dejar en manos de otros la solución de sus problemas prácticos.

La conexión entre racionalidad y autonomía es uno de los temas centrales de la moral kantiana y muchos autores han explorado estos argumentos poniendo de manifiesto la dificultad de reconciliar las ideas de autoridad jurídica y normatividad del derecho. El problema es que, en este enfoque kantiano, la fuerza vinculante de una norma no puede derivar del hecho de que otro individuo, e.g. una autoridad, haya ordenado hacer algo. Por ello, en ocasiones se concluye que en última instancia la moral kantiana se compromete con la anarquía política en el sentido de que torna imposible la justificación de la autoridad.

Un rasgo característico de las autoridades es que sus declaraciones, i.e. aquello que ellas *dicen* cambia el status normativo de una conducta. Por supuesto, es todavía un problema especialmente complejo determinar *cuándo* y *por qué* un individuo tiene autoridad ya que parece claro que una

orden o exigencia formulada por un mendigo o un asaltante carecen de normatividad, es decir no cambian la calificación normativa de una conducta. Por consiguiente, la explicación de la autoridad no puede basarse en la formulación de imperativos ni en la capacidad de respaldar coactivamente las exigencias de conducta. Aunque no sea fácil dar una adecuada respuesta a este problema, parece evidente que el derecho efectivamente *tiene* autoridades y, más aún, la diferencia entre el derecho y otros ordenes normativos de la conducta como, por ejemplo, la moral radica precisamente en el hecho de que estas autoridades desempeñan un papel esencial en este orden normativo.

Supongamos que un asaltante nos exige que entreguemos una determinada suma de dinero. ¿Qué distingue esta exigencia de una súplica que formula un mendigo? ¿Cómo sabemos que el asaltante ordena que hagamos algo? En principio, parece que el criterio idóneo es la amenaza de una coacción. Por eso, Hart señala que la nota distintiva de la situación del asaltante,³

... que nos lleva a decir que el asaltante ordena al empleado, y no simplemente le pide, y menos todavía le suplica que le entregue el dinero, es que para asegurar el cumplimiento de sus deseos expresados, el primero amenaza con hacer algo que un hombre normal consideraría dañoso o desagradable, y de esa manera no entregar el dinero se torna una conducta sustancialmente menos preferible para el empleado.

De allí sería tentador concluir que la autoridad está necesariamente conectada con las sanciones, pero es necesario revisar esa conclusión. Aunque la orden del asaltante sea respaldada por una amenaza seria – y ésta es la marca distintiva de que se trata de un imperativo – no diríamos que tenemos obligación de entregar el dinero. Por el contrario, cuando una autoridad exige cierta conducta es natural aceptar que debemos comportarnos del modo en que ella exige. Así, el hecho de que sea una autoridad la que prescribe una cierta conducta es lo que hace una diferencia crucial entre una norma jurídica y otro tipo de exigencias sociales carentes de normatividad. En otras palabras, la validez de la norma depende, entre otras cosas, de que haya sido creada por una autoridad competente y su capacidad de infligir un castigo no es una condición necesaria ni suficiente para constituirlo en autoridad ni tampoco para convertir su orden en una norma válida. Como señala Hart:⁴

... cuando se da un mandato no es menester que haya una amenaza latente de daño para el supuesto de desobediencia. Mandar es característicamente ejercer autoridad sobre hombres, no el poder de causar daño, y aunque puede ir combinado con amenazas de daño, un mandato no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad.

Frente a las limitaciones de los enfoques de la autoridad respaldadas en la amenaza de castigo es frecuente basar la

autoridad en la aptitud moral de un individuo para guiar de manera correcta la conducta. Sin embargo, esta estrategia no está libre de dificultades y, en el caso del derecho, parece ingenuo suponer que las decisiones institucionales reflejen las razones moralmente correctas para la acción. Con frecuencia, criticamos a las decisiones legislativas y judiciales por su falta de sensibilidad moral, su parcialidad, u otros defectos semejantes. Pero, a pesar de esas críticas, cuando se reconoce autoridad a un individuo se acepta que sus directivas constituyen un parámetro de crítica y corrección de conductas. Esta aceptación constituye una razón específica para nuestras acciones y refleja un determinado punto de vista de los miembros de la comunidad acerca de la posición normativa que ocupan otros individuos en la sociedad. Ello no significa que invariablemente aceptamos que la autoridad ha decidido de manera adecuada, sino que incluso en casos en que consideramos errónea su decisión, intentamos dar razones para mostrar esa equivocación. En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre con la súplica de un mendigo, frente a una norma válida de la autoridad no es admisible desechar la exigencia de conducta sin justificaciones específicas.

Con independencia del modo en que se funda la autoridad jurídica, es innegable que el derecho, como técnica social específica de control social, se ha desarrollado y diferenciado de otros ordenes normativos a partir de la institucionalización de decisiones y que esas instituciones específicas son las encargadas de la creación y aplicación de las normas jurídicas. El desarrollo del derecho no sólo está ligado a la progresiva expansión de órganos burocráticos sino a la necesidad de diseñar estrategias de control y revisión de las decisiones. Aunque el control y la revisión de las decisiones institucionales es un rasgo característico del derecho moderno, en el ámbito del derecho penal adquiere una especial significación debido a la gravedad que normalmente conlleva la sanción penal. Por eso, con frecuencia se repite que es preciso resguardar a los individuos mediante el derecho penal, pero también que es necesario protegerlos del derecho penal. La aplicación discrecional de penas (es decir, sin justificación ni control) podría resultar en una forma agravada de maltrato por parte del Estado. Por ello, en el ámbito del derecho penal se considera imprescindible su progresiva *formalización*. Al respecto, Hassemer señala:⁵

El derecho penal se legitima precisamente en la medida en que formaliza el control social... Para mí, 'formalización' significa dos cosas:

Por un lado, transparencia y claridad (y con ello posibilidad de control) de los instrumentos jurídico-penales; por otro la observancia de determinados principios valorativos.

La claridad y posibilidad de control se corresponden en esencia con el clásico principio de legalidad...

No se trata, entonces, de que sólo ciertos individuos puedan decidir sino que ni siquiera ellos pueden decidir de cualquier modo. La posibilidad de conocer con certeza el modo en que decidirán esos individuos es lo que posibilita una elaboración

racional de planes de vida. Las restricciones a las decisiones que pueden tomar los órganos de aplicación son básicamente resultados de otras decisiones institucionales. Así, un juez penal sólo puede aplicar las leyes penales en virtud de que así lo dispone la constitución y el legislador ordinario.

A efectos de evitar una decisión discrecional – por prudente y sensata que ella pudiese ser – el derecho impone a los jueces esas restricciones institucionales. Específicamente, en el derecho moderno, se pretende reducir la arbitrariedad imponiendo a los jueces el deber de justificar *en derecho* sus decisiones. Básicamente, la justificación de una decisión judicial consiste en mostrar que ella es una consecuencia de ciertas normas que se aplican al caso en cuestión. Como señala Carrió, ‘un juez de un orden jurídico positivo normalmente justifica sus decisiones en las normas del sistema, identificadas con arreglo a los criterios de identificación vigentes en el mismo’.⁶ De este modo, mientras que una autoridad irracional sería la que introduce normas inadecuadas para conseguir los objetivos sociales que impulsan su legislación, un juez irracional es el que no proporciona una justificación a su decisión.

III. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA ARBITRARIEDAD

La manera tradicional de abordar la estructura de la justificación de las decisiones judiciales es presentar a las sentencias como una suerte de ‘silogismo’, que contiene básicamente un conjunto formado por normas jurídicas y premisas fácticas acerca de los hechos del caso.⁷ Con numerosas variantes y diferente grado de perspicacia, ésta es la noción de justificación que se utiliza en la dogmática jurídica. Por ejemplo, Bacigalupo señala:⁸

Tradicionalmente se ha comparado el método jurídico de la subsunción con un silogismo en el cual la premisa mayor está constituida por la norma, la premisa menor por el hecho y la conclusión por la decisión.

Aunque Bacigalupo añade que este enfoque es hoy materia de discusión, también destaca que la dogmática penal aun lo sigue empleando como una manera simple de exponer las principales intuiciones que subyacen a la tarea de justificar en derecho una determinada decisión. A su vez, acerca del nexo que conecta a las premisas y la conclusión de estos razonamientos jurídicos, este autor señala que la legitimidad de este esquema:⁹

... depende de la corrección con la que se haya inferido la norma individual del fallo de la norma general. En tal sentido cabe afirmar que la validez de la norma establecida en la sentencia depende de que tenga su fundamento en la norma general aplicada al caso. La motivación de la sentencia, por lo tanto, debe consistir en la demostración de la inferencia del fallo de la norma general.

En este párrafo aparecen dos ideas centrales. Por una parte, la conexión *lógica* entre premisas y conclusión del razonamiento justificatorio y, por otra parte, la *exclusividad* de la norma jurídica como fundamento de la decisión. La importancia de la conexión lógica radica en que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas que se invocan. De este modo, una conclusión lógicamente correcta es, a la vez, lógicamente necesaria, aunque relativa a las premisas que la fundamentan. Por supuesto, si los jueces pudiesen escoger libremente esas razones, entonces no tendría mayor sentido enfatizar la inevitabilidad de sus conclusiones y, consiguientemente, insistir en la restricción de la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Por ello, en el derecho se consagra un principio de que exige una justificación jurídica de la decisión y en el derecho penal, en particular, toda solución de un caso debe tener una base última en la ley; la decisión es correcta si es la solución indicada en la ley. En palabras de Alchourrón y Bulygin, este principio de justificación¹⁰

... expresa la exigencia de que las decisiones de los jueces sean racionales, no arbitrarias. Las decisiones son racionales cuando están justificadas por normas generales.

Cabe agregar que esta idea de racionalidad implica que las razones en que se apoya la decisión no pueden depender del arbitrio del juez; el juez no puede crear libremente esas razones, sino que tiene que extraerlas de alguna parte, de lo contrario la justificación no sería más que aparente y la decisión seguiría siendo arbitraria e irracional.

Este diseño institucional, que exige sentencias justificadas en normas jurídicas generales, se compromete con la idea de un ‘gobierno de leyes’ como opuesto al ejercicio del poder por parte de hombres que deciden arbitrariamente, de manera benevolente o con maldad, acerca del destino de los bienes básicos de los individuos de su comunidad. De esta manera, la arbitrariedad representa no sólo un desvío de un cierto esquema institucional, i.e. del Estado de Derecho sino que constituye un desafío a nuestros valores e ideales morales.

Una decisión arbitraria es *irracional*, al menos en el sentido específico de representar un desafío a las razones morales que subyacen al diseño institucional del Estado de Derecho. La arbitrariedad de las decisiones, en mayor o menor medida, se refiere a las siguientes cuestiones:¹¹

(i) *Discreción.* El derecho guía las decisiones en tanto que proporciona respuestas a problemas normativos, i.e. qué debe hacerse en determinadas ocasiones. Estas normas imponen una restricción límite al contenido de las decisiones y, en este sentido, la idea de Estado de Derecho está intrínsecamente asociada a la idea de *límites* del derecho. Más allá de esos límites, no tiene sentido criticar a una decisión judicial como ‘contraria a derecho’. En ausencia de normas que impongan una solución, los jueces resuelven de manera discrecional, es decir tienen que resolver conforme a su propio criterio. La arbitrariedad dependería, entonces, de la ausencia de criterios que permitan distinguir entre decisiones correctas o

incorrectas. En este sentido, 'arbitrariedad' significa discreción.

(ii) *Inconsistencia*. En ocasiones, la arbitrariedad de una decisión consiste en que no se trata del mismo modo a casos semejantes. Aunque existe una norma que impone un límite al contenido de las decisiones judiciales, esa norma es aplicada de manera errática y diferentes eventos de una misma clase reciben diferente solución. En este caso, 'arbitrariedad' significa injusticia. La conexión entre justicia, decidir mediante normas y el tratamiento similar de casos semejantes es conceptual. Como recuerda H.L.A. Hart,¹²

En verdad, podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que lo que debe aplicarse en los distintos casos es la misma regla, sin prejuicio, interés o capricho.

(iii) *Imprevisibilidad*. Con frecuencia, el principal agravio que genera una decisión arbitraria es su falta de certeza y, como consecuencia de ella, la incertidumbre acerca de lo que es necesario o suficiente hacer para evitar una sanción. Al igual que en otros ámbitos, la certeza jurídica tiene dos dimensiones diferentes. Por una parte, se refiere a una conexión específica y determinada entre eventos. En estas ocasiones, la certeza es un dato ontológico u objetivo, que trasciende al conocimiento que un agente tenga de esa conexión. Así, el derecho ofrece objetivamente certeza cuando correlaciona una solución a un problema normativo. En esos casos existe una respuesta correcta, aunque los individuos (todavía) no la conozcan. En este sentido, 'arbitrariedad' significa indeterminación. Por el contrario, cuando la certeza se refiere a los recursos epistémicos de los agentes, a su horizonte de creencias y conocimientos, la arbitrariedad significa 'desconocimiento'.

Estas diferentes características de la arbitrariedad pueden considerarse como los rasgos *clásicos* asociados a las decisiones arbitrarias y un detallado análisis de cada uno de ellos abarcaría varios volúmenes. Aunque todos estos conceptos están relacionados, se refieren a situaciones distintas y las estrategias para limitar estos defectos pueden ser diferentes. A efectos de simplificar el universo de análisis, usaremos como guía de nuestra discusión, al último aspecto señalado arriba, es decir a la conexión entre decisiones judiciales y su mayor o menor previsibilidad. De este modo, y salvo aclaración en contrario, al señalar que la dogmática contribuye a la racionalidad de las decisiones, nos referiremos de manera directa al modo en que la dogmática contribuye a lograr mayor certeza (previsibilidad) de las decisiones judiciales.

Esta limitación del análisis puede verse como un empobrecimiento del tema de la relación entre dogmática y racionalidad, pero de ninguna manera puede señalarse que apunte a una cuestión ajena a las preocupaciones de los dogmáticos. Así, según Gimbernat:¹³

[La dogmática] 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.

El objetivo de la dogmática es, entonces, asegurar una aplicación racional (previsible) del derecho y la manera en que conseguiría ese objetivo es 'señalando límites y definiendo conceptos' (Gimbernat), suministrando al juez 'criterios para la determinación de qué casos son iguales y cuáles son distintos' (Silva Sánchez), ofreciendo al juez 'reglas más concretas y cercanas al caso específico que se juzga que las establecidas en la ley' (Bacigalupo).¹⁴ Antes de avanzar sobre los problemas y dificultades que enfrentan los dogmáticos en esta tarea de racionalización, es conveniente destacar que ese mismo esfuerzo de control racional es la que dio impulso a legislación.

La exigencia de regular la conducta social mediante leyes generales y abstractas se justificaba, usualmente, en la necesidad de ofrecer *certeza* a los ciudadanos acerca de las consecuencias normativas de sus acciones e *imparcialidad* en la aplicación judicial del derecho. Así, la dogmática y la legislación han marchado juntas en el intento de reducir la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Por esta razón, antes de analizar qué puede aportar la dogmática en términos de certeza y previsibilidad, es necesario revisar brevemente el papel que la legislación puede jugar en la búsqueda de esos valores. Sólo una vez que hayamos recordado cuál es el sentido de regular la conducta mediante normas generales y abstractas expresamente formuladas podremos comprender qué razones conducen a esa técnica al inevitable fracaso que denuncia la dogmática. En otras palabras, sólo una vez que hayamos cumplido con esa tarea podremos ver en qué medida la dogmática puede superar los desafíos que hacen naufragar a la legislación.

Nuestra revisión de los límites de la legislación no pretende ser exhaustiva y dejaremos de lado muchos problemas importantes que derivan de la renuncia explícita o tácita del legislador a ejercer su papel de autoridad. Por ejemplo, en ocasiones el legislador regula la conducta mediante la referencia genérica a principios morales y objetivos sociales que no pueden ser identificados sin el ejercicio de argumentos interpretativos. En esos casos, la jurisprudencia (y la dogmática) no pueden limitarse a imponer la 'voluntad' del legislador porque es parte de esa 'voluntad' que los otros actores sociales se integren en una suerte de dialogo normativo. Nuestro análisis, entonces, no pretende dar cuenta de todas estas situaciones en las que la legislación fracasa como técnica de control. Más bien, nuestro propósito es subrayar un problema conceptual que limita a la regulación mediante normas generales: la inevitable imprecisión de las normas. La moraleja de esta revisión de ideas bien conocidas (y, tal vez por ello, muchas veces pasadas por alto) es que hay un serio desafío no sólo para el legislador sino también para cualquier intento de controlar racionalmente (i.e., de manera previsible) la conducta mediante normas generales y abstractas.

IV. PRECISIÓN Y LEY PENAL

La historia de la legislación y de la dogmática están intrínsecamente ligadas. Muchos elementos, e.g. el impacto de la Ilustración, la consolidación de Estados nacionales, etc., han incidido en el origen y forma de estas vinculaciones. Aquí, sólo nos interesa destacar de manera muy esquemática los datos decisivos para comprender el papel que la ley juega en la búsqueda de control de las decisiones judiciales y, de ese modo, su contribución a la certeza y previsibilidad (i.e., racionalidad). Como señala Eugenio Bulygin,¹⁵

La ciencia del derecho se constituye bajo la influencia de la doctrina de la división de poderes, sobre todo a partir de la codificación, como dogmática jurídica. Las normas generales dictadas por el poder legislativo (las leyes) deben ser aceptadas como dogmas, en el sentido de que todos – y en primer lugar los jueces – tienen la obligación de obedecerlas. Las soluciones para los casos que los jueces deben resolver deben ser inferidas lógicamente a partir de las normas generales y las circunstancias del caso (teoría del silogismo judicial). Esto requiere que el conjunto de normas generales emanadas del poder legislativo sea completo y consistente en el sentido de que contenga una y no más de una solución (distinta) para cada problema que deban resolver los jueces.

En este modelo institucional resulta claro que el legislador pretende no dejar margen alguno para decisiones imprevisibles. La función judicial se agota en el conocimiento de los hechos y en la derivación de soluciones que el legislador ha previsto de manera general. El papel de una decisión judicial ‘particularista’, capaz de integrar en un balance a todas las razones relevantes a los efectos de asegurar el mejor resultado moral, es expresamente dejado de lado. La búsqueda de soluciones justas es desplazada desde la aplicación del derecho al momento de la deliberación legislativa. El papel del juez como garante de soluciones correctas, que tenía mayor sentido en situaciones en las que la enorme diversidad de fuentes normativas impedía identificar con claridad las consecuencias normativas de la conducta, es transformado en un órgano de aplicación neutral. En este sentido, Bulygin añade que, como consecuencia de la positivización del derecho y su articulación en los códigos,¹⁶

...Los jueces ya no tienen que preocuparse por la justicia de su decisión, sino tan solo por su legalidad. El problema de la justicia se trasladó del juez al legislador: la justicia del juez consiste en decidir conforme a la ley, es decir al derecho positivo. Sólo el legislador como creador del derecho positivo, tiene que ocuparse de que las normas generales que dicta sean justas.

La vinculación del juez a la ley, la justificación de las sentencias en el marco de leyes generales y la exigencia de completitud normativa son datos cruciales en el diseño institucional que pretende reducir la arbitrariedad de las

decisiones. Pero, estas ideas son todavía insuficientes para darle pleno sentido al ideal de racionalidad que guía el desarrollo de este diseño institucional. Para que estas exigencias tengan influencia concreta hay que añadir una exigencia adicional: la precisión de las leyes generales.

Una ley imprecisa es la que genera una clase de casos que no poseen una solución determinada y, por ello, hacen inevitable una nueva decisión de la autoridad, que de manera discrecional, añade una nueva solución. En un esquema ideal de división de poderes, las leyes imprecisas constituyen una seria amenaza al diseño institucional. Esta consecuencia ha sido subrayada por Roxin de la siguiente manera:¹⁷

Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad

A la luz de estas ideas es perfectamente comprensible la búsqueda de mecanismos que garanticen precisión, es decir, que regulan la conducta de manera cierta y que permitan una aplicación imparcial y previsible del derecho. En la evolución del derecho como técnica de control social es posible marcar diferentes etapas que determinaron un progresivo incremento de la determinación de las normas jurídicas. Pero, sin dudas, el principal avance en la búsqueda de precisión en las normas que regulan la conducta de un grupo social fue el desarrollo de la legislación, es decir de la expresa formulación de normas por parte de la autoridad. En un conocido párrafo de *El concepto de derecho*, Hart señala:¹⁸

En contraste con la indeterminación de los ejemplos, la comunicación de pautas o criterios generales de conducta mediante formas generales explícitas del lenguaje... parece clara, segura y cierta. Las características que deben considerarse como guías generales de conducta son identificadas aquí mediante palabras; son separadas verbalmente y no quedan mezcladas con otras en un ejemplo concreto.

Y añade que el destinatario de estas reglas formuladas en un determinado lenguaje,¹⁹

...dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que debe hacer en el futuro y cuál la oportunidad de realizarlo. Sólo tiene que reconocer ejemplos de términos verbales claros, que ‘subsumir’ hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística. No se le presenta la alternativa de elegir a su riesgo o pedir nuevas

instrucciones dotadas de autoridad. Tiene una regla que puede aplicar por sí mismo a sí mismo.

La formulación de normas generales requiere un lenguaje con palabras capaces de referirse a clases de situaciones y clases de individuos, es decir, términos de clase o propiedades que pueden predicarse de un conjunto de estado de cosas. Para un enfoque convencionalista del lenguaje, el significado de las palabras de clase se muestra en el uso paradigmático de las expresiones, es decir, en casos típicos en los que los miembros de la comunidad están de acuerdo acerca de la aplicación de la palabra. A diferencia de otros enfoques, en el marco del convencionalismo no tiene sentido sostener que toda la comunidad puede estar equivocada acerca del significado de una palabra, e.g. las palabras ‘ardid’, ‘escalamiento’, ‘apoderamiento’, etc. De igual manera, en casos de desacuerdos persistentes y extendidos en una comunidad lingüística carece de sentido sostener que una persona o grupo está equivocado acerca del significado de una expresión, y es más conveniente tratar a este desacuerdo como un síntoma de que esos individuos o grupos están empleando las palabras con diferentes sentidos. De allí se sigue que, en el marco del convencionalismo, el significado de una expresión depende de acuerdos básicos en una comunidad lingüística acerca del uso de las palabras.

Estos acuerdos básicos aseguran un *mínimo de precisión* ya que el significado de una palabra depende de su aplicación relativamente uniforme a ciertos objetos. Los denominados ‘casos claros’ son precisamente esas situaciones en las que existen amplios acuerdos en la comunidad, y en este sentido, Hart señala:²⁰

Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser ‘automático’, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos.

En la medida en que el derecho se expresa mediante un lenguaje, las normas del legislador delimitaran un conjunto de casos que se pueden resolver claramente. En este sentido, la interpretación no es una exigencia ineludible para aplicar el derecho, aunque ello ciertamente pueda parecer ‘automático’, ‘mecánico’ o ‘formal’. Aunque estos adjetivos tengan, en general, una connotación peyorativa, ellos son imprescindibles para que tenga sentido un sistema de *reglas*. La conexión entre una regla y los casos que ella regula es *interna* o *conceptual* y eso implica que no hay un intermediario (o traductor) entre lo que la regla dice y los casos a los que ella se aplica. En este sentido, las reglas se aplican *automáticamente* o *mecánicamente*, aunque nada de esto

significa que los jueces aplican mecánicamente las reglas a los casos en los que ellas son aplicables.

Una vez que se advierte el modo en que se conectan las normas y el lenguaje con los casos a los que ellas se aplican hay que concluir que la indeterminación del derecho no puede ser un fenómeno radical o global. Pero, aunque las palabras que emplea el legislador tengan un núcleo de significado (y por eso es que el legislador las usa!) que se muestra en los acuerdos básicos de clasificación, ello todavía es compatible con un amplio margen de indeterminación. Como una cuestión de hecho, las reglas y acuerdos convencionales que dan significado a nuestras palabras nunca son tan articulados y completos que nos permiten clasificar, por anticipado y con absoluta certeza, a todos los casos que podemos enfrentar. El lenguaje posee una irremediable textura abierta, que impide – incluso al más competente y dedicado de los legisladores – una regulación exacta de todos los casos del futuro mediante normas generales y abstractas. Por ello, sería un error, y no sólo una ingenuidad, exagerar la claridad y certeza que ofrece la legislación. Después de todo, es un lugar común señalar los límites del lenguaje y su correlativo impacto en la indeterminación del derecho. En la actualidad, nadie cuestiona que las normas formuladas no pueden ser absolutamente precisas y que, por ello, un cierto margen de indeterminación es inerradicable. En este sentido, Luigi Ferrajoli, afirma que existe ‘siempre un margen insuprimible de incertidumbre y, por tanto, de discrecionalidad en la interpretación de la ley’.²¹

La conexión entre normas generales y casos particulares siempre se encuentra, en mayor o menor medida, interrumpida por la imprecisión del significado de las palabras de la ley. Este fenómeno constituye un punto de partida para buscar un ‘complemento de significado’ más allá de lo que dijo el legislador, algún criterio que nos permita mayor claridad en la comparación y clasificación de los casos que los jueces tienen que resolver de manera justificada. Estas limitaciones de la ley han sido, por decirlo de algún modo, el campamento base para señalar que la dogmática cumple una imprescindible función de interpretación y que su mayor desarrollo permite una aplicación de derecho más racional (previsible).

V. LEGITIMIDAD DE LA DOGMÁTICA

Según hemos señalado, las decisiones judiciales serán previsibles sólo en la medida en que ellas se encuentren *consistentemente limitadas* por normas generales *precisas*, que los jueces aceptan como justificación de sus decisiones. El margen de discrecionalidad con que cuentan los jueces es inversamente proporcional al que imponen esos límites normativos. Es decir, la discreción es la otra cara de los límites del derecho. En un sistema de absoluta discreción, los límites son inexistentes y, por esa razón, las decisiones se tornan imprevisibles. Para eliminar la arbitrariedad, entonces, hacen falta normas precisas que determinen los límites de las decisiones. De otro modo, no podría conocerse de antemano el contenido de las sentencias de los jueces y ello impediría a los individuos un diseño racional de sus plantas de vida.

Las decisiones arbitrarias afectan directamente a los agentes en su capacidad de diseñar y desarrollar planes de vida ya que suponen una intervención irregular del Estado en los bienes básicos de los individuos (vida, propiedad, libertad, etc.). Esta capacidad para diseñar y desarrollar planes de vida es uno de los rasgos característicos de la autonomía de los individuos y, por consiguiente, de su valor moral. A los individuos que no les reconocemos esa capacidad de llevar adelante planes de vida (e.g. niños de corta edad, incapaces, etc.) los sometemos a políticas paternalistas que serían injustificadas en otras circunstancias. La clave es que estos individuos no *cuentan* del mismo modo que nosotros al momento de decidir sobre sus vidas o responder por los daños que sus conductas ocasionan. En otras palabras, su incapacidad para representarse los presupuestos y consecuencias de sus acciones impide que sus decisiones sean tenidas en cuenta del mismo modo que las que tomamos nosotros. Pero, el reconocimiento de estas características especiales de ciertos individuos y de la necesidad de adoptar medidas especiales de protección no tiene que ocultar que, en general, la autonomía de los individuos se muestra en su capacidad de diseñar planes de vida. Por ello, un aspecto sustantivo del Estado de Derecho es que ofrece un marco institucional que reconoce a los individuos la posibilidad de su autonomía y reconoce de esta manera su intrínseco valor moral.

En el ideal clásico de Estado de Derecho y en su expresión jurídica penal específica en el principio de legalidad, las limitaciones sólo deberían provenir de la ley penal formulada por el parlamento. En este sentido, es frecuente subrayar que 'la ley es la única fuente del derecho penal'. Sin embargo, las normas generales que limitan y justifican las sentencias no son únicamente las que formula el legislador sino que, con frecuencia, los jueces recurren a normas que provienen de otras fuentes sociales. En particular, los jueces usan normas que formulan los dogmáticos (i.e., normas dogmáticas) en su tarea de interpretar y sistematizar el ordenamiento jurídico. Después de todo, la dogmática contemporánea señala expresamente que su tarea no se limita a dar cuenta de lo que dispone el derecho positivo sino que añade nuevas soluciones y criterios y, además, que su propósito no es construir un juego sin consecuencias sociales, sino que por el contrario, posee una vocación práctica, un propósito de guiar a los jueces en la fundamentación de sus decisiones.

Las propuestas de la dogmática no pretenden ofrecer un consejo que los jueces pueden dejar de lado cuando consideren conveniente. Más bien, sus propuestas pretenden reflejar la manera correcta de decidir, y ello sugiere que quien adhiere a una determinada propuesta dogmática no es libre de escoger otra fundamentación. En ello radica la normatividad de la dogmática; en su pretensión de mostrar soluciones correctas a la luz de un determinado desarrollo conceptual. Por supuesto, estas soluciones correctas pretenden influir en las decisiones del legislador, presionando para modificar la legislación y señalando el rumbo de la evolución legislativa. La normatividad de la dogmática, en este caso, consiste en mostrar qué normas penales debemos aceptar en nuestros

ordenamientos para aplicar un castigo de manera justificada. Pero esta tarea crítica, de indudable valor para el desarrollo del derecho, no agota la pretensión normativa de la dogmática. Más bien, su vocación práctica se proyecta hacia el modo en que los jueces *deben* decidir los casos, reformulando los deberes formulados por el legislador y proponiendo criterios que permitan aplicar la ley de manera más segura e imparcial.

No discutiremos aquí el título o legitimidad de la dogmática para añadir esas soluciones. Podría ocurrir que fuese más racional determinar las consecuencias de nuestras conductas sobre la base de las propuestas y decisiones de agentes u organismos que carecen de legitimidad. Aunque ello pueda representar una amenaza a nuestras convicciones sobre la representación política y la legitimidad de las autoridades todavía podría ocurrir que, como una cuestión empírica, fuese más predecible, más seguro, calcular las consecuencias de nuestras acciones a la luz de lo que dispone la dogmática en lugar de lo que decide el legislador.

Ese (la legitimidad) es un problema mayor, pero tal vez no sea el mayor de los problemas que representa la dogmática. Si nuestra conjetura acerca de la amenaza de la dogmática para el valor de la ley es plausible, entonces no se trata únicamente de la falta de legitimación para imponer nuevas soluciones sino de las consecuencias que estas soluciones tienen en el diseño institucional del Estado de Derecho, su potencial incompatibilidad para realizar otros valores y, en consecuencia, la frustración de ese ideal. Por ello, sin pretender ocultar el problema de la legitimidad, ahora sólo interesa analizar el modo en que la dogmática puede incidir en el control de las decisiones judiciales. Para decirlo en otros términos, nos interesa indagar las condiciones que hacen posible que la dogmática limite las decisiones judiciales (y de esa manera las torne más previsibles) con mayor precisión que la ley. En pocas palabras: ¿por qué debemos aceptar que un mayor desarrollo de la dogmática hará más previsibles las decisiones de los tribunales?

VI. ARBITRARIEDAD Y HOMOGENEIDAD DE LA DOGMÁTICA

Una respuesta clásica a la pregunta sobre la relevancia del desarrollo de la dogmática es la que ofrece Gimbernat en un trabajo citado infinidad de veces en la discusión contemporánea:²²

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.

Esta frase de Gimbernat parece una ambiciosa generalización empírica, pero es dudoso que sus argumentos sean suficientes para respaldar su conclusión. En general, su principal idea parece ser que un mayor desarrollo de la dogmática es imprescindible para determinar con mayor seguridad qué *deben* hacer jueces y ciudadanos. Pero, hay diversas razones para revisar esa tesis. Dejaremos de lado la cuestión de la identificación de los actores sociales que promueven el desarrollo de la dogmática. En este sentido, no analizaremos si la dogmática es una práctica desarrollada en el marco de una comunidad académica, que obtiene sus rasgos distintivos de su prestigio como disciplina científica, o, por el contrario, si la dogmática es un sistema conceptual que puede desarrollarse fuera de los ámbitos científicos, e.g. en el marco de la labor jurisprudencial y, por consiguiente, si la tarea de racionalización de las normas legisladas no podría ser encarada por otros actores sociales (e.g. jueces) más aptos para resolver problemas sociales.²³ Sin mayor discusión, asumiremos que la dogmática es aquello que hacen los *dogmáticos* en su estudio sistemático del derecho penal, aun cuando estas categorías puedan ser revisadas a la luz de lo que deciden los jueces de una determinada comunidad.

Nuestro objetivo es analizar en qué medida un mayor desarrollo de la ciencia jurídica penal puede contribuir a un desarrollo racional del derecho (i.e. a su aplicación previsible). En especial, nos interesa concentrarnos en dos cuestiones que intervienen de manera decisiva en el papel que juega la dogmática en la previsibilidad de las decisiones judiciales: a) la homogeneidad de la dogmática, y b) la vigencia de la dogmática.

a) La homogeneidad de la dogmática.

La posibilidad de calcular o determinar las consecuencias normativas de una conducta depende, en gran medida, de que exista una única solución para esa acción. Por el contrario, si el sistema normativo fuese incompleto o incoherente, no podríamos determinar qué consecuencias normativas concluyentes se siguen de ese comportamiento. La completitud y consistencia de los sistemas normativos es una cuestión empírica y depende de la pericia de quienes formulan las normas. Es un rasgo distintivo del ideal de un buen sistema jurídico que pueda exhibir una solución coherente para todos los casos que pretende regular. Los legisladores pueden acercarse en mayor o menor medida a ese ideal, pero esas propiedades son los criterios - entre otros criterios - que nos permiten evaluar la calidad de un determinado conjunto normativo.

Ahora bien, ¿qué podemos decir acerca de la consistencia de las propuestas dogmáticas? ¿Es parte de una concepción ideal de la dogmática que exista un acuerdo en las soluciones que se deben adoptar o, por el contrario, es un rasgo deseable la vitalidad de sus desacuerdos y la permanente revisión de los fundamentos de sus propuestas? No es sencillo responder a este interrogante, pero ello no debe ocultar el fenómeno subyacente: la multiplicidad de propuestas dogmáticas que los jueces pueden invocar como fundamento de sus soluciones.

Como es fácil comprobar, los desacuerdos en dogmática son una regla antes que una excepción. Los debates acerca de la mejor organización del aparato conceptual son interminables y no siempre se obtiene un genuino provecho de esas controversias. Incluso frente a hechos simples se multiplican las soluciones. Por ejemplo, un individuo arroja un cuchillo a su enemigo, que advierte el peligro y se aparta. Sin embargo, el cuchillo impacta mortalmente en el hijo del enemigo: ¿Homicidio imprudente o, por el contrario, homicidio con dolo eventual? Un enfermo mental nos amenaza con una grave lesión a nuestra salud: ¿corresponde invocar la legítima defensa para repeler esa agresión? Un individuo dispara, con intención de matar, a su enemigo, pero ignora que él acaba de morir por otras causas: ¿tentativa de homicidio o delito imposible? Estos ejemplos son escogidos al azar y la lista podría ampliarse hasta el infinito. En todos estos casos, las soluciones que ofrece la dogmática se fragmentan y multiplican sin que sea posible encontrar fácilmente un criterio que permita identificar las soluciones correctas.

Una razón que explica ese debate interminable es que la dogmática es una disciplina eminentemente académica. Más allá de su 'vocación práctica', su espacio natural es la comunidad científica. Ese medio ambiente es el que impone presión por ofrecer soluciones originales y marca la constante revisión de los avances que se logran en cualquier tema. Los artículos científicos, las tesis doctorales, las ponencias en los congresos, etc., no pueden limitarse a reiterar lo que ya se conoce sino que su valor radica, al menos en parte, en ofrecer una nueva perspectiva. Así, la dogmática muestra una permanente expansión de sus doctrinas y ello también tiene incidencia en el modo en que sus propuestas son recibidas por los tribunales. El panorama usual es la controversia acerca de prácticamente cualquier tema central como, por ejemplo, autoría, participación, tentativa, desistimiento, error, dolo, causas de justificación, etc., en donde se amontonan propuestas conceptuales, y se dejan de lado teorías y doctrinas sin que estemos seguros de haber comprendido claramente sus méritos y defectos. El efecto de esta fragmentación es que los jueces pueden encontrar en el rico desarrollo dogmático una justificación a, prácticamente, cualquier solución que pretendan imponer. Como señala Minor Salas,²⁴

Puesto que las opiniones que se esgrimen en la doctrina no pertenecen a las fuentes vinculantes del derecho, hay que reconocer, abiertamente y sin mucho enmascaramiento, que el empleo de esas opiniones, así como la apelación a ciertos modelos o teorías de la dogmática, opera de manera altamente selectiva e incluso oportunista... en este sentido, el uso ad hoc de las construcciones de la doctrina tiene un carácter de legitimación posterior al fallo. Se trata de otorgar a las resoluciones de los jueces un aspecto de 'cientificidad' y valor epistemológico que de lo contrario, se supone, no tendrían.

Esta fragmentación de soluciones no es un rasgo contingente en el desarrollo dogmático y es tanto causa como síntoma de nuestros desacuerdos valorativos y diversidad de

preferencias conceptuales. Sin embargo, aunque la heterogeneidad de las propuestas dogmáticas pueda ser un factor negativo en la búsqueda de mayor certeza, ello no es un dato decisivo sobre su valor. Tal vez, la heterogeneidad de la dogmática sea una muestra de vitalidad, que impone una permanente revisión racional de nuestros esquemas conceptuales. En la medida en que esos esquemas intervengan en la justificación de la práctica del castigo, ellos se conectan con opciones valorativas de enorme trascendencia. En este sentido, la diversidad dogmática sería similar a la diversidad moral, es decir, un dato más a tener en cuenta en nuestros análisis y no necesariamente un defecto de la práctica.

Esta diversidad de enfoques no significa que los jueces puedan escoger libremente cualquier desarrollo dogmático para la justificación de sus decisiones. Más bien, sería incomprensible que un juez decida una serie de casos similares utilizando argumentos incompatibles de teorías dogmáticas opuestas. Por el contrario, el juez normalmente presupone que es legítimo invocar una determinada construcción dogmática porque ella ofrece una solución *correcta* a un determinado problema. En este sentido, el desarrollo de la dogmática podría tener un valor *local*, ya que conociendo qué teoría usa un juez para resolver una clase de casos podemos predecir – al menos hasta cierto grado – el modo en que resolverá en el futuro casos similares.

A continuación dejaremos de lado este problema de la homogeneidad. No quedará de lado, sin embargo, porque carezca de importancia, sino más bien porque no es lo único importante que se puede decir de la dogmática.

b) La vigencia de la dogmática

Aunque la dogmática enunciase doctrinas homogéneas y de manera consistente identificase aquellas las normas que los jueces deben aplicar, para que sea verdad que existe una conexión entre dogmática, racionalidad y previsibilidad de las decisiones hay que añadir una hipótesis adicional de carácter empírico: los jueces, en general, *como una cuestión de hecho* deciden como deben decidir. Sin presuponer que las normas dogmáticas efectivamente influyen en las decisiones judiciales,²⁵ de nada serviría a los individuos conocer con certeza las normas que propone la dogmática. Si esas soluciones que los jueces deben aplicar fuesen sistemáticamente ignoradas, no habría mayores razones para sostener que un mayor desarrollo de la dogmática torna más predecible las decisiones judiciales. En otras palabras, si no se presupone la *vigencia* de las normas no se puede establecer una conexión entre el conocimiento de las normas – legisladas por la autoridad o propuestas por la dogmática – y la previsibilidad de la aplicación de normas.²⁶

La vigencia de una norma es una propiedad disposicional en el sentido de que sólo se manifiesta en determinadas circunstancias. Este tipo de propiedades son cualidades que poseen ciertos objetos, aun cuando no se puedan verificar con independencia de determinadas condiciones de aplicación. Por ejemplo, quien afirma que un vidrio es frágil manifiesta que un determinado objeto *ya* posee una cierta propiedad, aunque su inspección directa no puede corroborar o refutar esa

afirmación. Sólo bajo ciertas condiciones (e.g. un golpe seco a ese cristal) es posible determinar la presencia o ausencia de esa característica. Al igual que la fragilidad de un vidrio o la solubilidad de la azúcar, la vigencia es una cualidad que las normas poseen (o no poseen) y que se manifiesta cuando los jueces la aplican o la ignoran en casos en los que ella regula. Supongamos que una norma N se aplica a una determinada clase de casos (e.g. las lesiones) y que hay buenas razones para afirmar que si alguien lesiona a otro, los jueces de cierta comunidad aplicarán N como fundamento de su decisión. En esos casos podemos afirmar que N está vigente en esa comunidad.

La vigencia de una norma se manifiesta en su aplicación por parte de jueces y funcionarios. Una norma que no tiene vigencia – ya sea que la haya formulado el legislador o la dogmática – carece de utilidad para determinar bajo qué condiciones intervendrá el Estado en los bienes básicos de los individuos. Por ello, si la dogmática pretende contribuir a la racionalidad de las decisiones (i.e. reduciendo la discreción, la inconsistencia y la imprevisibilidad), es preciso que sus normas adquieran vigencia. Sólo bajo este presupuesto empírico se puede concluir que el desarrollo de la dogmática contribuye a reducir la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Con frecuencia, se señala que la aplicación racional de la ley penal sólo es posible cuando se cuenta con un aparato dogmático. Así, los jueces sólo podrían conocer y aplicar el contenido de las normas en la medida en que se ha desarrollado previamente una tarea dogmática. Las leyes que formula el legislador, con independencia de su aptitud y dedicación, serían siempre un material imperfecto, insuficiente y, para suplir esas deficiencias es necesario su permanente revisión y ajuste. En palabras de Bacigalupo, ‘el solo conocimiento del texto de la ley es insuficiente para resolver un caso. Es preciso tener, además, un cierto dominio del aparato teórico de la teoría del delito’.²⁷

En el próximo capítulo analizaremos si la tarea de la dogmática puede superar las indeterminaciones de la ley y qué precio tenemos que pagar por esta ventaja social. Tal vez, la vigencia de las normas dogmáticas influya negativamente en la vigencia de las leyes que formula el legislador. En otras palabras, quizás pudiese ocurrir que una mayor vigencia de las leyes formuladas por el legislador tornase inútil un mayor desarrollo de la dogmática, al menos en lo relativo a posibilidad de prever las decisiones judiciales.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA:

¹ Bacigalupo, Enrique, *La técnica de resolución de casos penales*, 2ª edición, p. 29 (Madrid: Colex, 1995)

² Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 35 4a edición, (Granada: Comares, 1993)

³ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 24

⁴ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 25-26

⁵ Hassemer, Winfried, ‘Derecho penal y filosofía del derecho’ en *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 29 (Valencia: Tirant lo blanch, 1999)

⁶ Carrió, Genaro R., ‘Un intento de superación de la controversia entre positivistas y jusnaturalistas’ en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ta edición, p. 395 (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994)

- ⁷ Bulygin, Eugenio, 'Sentencia judicial y creación de derecho' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, pp. 355-369 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)
- ⁸ Bacigalupo, Enrique, *La técnica de resolución de casos penales*, op. cit., p. 37
- ⁹ Bacigalupo, Enrique, *La técnica de resolución de casos penales*, op. cit., pp. 73-74.
- ¹⁰ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 239 (Buenos Aires: Astrea, 1974)
- ¹¹ Véase, Endicott, Timothy, *Vagueness in Law*, pp. 186 y ss (Oxford: Oxford University Press, 2000)
- ¹² Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op.cit., p. 200.
- ¹³ Gimbernat, Enrique, '¿Tiene un futuro la dogmática penal?' en *Estudios de derecho penal*, p. 158 (Madrid: Tecnos, 1990).
- ¹⁴ Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, op. cit., p. 26
- ¹⁵ Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*, p. 64 (México: Fontamara, 2006)
- ¹⁶ Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*, op. cit., p. 70
- ¹⁷ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General I*, p. 169 (Madrid: Civitas, 1997). Una idea similar se encuentra en Rawls, John, *A Theory of Justice*, edición revisada, p. 210 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999)
- ¹⁸ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 156-7
- ¹⁹ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 157
- ²⁰ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 158. Véase, también, Hart, H.L.A. 'Problems of the Philosophy of Law' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 106 (Oxford: Oxford University Press, 1983)
- ²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, op. cit., p. 122
- ²² Gimbernat, Enrique, '¿Tiene un futuro la dogmática penal?', op. cit., p. 158.
- ²³ Para una defensa del papel de la jurisprudencia en la racionalización del material legislativo, véase, Ferreres, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, (Madrid: Civitas, 2002)
- ²⁴ Salas, Minor E. 'La dogmática jurídico penal' en Courtis, Ch (ed), *Observar la ley*, op. cit., pp. 263-264
- ²⁵ Al respecto, véase: Caracciolo, Ricardo, 'Razones objetivas y razones subjetivas' en *Doxa* 4 (1987)
- ²⁶ La vigencia de las normas es una cualidad del derecho positivo destacada insistentemente por el célebre filósofo Danés Alf Ross. Véase, Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Eudeba, 1963). Para un análisis crítico, véase, Bulygin, Eugenio, 'El concepto de vigencia en Alf Ross' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, p. 347 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)
- ²⁷ Bacigalupo, Enrique, *La técnica de resolución de casos penales*, op. cit., p. 29

CAPÍTULO III: NORMAS DOGMÁTICAS Y RAZONES SUBYACENTE

I. RACIONALIDAD Y NIVELES DE DOGMÁTICA

Una parte fundamental de la tarea dogmática es señalar las carencias de la legislación y sobre este trasfondo se insiste en la necesidad de desarrollar categorías dogmáticas que superen esas indeterminaciones de la legislación penal. Pero, ¿por qué las propuestas dogmáticas pueden tener éxito mientras que la ley penal parece inevitablemente condenada al fracaso? En especial, si los problemas de la legislación surgen principalmente por las deficiencias del lenguaje, ¿qué recursos tiene la dogmática para evitar esos defectos y ofrecer mejores soluciones que la ley penal? ¿Cómo es posible que el desarrollo dogmático pueda contribuir a las decisiones racionales de los jueces y, por el contrario, las leyes que formula la autoridad estén inevitablemente condenadas al fracaso de la indeterminación?

Antes de abordar estas preguntas hay que distinguir entre un nivel abstracto y un nivel específico de propuestas dogmáticas. Un nivel abstracto al que, en ocasiones se suele denominar ‘alta dogmática’ para señalar justamente que sus elaboraciones no dependen de ningún derecho positivo en particular sino que su valor es independiente de su recepción por parte del legislador. En este nivel de alta dogmática ocupa un lugar principal los diversos estudios de la teoría del delito y, como se ha mencionado, el valor de verdad de las afirmaciones no depende de la existencia de ninguna norma del derecho penal. Este nivel se puede distinguir de un plano más específico en el que se pretende analizar y sistematizar las disposiciones de un determinado conjunto de normas vigentes en una comunidad. En este plano más específico, la verdad de las afirmaciones del dogmático está anclada a la interpretación de un determinado material. No pretendemos sostener que existe una línea que divida de manera rigurosa ambos planos sino descartar algunas confusiones que podrían surgir cuando se pasan por alto estas diferencias centrales en las condiciones de verdad de las afirmaciones de los juristas.

En general, los dogmáticos asumen que ‘la teoría del delito es un instrumento conceptual mediante el cual es posible lograr una aplicación racional de la ley penal’¹ pero no abundan los estudios que respalden esta afirmación y muchas veces se asume su verdad sin esfuerzo alguno en invocar razones que respalden esa tesis. Si la conexión entre dogmática y decisiones racionales implica que las decisiones judiciales serán más predecibles, es difícil que esta conexión pueda verificarse en el nivel de la ‘alta dogmática’. Las discusiones más abstractas en las que se involucra la dogmática son normativamente irrelevantes para la justificación de las decisiones. Es decir, con independencia de otros méritos que pudiesen tener, esos debates no ayudan a predecir el modo en que los jueces deciden y justifican sus

sentencias. Por ejemplo, no parece haber una enorme diferencia en la cantidad y calidad de las decisiones judiciales por el hecho de adherir al causalismo o al finalismo. Por supuesto, no se trata de que no existan importantes diferencias sustantivas y valorativas, sino que ellas, en general, no son tan decisivas como para forzarnos a comprometer o imponer a los jueces una teoría del delito en particular. Así, en opinión de Bacigalupo,²

En la actualidad las teorías del delito tienden al modelo finalista (en la opinión dominante) aunque las diferencias de fundamentación del sistema sean a veces muy diversas de las que dieron origen a la teoría finalista. Es probable que gran parte de las consecuencias prácticas de la teoría finalista hubieran podido alcanzarse con modificaciones y ajustes marginales de la teoría causal. Tal vez la propia reformulación del sistema de la teoría finalista sea precisamente eso. Por ese motivo, la discusión en torno a la oposición entre ambas teorías ha perdido gran parte de su significado.

Por supuesto, esta irrelevancia de las grandes concepciones dogmáticas en la teoría del delito para predecir el modo en que los jueces decidirán los casos penales no abre juicio sobre dos temas diferentes: (i) la necesidad de usar una (cualquier) teoría del delito para resolver de manera racional una causa penal, y (ii) la posibilidad de que otras grandes concepciones de la dogmática penal tengan relevancia en determinadas comunidades. Estas cuestiones tienen que investigarse de manera más cuidadosa y es un tanto sorprendente la escasa información empírica que aportan quienes defienden la conexión entre dogmática y racionalidad al momento de respaldar sus amplias generalizaciones sobre la influencia de ese aparato conceptual en las decisiones judiciales de comunidades con enormes diferencias sociales, jurídicas y culturales.

Tal vez es más intuitivo restringir la conexión entre desarrollo dogmático y racionalidad (i.e. previsibilidad de las decisiones) a un plano más específico, relativamente alejado de las grandes elaboraciones de la teoría del delito y más centrado en la información normativa de un sistema jurídico en particular. En este nivel, la relevancia de la dogmática deriva de sus capacidades de suministrar normas más precisas y adecuadas que las que los jueces encuentran en la ley penal. Si las dificultades para aplicar la ley penal surgen de las limitaciones del lenguaje que emplea el legislador para comunicarse con sus ciudadanos, la dogmática sería capaz de superar esas deficiencias sólo si su lenguaje es más preciso que el del legislador. En principio, la dogmática podría cumplir ese papel porque no tiene la obligación de comunicar

a los ciudadanos sus normas y recomendaciones. Así, sus formulaciones pueden ofrecer mayor precisión, aunque su sentido sólo puede ser establecido por una comunidad de expertos.

Sin embargo, aunque las normas dogmáticas se expresen en un vocabulario técnico, más preciso y específico que el del legislador, ellas seguirán padeciendo las deficiencias básicas del lenguaje ordinario. Esta dependencia del lenguaje ordinario es relevante porque, con frecuencia, la necesidad del desarrollo dogmático se apoya en argumentos que destacan el abismo conceptual entre palabras de la ley y las acciones que ellas determinan. En esas ocasiones, se insiste en que la interpretación es inevitable, ya que el lenguaje deja abierto siempre un espacio conceptual entre palabras y acciones. Pero, las consecuencias de ese argumento también socavan las pretensiones de la dogmática: si hay un abismo inevitable entre palabras y acciones, también aparecerá esa distancia inevitable en las normas que propone la dogmática. Después de todo, si la dogmática usa un lenguaje común y compartido en una comunidad, sus propuestas recogerán los límites e imprecisiones de ese lenguaje. Y, a su vez, si las formulaciones de la dogmática en el lenguaje común pudiesen evitar las imprecisiones, entonces habría que admitir que los legisladores también podrían hacerlo. Por supuesto, como una cuestión de hecho, es factible que los legisladores no tengan interés en lograr una mayor claridad y precisión, pero ese sería un problema empírico.

La respuesta a ese problema es mejorar la calidad de la legislación en lugar de programar su sustitución por las propuestas dogmáticas. En la medida en que el lenguaje técnico es sólo una especificación del lenguaje común, las indeterminaciones que padecen el texto legal también aparecerán en las normas dogmáticas. No se trata de mayor o menor desarrollo dogmático, sino que se trata de la naturaleza del lenguaje. En definitiva, el significado de nuestras palabras depende del uso que hacemos de ellas y la dogmática puede contribuir a ese contexto social de uso, pero nada impide que el legislador también se aproveche de ese significado socialmente modelado y que utilice las expresiones que aparecen en las normas justamente porque ya tienen un significado establecido.

II. LA TENSIÓN ENTRE NORMAS LEGISLADAS Y NORMAS DOGMÁTICAS

Según hemos subrayado, en un Estado de Derecho, las autoridades tienen que comunicar claramente a los individuos qué conductas serán correlacionadas con una sanción penal. Para que sea posible esa comunicación, las autoridades y los destinatarios tienen que compartir un determinado lenguaje, ya que de otro modo no sería posible obedecer esas directivas. La formulación de normas generales sería inútil si el legislador utilizase un lenguaje privado o desconocido para los miembros de su comunidad. Para que los destinatarios puedan motivarse mediante las normas jurídicas, las autoridades tienen que redactarlas en un lenguaje compartido por los miembros de la comunidad, i.e., el lenguaje ordinario.³

Sólo cuando los individuos comprenden lo que exige el derecho es posible para ellos actuar conforme a la ley o ser responsables por su desobediencia. Esta idea es la que modela a las diferentes versiones del principio de culpabilidad penal. Así según Jackobs,⁴

...sólo puede cumplir una determinada orden quien tiene la voluntad de acatar tales órdenes, es capaz de reconocer que esa orden se dirige a él y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir la orden.

Por esa razón, el lenguaje ordinario es la base común y natural para la formulación de las normas penales – y, también, de otras normas del ordenamiento jurídico. Como hemos señalado anteriormente, las palabras de los lenguajes naturales reciben su significado de convenciones sociales, que poseen siempre una limitada especificidad. Ello implica que es inevitable un cierto margen de indeterminación y que, en algunos casos, no podemos determinar de antemano si la regla o convención que rige el uso del concepto exige o descarta su aplicación. Dadas estas indeterminaciones sintácticas y semánticas (e.g. conceptos vagos, términos ambiguos, conceptos valorativos, etc.) se torna imposible una regulación completa y precisa de todas las circunstancias en las que el Estado puede aplicar una sanción penal.

Estas características de las normas legisladas, i.e. su relativa indeterminación, muestra la limitación no sólo de la precisión de las leyes sino también de las exigencias que impone el Estado de Derecho. En particular, (i) la exigencia de formular las normas en un lenguaje ordinario, compartido entre autoridades y destinatarios, (ii) la exigencia de normas claras y precisas, y (iii) la exigencia de comunicar las normas a los destinatarios son conjuntamente incompatibles. En tanto que el legislador comunique sus normas en un vocabulario común – i.e. el lenguaje ordinario –, ellas tendrán un déficit de precisión y, por el contrario, cuánto más precisas sean las leyes, ellas tendrán que elaborarse en un lenguaje diferente al lenguaje usual compartido y serán más difíciles de comunicar a sus destinatarios. Esta tensión es de naturaleza conceptual y no depende de la mayor o menor pericia de nuestros legisladores. A la luz de las relaciones entre derecho y lenguaje que hemos expuesto brevemente, no hay escapatoria para este dilema que permita preservar la certeza y claridad de las normas en la misma medida que la comunicación a los destinatarios. Hay diferentes estrategias para mitigar el impacto de ese dilema como, por ejemplo, desarrollar reglas interpretativas que permitan precisar y controlar la aplicación de las normas. Pero, en la medida en que estas reglas interpretativas también se formulan en un determinado lenguaje, ellas no pueden garantizarnos una solución clara para cualquier controversia.

En este punto se advierte el atractivo de la tarea dogmática. Su contribución permite una exposición sistemática de los defectos de la ley así como también una elaboración de diferentes soluciones a esas deficiencias. Por esa razón, la dogmática reclama que su desempeño no es sólo conveniente sino también necesario ya que, en la búsqueda de claridad y

certeza para una justificación de las soluciones, la ley y los recursos interpretativos tradicionales serían insuficientes. El modo de superar las deficiencias de la legislación sería mediante el auxilio que proporciona la ciencia jurídico penal a los funcionarios y ciudadanos.

Sin embargo, esa intervención de la dogmática supone un problema para el ideal de Estado de Derecho ya que la reelaboración del material legislativo resulta en la formulación de normas *parecidas* a las que propone el legislador. Dado que el Estado de Derecho no permite a castigar a sus ciudadanos por la infracción de normas análogas a las que formula el legislador, entonces no es fácil comprender qué otorga legitimidad a la aplicación de sanciones por la infracción a normas que se *parecen* a las que formula el legislador.

III. DOGMÁTICA, ANALOGÍA Y REGLAS SEMÁNTICAS

Una de las maneras en que la dogmática cumple su propósito de intermediario necesario es mediante la formulación de una serie de pautas, normas y definiciones que proporcionan los dogmáticos para que los jueces puedan aplicar de manera racional e imparcial al derecho. Por ejemplo, recordemos que según Silva Sánchez, la verdadera función de la dogmática es ‘suministrar al juez criterios para la determinación de qué casos son iguales y cuáles son distintos, y para la adopción del tratamiento adecuado para cada uno de ellos’.⁵ En gran medida, esta tarea de establecer semejanzas y analogías es cumplida a través de la enunciación y aplicación de reglas semánticas que reconstruyen los significados de las expresiones del legislador. La tarea del dogmático se dirige a determinar cuándo un cierto evento cuenta (puede ser clasificado) de una cierta manera penalmente relevante, i.e. cuando una cierta X cuenta también como Z.

Para ilustrar esta idea podemos analizar el modo en que opera una definición *legislativa*, e.g. la definición de ‘violencia’ del Código Penal Argentino, según la cual se comprende también al uso de medios hipnóticos y narcóticos. Esta definición *amplia* el significado que esa palabra tiene en el lenguaje ordinario y, de esa manera, eventos diferentes como, por ejemplo, el uso de la fuerza física y la hipnosis son agrupados en una clase común. Mediante las definiciones legales, el legislador señala que se aparta del uso común de las palabras e indica el sentido que le atribuye a un determinado término. En general, la dogmática también opera de una manera similar. Por ello, para Gimbernat, gran parte de la tarea del dogmático era ofrecer a los jueces respuestas claras y precisas a preguntas como las siguientes:⁶

¿Qué quiere decir el ‘voluntarias’ del artículo 1 del Código Penal? ¿Ha de ser interpretado como dolosas o como voluntad en un sentido neutro, o como culpabilidad, o como voluntad referida – opuesta – a la norma? ¿Ha realizado - y por ello debe ser castigado por tentativa de robo – o no – y por ello debe ser absuelto – un acto ejecutivo el sujeto que, dirigiéndose a robar es sorprendido en el momento de apoyar la escalera en la tapia para

penetrar por la ventana? ¿Cuándo empieza y cuándo termina la noche, esto es: qué oscuridad es precisa para que entre en juego la agravante de nocturnidad? ¿Coopera al delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado el partícipe que proporciona la cicuta al asesino? ¿Qué sucede con el que cree que es preciso romper una puerta para apagar el incendio, resultando después que no había ningún incendio en la habitación, en que entró violentamente, sino que sólo se estaba asando un cordero? ¿Podrá eximirse de los daños apelando al estado de necesidad? ¿Es asesinato por medio de incendio el que mata a otro rociándole de gasolina y prendiéndole fuego? ¿Es hurto o estafa tomar una bolsa de azúcar de un supermercado y pasar por delante del control ocultando la mercancía? ¿En qué se diferencia el hurto de la apropiación indebida? ¿Comete estafa el charlatán que asegura de unas gafas de sol, para incrementar sus ventas, que cuestan en la tienda cien pesetas – lo que es mentira -, pero vendiéndolas a su precio real de diez pesetas? ¿Es una fotografía un documento, siendo falsedad, por ello, la suplantación de una fotografía por otra en un instrumento de identificación? ¿Es robo con fractura romper una puerta, no para entrar en el recinto donde está la cosa, sino para salir de él después de haberse apoderado de ella? ¿Comienza la prescripción en el abandono de familia cuando el padre huye a Sudamérica o no se ha consumado el delito mientras no haya cesado el alejamiento del hogar? Y en las detenciones ilegales: ¿cuándo comienza a contar el plazo: cuando se encierra al sujeto o cuando se le pone en libertad?

Conforme a esta reconstrucción, los desarrollos dogmáticos con frecuencia se traducen en especificaciones interpretativas del lenguaje que el legislador ha escogido en su formulación de la ley penal. Al menos, todas las preguntas que menciona Gimbernat parecen reducirse a especificaciones acerca de cuándo ‘algo’, e.g. una fotografía, *cuenta como* otra cosa, e.g. un documento, y el modo tradicional de responder a ese interrogante es *definiendo* los respectivos conceptos.

Con independencia de las razones y valores que guían a los dogmáticos en su tarea de definir, el resultado de sus actividades es ofrecer una definición, es decir, una regla semántica que indique de manera específica el modo en que hay que entender las palabras de la ley. Estas reglas son las que sirven como criterios de semejanzas y diferencias y dan a los jueces las herramientas que permiten tratar de igual manera a casos semejantes. Por supuesto, es necesario subrayar que las semejanzas son constituidas por esas reglas, al menos en el sentido de que si ellas no existieran como criterio de comparación y clasificación no tendríamos fundamentos para agrupar a eventos que son individualmente diferentes en una misma clase.

En general, las definiciones pueden ser de dos tipos diferentes: lexicográficas y estipulativas. En el caso de las primeras, la definición se limita a mencionar el modo en que se usan las palabras en una comunidad. Una definición lexicográfica es una información acerca de las reglas de uso

vigentes en un cierto grupo. Por el contrario, una definición estipulativa es, normalmente, una expansión o contracción del sentido ordinario de un término. Ya no se trata de una información acerca del uso vigente sino en una decisión acerca de cómo debe entenderse una cierta expresión. Por ejemplo, supongamos que intentamos determinar cuándo una determinada acción puede ser considerada como desistimiento en el ámbito de la tentativa. Es bien conocido que el Código Penal Francés de 1810 atribuía responsabilidad por tentativa cuando no se producía ‘el resultado por circunstancias independientes de la voluntad del actor’. A partir de allí es frecuente señalar que el desistimiento voluntario permite evitar el reproche a título de tentativa. Sin embargo, en el lenguaje ordinario el concepto de desistimiento es notoriamente impreciso. Al respecto, es interesante recordar un caso comentado por Fletcher:⁷

En un interesante caso de la jurisprudencia alemana, el acusado abordó a una joven, a la que no conocía, la arrojó al suelo y la intentó besar. La joven en lugar de resistirse físicamente, le prometió al acusado que si la dejaba tranquila en ese momento, no tendría ningún inconveniente en tener una relación sexual con él más tarde. Cuando ya se levantaban, pasaron por allí varias personas a las que una mujer pidió ayuda. El Tribunal de Primera Instancia consideró que había tentativa de violación, entendiendo que el desistimiento del sujeto no fue realmente voluntario. El Tribunal Supremo consideró, sin embargo, que el desistimiento había sido voluntario, porque el sujeto había desistido antes de que pasaran las personas y que sólo si lo hubiera hecho a la vista de la presencia de las mismas hubiera debido considerarse involuntario. La cuestión clave para el Tribunal Supremo era, pues, si el hecho de que la mujer le prometiera entregarse más tarde le hacía perder al hombre el ‘dominio de su decisión’, pero consideró que no era así y que el desistimiento era voluntario.

Estas situaciones pueden repetirse en diferentes sistemas jurídicos. Las diferentes doctrinas acerca de lo que define el desistimiento en la tentativa son relevantes porque no se encuentra una definición de ese concepto en el vocabulario empleado por el legislador y porque ese concepto es notoriamente vago en su uso en el lenguaje ordinario. Un desarrollo dogmático del desistimiento en la tentativa que pretenda superar ese problema tendrá, entonces, que plasmar una propuesta que resuelva las indeterminaciones que deja el lenguaje ordinario. En consecuencia, la palabra desistimiento, que en el lenguaje ordinario posee un significado impreciso S1 tendrá en el vocabulario dogmático otros significado S2 de mayor precisión. La importancia de este cambio de significado a menudo queda oculta por la ambigüedad de la palabra ‘norma’, que en su sentido ordinario se refiere tanto a los textos aprobado por el legislador como así también a los *significados* que esos textos tienen. Así, los juristas dicen, por ejemplo, que el adulterio estaba regulado en el artículo 118 del Código Penal y que esa *norma* fue derogada por la ley

24.453. En otras ocasiones, los juristas asocian a las normas con los significados de los textos y dicen, por ejemplo, que para identificar una *norma* es necesario previamente interpretar el *texto* que ha formulado el legislador.

A pesar de esta ambigüedad, hay, sin embargo, diferentes razones para restringir el concepto de norma de manera tal que se conecte con el significado de una cierta expresión. Por una parte, los textos son fenómenos empíricos y, al igual que otros objetos de la experiencia, pueden tener un determinado tamaño y aspecto. Pero, los juristas no acostumbran a asignar esas características a las normas jurídicas y, por ambiguo que pueda ser su uso en los contextos ordinarios, sería extraño referirse al tamaño de una norma o su aspecto. Por el contrario, los juristas dan una importancia crucial a la posibilidad de motivarse que ofrecen las normas. Esa aptitud para motivar depende del significado de una expresión. ¿Sería, por ejemplo, admisible que el legislador comunicase sus normas en una lengua que nadie dominase en la comunidad? ¿Qué diríamos, por ejemplo, si el legislador argentino comenzase a formular sus leyes en chino? En la medida en que los ciudadanos no pueden comprender el significado de sus palabras, no pueden motivarse por la representación de la norma y la atribución de responsabilidad infringiría el principio de culpabilidad. De este modo, una consecuencia del principio de legalidad penal es que las palabras de la ley tengan un significado ordinario y compartido por los miembros de la comunidad. Pero, no se trata sólo de que un individuo puede conocer el texto y desconocer su significado (e.g. un texto en una lengua extranjera) sino también que un texto puede tener más de un sentido y el sujeto no sabe cuál es el que corresponde correlacionar con la sanción penal (e.g. el caso del desistimiento). En este último caso, el lenguaje ordinario se fragmenta en diferentes normas posibles, es decir en diferentes circunstancias que pueden justificar la atribución de responsabilidad. Si la tarea de la dogmática es refinar este abanico de posibilidades, ofreciendo una mayor precisión, su tarea resulta en una selección – más o menos arbitraria - de normas posibles de correlacionar con un mismo texto. Así, la dogmática especifica condiciones de uso del concepto que no coincide con la propuesta original del legislador. Al respecto, Genaro Carrió señala:⁸

Si la palabra es vaga, cualquier definición que intente recoger con fidelidad sus reglas de uso en vigor, tendrá por fuerza que recoger la imprecisión de la palabra definida. Si por alguna razón particular deseamos dar a la palabra una precisión que ella no tiene... entonces estamos haciendo una cosa distinta de la que hacemos cuando nos limitamos a recoger el significado que la palabra tiene según los usos lingüísticos vigentes. Ahora estamos estipulando un significado, o si cabe la expresión, legislando una nueva regla de uso, de aplicación circunscripta.

Por consiguiente, la intervención de la dogmática, en la medida en que pretende dotar a la ley penal de una precisión que ella no tiene, supone un cambio parcial de la norma expresada por la ley (aunque esa nueva estipulación parcial de

significado sea sólo con el propósito de reducir el alcance original del sentido de las expresiones de la ley). La nueva norma formulada con el auxilio de las definiciones dogmáticas puede ser *análoga* a la norma que anteriormente expresaba la formulación del legislador, pero de todos modos es una norma diferente. Por ello es que la aplicación de esa norma dogmática por parte de los jueces sería una aplicación analógica del derecho penal. La aplicación analógica del derecho es uno de los temas clásicos y recurrentes en la teoría del derecho y no es éste el lugar apropiado para ofrecer un tratamiento sistemático. Sólo señalaremos que si la prohibición de la aplicación analógica es una de las exigencias del principio de legalidad, entonces la dogmática contemporánea – al igual que el legislador – se encuentra frente a compromisos incompatibles: complementar la información normativa suministrada por el legislador y abstenerse de modificar los mandatos legislativos con normas análogas a las que expresa la ley. Por supuesto, desde el punto de vista de la justificación del uso de estas normas análogas sería menos problemático si es que los dogmáticos sólo limitasen el alcance de las normas legisladas, pero ese compromiso no parece satisfacerse automáticamente y no son pocas las ocasiones en los que la dogmática propone reglas de uso que amplían el sentido de las palabras de la ley.

En verdad, parece que la prohibición de la analogía sólo rige para las modificaciones del sentido normativo que no han sido convalidadas por el desarrollo dogmático, pero que una vez que ellas han sido avaladas por la dogmática, entonces dejan de ser expresiones análogas y se convierten en parte del sentido que la ley ya tenía. Al respecto es ilustrativa la siguiente afirmación de Hassemer.⁹

La dogmática penal, elaborada conjuntamente con la jurisprudencia y por la ciencia que la sostiene, ha ido cincelandando con el correr del tiempo los conceptos ‘daño patrimonial’ en la estafa, o ‘violencia’ en el robo, coacción o violación, y en todo caso, los ha trabajado de modo tal que sabe acerca de qué se puede discutir y qué no, hacia donde se dirige el desarrollo en ese momento, y de qué lado están los batallones más fuertes. Esto no es poco. Y sin embargo no alcanza. Quien no está aconsejado o defendido por un jurista penal profesional, en muchas situaciones no puede prever qué es lo que le espera. El Código Penal – justamente por estos cincelamientos y paráfrasis realizados por la dogmática penal – no constituye una fuente confiable, y los comentarios no resultan comprensibles ni accesibles para el lego. Pero tampoco el experto puede, en muchos casos particulares, pronosticar en forma confiable cómo decidirán los tribunales.

Este párrafo revela con claridad la relación que existe entre el desarrollo de la dogmática y el progresivo deterioro del valor de la ley. La afirmación de Hassemer es que ‘justamente por esos cincelamientos y paráfrasis realizados por la dogmática penal’ el Código Penal deja de proveer información confiable acerca de qué se debe hacer o no hacer. La conjetura

que se impone extraer de esa tesis es bastante simple: ¿sería el Código Penal una fuente más confiable para conocer qué se debe hacer en caso de que la dogmática se abstuviese de expandir o contraer el sentido de las palabras de la ley? En esta sección hemos adelantado argumentos a favor de una respuesta afirmativa para este interrogante y es conveniente reiterar la idea principal: si la dogmática se centra en la revisión del sentido de los textos legales, entonces las propuestas dogmáticas siempre van más allá de lo que dice el legislador. De otro modo, la clásica distinción entre *lege lata* y *lege ferenda* carecería de sentido. Pero, al ir más allá de lo que dice el legislador, las normas dogmáticas se presentan como alternativas a las soluciones que ofrece la ley. Con independencia de cuán parecidas sean esas propuestas dogmáticas a las normas establecidas por la ley penal, ellas siguen siendo normas análogas a las formuladas por el legislador. Por esa razón, cuando mayor sea el apego a seguir las propuestas interpretativas de la dogmática, menor valor autónomo se le reconocerá a las palabras de la ley.

IV. REGLAS, RAZONES Y CASOS RECALCITRANTES

La naturaleza del lenguaje es un fenómeno que amenaza al propósito de la dogmática de imponer límites que el legislador no ha podido establecer. Si la dogmática requiere de un lenguaje natural, entonces las dificultades que enfrenta el legislador son también problemas para el proyecto dogmático. Sin embargo, hay otro problema adicional, que consideraremos a continuación, que surgen de la naturaleza misma de las reglas.

Al igual que ocurre con la legislación, la dogmática necesita ofrecer al juez pautas precisas que sirvan para delimitar las decisiones correctas y, en ese mismo sentido, que identifiquen a las que se consideran arbitrarias. Sólo bajo este supuesto la dogmática contribuye a lograr decisiones racionales (que, en este contexto, significa: *más previsibles*). La complejidad radica en que la búsqueda de precisión puede limitar la arbitrariedad de los órganos de aplicación, pero, a la vez, la precisión introduce distinciones arbitrarias, i.e. distinciones que ensanchan la ‘distancia conceptual’ entre lo que la ley exige y las razones sustantivas que la justifican.¹⁰ En el primer caso, la arbitrariedad se produce por la indeterminación que generan las normas imprecisas, y se muestra en la diferente solución que los tribunales ofrecen para casos semejantes. Esta forma de arbitrariedad puede ser denominada ‘discreción’. En el segundo caso, la arbitrariedad consiste en que al aplicar normas precisas, los funcionarios se apartan de las razones que justifican a esas normas. A efectos de evitar confusiones, se puede denominar a esta situación como ‘irrazonabilidad’. Por consiguiente, la búsqueda de precisión parece conducir a un dilema: o bien se incrementa la irrazonabilidad de las normas mediante disposiciones precisas, o bien se incrementa la discreción en la aplicación del derecho mediante normas imprecisas. En cualquiera de los dos sentidos, las propuestas dogmáticas parecen alejarnos de los ideales que definen al Estado de Derecho.¹¹

Para reducir la arbitrariedad de las decisiones jurídicas es necesario precisar de manera general y abstracta los supuestos de hecho que se conectan con atribución de responsabilidad y para lograr esa precisión es inevitable formular *reglas* (semánticas o de conducta). Sólo una vez que se asume la fuerza normativa de las reglas, tiene sentido esforzarse en conseguir precisión.¹² Esta capacidad normativa de las reglas es la que permite que los individuos diseñen y desarrollen sus planes de vida conforme al derecho, ya que no sería demasiado sensato elaborar planes de vida a partir de lo que señalan las reglas si los jueces (y otros funcionarios) tuviesen la libertad de ignorarlas. De igual manera, carecería de sentido que el legislador se esforzase en especificar de manera precisa tanto los delitos como las penas si los órganos de aplicación no estuviesen estrictamente obligados a aplicar las leyes. Si en lugar de reglas sólo se ofreciesen buenos (o malos) *consejos* acerca de la justificación de las decisiones, entonces todavía no contaríamos con apoyo suficiente para predecir el modo en que se aplicará el derecho. Después de todo, un consejo es sólo una razón más para decidir, pero no representa necesariamente el fundamento de una decisión. Por el contrario, las reglas controlan la decisión en el siguiente sentido: ellas ofrecen una razón para decidir de una manera determinada y excluyen otras justificaciones de la conducta. Las reglas no son una razón más que los jueces tienen que incorporar al balance de razones sino que son una razón para dejar de lado ese balance. La única manera en que las reglas pueden cumplir esa función es señalando pautas de conducta y decisión que pueden ser seguidas sin reabrir el balance de razones y justificaciones.

Una formulación imprecisa no puede funcionar como regla porque su indeterminación exige reabrir el balance de razones para identificar su alcance y relevancia. Sólo formulaciones precisas pueden imponerse como reglas en el contexto de decisión. A su vez, si se admite que la racionalidad (previsibilidad) de las decisiones judiciales depende de la precisión de las normas vigentes en una determinada comunidad, se sigue que tanto la legislación como la dogmática tienen que proponer *reglas*. Pero, cualquier regla – con independencia de si ella es formulada por un teórico o una autoridad – resolverá de manera deficiente diversos conjuntos de casos recalcitrantes. Estos *casos recalcitrantes* se producen porque la precisión de las reglas exige una especificación de las razones que subyacen y justifican la regla. El precio que hay que pagar por la (mayor) precisión es la progresiva distancia respecto de su justificación y la multiplicación de casos recalcitrantes. En esos casos, las reglas y sus justificaciones no coinciden y, a diferencia de lo que ocurre en casos normales, las soluciones racionales se fragmentan. En otras palabras, en casos recalcitrantes las reglas precisas dejan de ser *buenas razones* para decidir y su aplicación tendrá que ser justificada de manera alternativa. Esta ‘distancia conceptual’ entre las reglas y sus justificaciones es inevitable y, por ello, en la medida en que la dogmática pretenda garantizar certeza y racionalidad sus propuestas serán – en mayor o menor grado - defectuosas. En definitiva, no se trata de una dogmática más o menos desarrollada sino de la

naturaleza de las reglas. Si la dogmática pretende contribuir a la racionalidad de las decisiones, entonces tiene que formular reglas precisas. A su vez, ellas generan una serie de casos recalcitrantes que exigirán dejar de lado esas mismas reglas y justificar las decisiones de manera alternativa.

El desafío para la dogmática es mostrar que su contribución a la racionalidad de las decisiones judiciales no es sólo un noble sueño. Para ello tiene que mostrar en qué sentido sus propuestas pueden superar a las que elabora el legislador, por qué sus normas pueden tener éxito donde el legislador inevitablemente fracasa. Los argumentos que aquí hemos considerado arrojan dudas sobre la aptitud de la dogmática para superar los límites que surgen de la naturaleza del lenguaje y la naturaleza de las reglas. Más aún, estos límites también nos ayudan a observar a las indeterminaciones de la ley desde otra perspectiva.

V. REGLAS, PRINCIPIOS Y PRECISIÓN DE LAS NORMAS

Según hemos visto, el reclamo de un mayor desarrollo dogmático era una consecuencia de las imperfecciones e indeterminaciones de la ley. La idea no era únicamente que el legislador formulaba normas defectuosas, sino que inevitablemente serían deficientes. Pero, ahora podemos advertir que esas indeterminaciones de la ley, que abren paso a una mayor discreción también pueden servir para prevenir decisiones irrazonables. Así, la precisión impone una inevitable distancia conceptual de las reglas frente a sus razones subyacentes. Ello no significa que tengamos que renunciar a la precisión ya que todavía puede haber otras buenas razones para regular situaciones sociales mediante límites específicos. Estas razones inclinan la balanza frente al precio que representan los casos recalcitrantes. Por ejemplo, aunque parezca irrazonable imponer un límite específico de edad de la víctima, e.g. 12 años para determinar si existe violación, puede ocurrir que, para ese caso, otras consideraciones morales justifiquen esas precisiones.¹³ Ahora bien, ¿podría ocurrir que *siempre* tengamos mejores razones para ser precisos en lugar de regular la conducta de manera imprecisa?

La respuesta es negativa. Un buen argumento para esta respuesta es el que señala Ferreres:¹⁴

Es posible, en efecto, que el juez tenga un cierto margen interpretativo para ponderar una serie de factores relevantes para decidir cada caso. La jurisprudencia puede servir para fijar con mayor claridad cuáles son esos factores, que quizás la ley no explicita. Pero no debe destruir el casuismo que el legislador ha querido preservar para cada juez. Así, si un precepto fija una pena de entre tres y cinco años, sería absurdo que el Tribunal Supremos, ‘para aumentar la precisión de la ley’, estableciera que la pena es exactamente de cuatro años. Habría taxativizado la ley más allá de lo querido por el legislador. De modo análogo, si, por ejemplo, el legislador opta por agravar la estafa cuando, por la cantidad estafada, se ocasiona un ‘grave daño patrimonial’ para la víctima, sería incorrecto

que el Tribunal Supremo estableciera una cantidad determinada (así, 10.000 euros) para concretar el concepto 'grave daño patrimonial'. El legislador ha querido que el juez concrete ese concepto según las circunstancias de cada caso, y no a través de una regla rígida

Aunque en ocasiones tenemos buenas razones para ser precisos, el derecho es inevitablemente impreciso. Nuestro relativo desconocimiento del futuro impide decidir acerca de las diferentes circunstancias que se pueden producir y es conveniente que esos casos imprevistos se resuelvan mediante una nueva decisión. Por ello es que, como sostiene Hart, en cualquier sistema jurídico se combinan reglas que los individuos pueden aplicar por sí mismos con otras pautas normativas, e.g. principios y estándares normativos variables, que requieren de nuevas decisiones oficiales para determinar la correcta solución de los casos individuales.¹⁵ De esta manera, la oscilación entre precisión y razones es inescapable y siempre habrá situaciones en las que prevalece la necesidad de disminuir la precisión para conseguir una regulación razonable de las relaciones sociales.

La búsqueda de un equilibrio entre la certeza que ofrecen las reglas y la adecuación a razones que proporcionan los principios es una tarea importante y como recuerda Hart,¹⁶

... todos los sistemas, de manera diferente, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto.

La dogmática, al igual que el legislador, emplea ambas técnicas. En ocasiones formulan nuevas reglas, que se añaden, complementan y eventualmente desplazan a las que formula el legislador y, en ocasiones enuncia principios, que dejan abierto un margen mayor de evaluación de razones en la solución de casos particulares. Pero, indefectiblemente, sus reglas generarán casos recalcitrantes, en los que la solución es arbitraria, y sus principios impondrán soluciones que no podían ser previstas por los individuos. Por ello, cuando Hart analiza principios como el estándar de 'debido cuidado' en los casos de culpa o negligencia, señala:¹⁷

Esta técnica deja a los individuos, sujeta a la corrección por un tribunal, la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen de formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas. En este caso se les exige que se adecúen a un estándar variable antes de que haya sido definido oficialmente, y puede ser que sólo lleguen a enterarse ex post facto, por conducto de un tribunal, y cuando ya lo han violado, cuál es, en términos

de acciones u omisiones específicas, el estándar que ellos deben observar.

La consecuencia de este argumento es que necesitamos proceder con cautela al momento de criticar la imprecisión de las normas y que también es preciso constatar si hay razones que justifiquen el modo en que el legislador ha ponderado la importancia de otros bienes frente a la exigencia de precisión de sus normas. El control dogmático y judicial no tiene que ocuparse de investigar la precisión de las leyes sino de analizar las razones que el legislador invoca para regular las conductas de manera indeterminada.

Esta nueva perspectiva de la naturaleza de las palabras de ley puede servir para comprender mejor tanto la contribución que la dogmática puede realizar como también el modo en que los tribunales tienen que evaluar a la validez de las leyes imprecisas. En otras palabras, si la imprecisión no es necesariamente un defecto y si los tribunales no censuran al legislador declarando la invalidez de las leyes imprecisas, entonces también hay buenas razones para revisar el fundamento de la crítica de la dogmática a los límites de la ley y la necesidad de aceptar al desarrollo dogmático como un inevitable intermediario entre las palabras de la ley y las justificaciones judiciales.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA:

- ¹ Bacigalupo, Enrique, *La técnica de resolución de casos penales*, op. cit., p. 29
- ² Bacigalupo, Enrique, *La técnica de resolución de casos penales*, op. cit., p. 32
- ³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 'Definiciones y normas' en *Análisis Lógico y Derecho*, p. 442 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)
- ⁴ Jakobs, Günther, 'El principio de culpabilidad' en *Fundamentos del derecho penal*, op.cit., p. 19
- ⁵ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 49
- ⁶ Gimbernat, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, pp. 36-38 (Madrid: Tecnos, 1999)
- ⁷ Fletcher, George, *Conceptos básicos de derecho penal*, pp. 268-269 (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997)
- ⁸ Carrió, Genaro, 'Sobre los desacuerdos entre los juristas' en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª edición (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994)
- ⁹ Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, pp.30-31 (Buenos Aires: Ad Hoc, 1995)
- ¹⁰ Endicott, Timothy, *Vagueness in Law*, op. cit., p. 187
- ¹¹ Acerca de las diferentes nociones de Estado de Derecho, véase: Raz, Joseph, 'The Rule of Law and Its Virtue' en *The Authority of Law*, pp. 210-229 (Oxford: Oxford University Press, 1979); Dworkin, Ronald, 'Political Judges and the Rule of Law' en *A Matter of Principle*, pp. 9-32, (Cambridge: Harvard University Press, 1986); Scalia, Antonin, 'The Rule of Law as a Law of Rules' en *The University of Chicago Law Review* 56 (1989), pp. 1175-1188; Laporta, Francisco, 'Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz' en *Doxa* 15-16 (1994), pp. 133-145; Ferrajoli, Luigi, 'Jurisdicción y democracia' en Vázquez, Rodolfo et al. (comps), *Jueces y derecho*, pp. 101-112 (México: UNAM 2004).
- ¹² Hay diferentes propuestas para explicar la fuerza institucional de las normas jurídica, pero todas ellas tienen que dar cuenta de un hecho básico: que el derecho no es un sistema de libre discreción y que los jueces tienen que justificar sus decisiones en normas que regulan los casos en cuestión. Acerca del alcance y la fuerza de las normas, véase: Navarro, Pablo, *Los límites del derecho*, pp. 29 y ss (Bogotá: Temis, 2005)
- ¹³ Acerca de la irrazonabilidad de estos límites, véase, Gimbernat Ordeig, Enrique, 'Acerca del dolo eventual' en *Estudios de Derecho Penal*, p. 260 (Madrid: Tecnos, 1990)

¹⁴ Ferreres, Victor, *El principio de taxatividad en material penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, op.cit., pp. 157-158

¹⁵ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 162

¹⁶ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 162

¹⁷ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 164-165

CAPÍTULO IV: NORMAS DOGMÁTICAS Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

En general, podría sostenerse que un fundamento jurídico es siempre un elemento del derecho positivo (e.g. una norma), y la labor central de la dogmática es identificar y sistematizar este material. Sin embargo, como hemos visto en capítulos anteriores, la dogmática contemporánea va más allá de la identificación y explicación sistemática del contenido de las normas positivas.¹ Más bien, para este enfoque, la ‘verdadera misión’ de la dogmática es ofrecer nuevas soluciones a casos que el legislador no ha resuelto y, en ocasiones, corrige el modo en que la autoridad ha regulado una cierta situación.² Ello implica introducir *nuevas* normas en el sistema jurídico ya que sólo de esa manera se pueden lograr regular situaciones que no habían sido contempladas o modificar las relaciones jurídicas establecidas previamente por el legislador. Las características más destacadas de estas normas son las siguientes:

- a) Las normas dogmáticas son formuladas por individuos que carecen de autoridad política;
- b) En tanto que el rango de una norma es una función del nivel de la autoridad, las normas dogmáticas carecen de ubicación jerárquica específica;
- c) Dado que la jerarquía de una norma determina qué autoridad puede eliminarla del sistema, las normas dogmáticas son ajenas al procedimiento normal de modificación de los sistemas, i.e. derogación expresa o tácita.

Cada uno de estos rasgos de las normas dogmáticas es un desafío a ideas básicas acerca del derecho. En este sentido, la dogmática contemporánea se enfrenta a tres problemas diferentes:

- *Legitimidad*: las obligaciones impuestas por normas que no emanan de autoridades políticamente responsables carecen de legitimidad,
- *Estructura*: la introducción de normas dogmáticas diluye la estructura jerárquica del sistema jurídico,
- *Especificidad*: se pierde la especificidad de la fuerza institucional de las normas jurídicas³

No es que la dogmática contemporánea no pueda resolver estos problemas sino que la elaboración de sus soluciones no ocupa un lugar central en su agenda de discusión. Sólo una vez que se emprenda seriamente esa tarea será posible superar el desafío a la ley, como un sistema de normas de naturaleza dinámica y jerárquicamente estructurado, que representa la dogmática. En este capítulo veremos algunos aspectos de estos desafíos a la luz de una discusión sobre el estado de necesidad justificante y el hilo conductor del análisis es el siguiente problema. En ocasiones asumimos que la conducta de un individuo que se encuentra en estado de necesidad está

jurídicamente justificada aun cuando esa acción afecte negativamente los bienes y derechos de terceros ajenos a la creación del riesgo que afronta el necesitado. Por ejemplo, cuando un individuo rompe la puerta de su vecino para escapar de un incendio señalamos que su conducta no merece reproche jurídico, es decir, la acción no es antijurídica. A efectos de subrayar esa característica, un importante sector de dogmática penal contemporánea asume que hay un derecho de necesidad y un correlativo deber de tolerancia.⁴ En este trabajo se hará hincapié en los compromisos que se asumen al reconocer expresamente a los individuos un catálogo constitucional de derechos que puede entrar en conflicto con otros derechos implícitos en el ordenamiento jurídico.

Aunque la discusión partirá de un tema de derecho penal, i.e. el alcance de los derechos de necesidad, ella servirá para examinar nuestras concepciones de los derechos, la distinción entre reglas y principios, la superioridad jerárquica de las cláusulas constitucionales y el valor que asignamos a las decisiones de los representantes del pueblo.

II. NORMAS Y JERARQUÍA NORMATIVAS

Es usual en la teoría general del derecho contemporánea asumir que el derecho es un orden dinámico y que posee una estructura jerárquica.⁵ Al igual que ocurre con las normas morales de una cierta comunidad, el derecho puede cambiar por las modificaciones de las costumbres sociales, pero – a diferencia de la moral – el derecho además puede ser cambiado de manera *deliberada* por las decisiones de ciertos individuos o grupos de individuos.⁶ En ello radica, en gran medida, nuestra idea de autoridad: un órgano que puede modificar deliberadamente la calificación normativa de una cierta situación. Esta capacidad de modificar las normas del sistema, sin embargo, puede verse restringida de diferentes maneras. En particular, en los ordenamientos contemporáneos se enfatiza que una autoridad A1, jerárquicamente inferior a otra A2, no puede modificar las normas que ha formulado A2. La jerarquía, por así decirlo, se muestra en la resistencia que ofrecen las normas de A2 en caso de conflicto con otras normas de inferior nivel. En otras palabras, *lex superior* prevalece frente a *lex posterior*.⁷

Este enfoque habitual de la naturaleza dinámica y jerárquica del derecho se construye sobre la base de las normas formuladas ya que es normal atribuir a una norma el nivel jerárquico correspondiente a la autoridad que la formula. Esta reconstrucción no pretende agotar las complejidades de estos rasgos paradigmáticos del derecho sino más bien identificar sus aspectos más intuitivos y preparar el escenario conceptual para abordar el problema que nos interesa analizar

aquí: la jerarquía, alcance y fuerza institucional de normas implícitas.⁸ Con frecuencia, los juristas admiten que el contenido del derecho no se agota en las normas formuladas por la autoridad sino que también hay que dar cuenta de las normas derivadas de aquellas que han sido expresamente promulgadas. En la medida en que los derechos y deberes jurídicos, i.e. las posiciones jurídicas de los miembros de una comunidad se fundamentan en las normas del sistema jurídico, nuestro catálogo de derechos y deberes no se agota en los que la autoridad expresamente menciona sino que también incluyen derechos y deberes implícitos.

Ahora bien, en el caso de los deberes de tolerancia, que la dogmática señala como correlativo de los derechos de necesidad, podemos interrogarnos: ¿qué define esos derechos de necesidad y deberes de tolerancia? ¿En qué sector de nuestro ordenamiento jurídico se encuentran consagrados esos derechos y deberes? Una respuesta directa sería señalar a las causas de justificación que se encuentran en los ordenamientos penales, e.g. artículo 34 del código penal argentino. En este caso, el fundamento de ese derecho estaría explícitamente reconocido en el ordenamiento positivo, pero su rango jerárquico es inferior a las disposiciones constitucionales que protegen la propiedad, la libertad, la vida, el domicilio, etc., de individuos que son ajenos a la creación de la necesidad que afecta a cierto individuo. Otra estrategia sería señalar que los derechos de necesidad y los deberes de tolerancia se encuentran, en cierto sentido, implícitos en nuestro ordenamiento constitucional. En este caso, el problema es que no se advierte claramente cuál sería el fundamento específico de esos derechos y deberes, y ello pone en crisis la distinción entre derechos constitucionalmente protegidos y las esferas reservadas a las decisiones políticas ordinarias. Por consiguiente, frente al desafío del estado de necesidad surge el siguiente dilema: Por una parte, la invocación explícita de las causas de justificación en el código penal ofrece un fundamento jurídico de esos derechos y deberes pero es insuficiente frente a la protección constitucional de bienes y derechos de terceros. Por otra parte, la invocación de un fundamento constitucional implícito podría superar la objeción de la validez de las acciones del necesitado, pero es insuficiente como fundamento jurídico en el caso de que el ordenamiento constitucional no consagrara esos derechos.

III. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A efectos de identificar en qué consiste un fundamento jurídico es preciso recordar brevemente algunas características básicas acerca del derecho y los enunciados jurídicos. Aquí sólo me interesa destacar aquellos rasgos relevantes para la discusión de los derechos de necesidad y los límites constitucionales. Por supuesto, estas características no excluyen que otros rasgos adicionales también puedan resultar útiles para dar cuenta de este fenómeno social.

Un enunciado normativo es una afirmación acerca de la calificación deóntica de una determinada acción. Según Von Wright,⁹

En términos esquemáticos, un enunciado normativo es un enunciado a los efectos de que algo o lo otro debe, puede o no debe ser hecho... El término 'enunciado' es usado aquí en lo que propongo denominar su 'sentido estricto'. Un enunciado en el sentido estricto es verdadero o falso. (La expresión que se usa al formular el enunciado expresa una proposición).

Por fundamento de un determinado enunciado normativo yo entiendo a una respuesta verdadera a la cuestión de por qué la cosa en cuestión debe, puede o no debe ser hecha.

En general, el fundamento de un enunciado normativo es externo a la relación entre una acción y su status normativo y ello significa que existe algún hecho específico que determina el valor de verdad del enunciado. Aunque para ciertos discursos normativos (i.e. ciertas teorías morales deontológicas), podría ocurrir que el valor de verdad del enunciado no dependiese de algún otro hecho externo al contenido del enunciado,¹⁰ en el caso del derecho es usual admitir que un enunciado normativo es verdadero cuando existe una norma que califica deónticamente una determinada conducta.¹¹ En otras palabras, el hecho que determina la verdad o falsedad de ese enunciado es la existencia de esa norma y, en este sentido, ella constituye el fundamento de la verdad de ese enunciado normativo.

Si el legislador hubiese reconocido explícitamente un derecho de necesidad, el debate acerca de su jerarquía, alcance y fundamentos jurídicos dependería de esa decisión legislativa y las disputas acerca de la existencia de ese derecho carecerían de mayor interés teórico. Así, por ejemplo, podríamos mostrar que un enunciado jurídico que describe que en Argentina existe un derecho de necesidad es verdadero señalando una cierta norma del sistema Argentino que consagra ese derecho, e.g. el artículo 34 del Código Penal. Más aún, en estos casos también sabríamos qué norma habría que derogar del sistema para que ese derecho de necesidad desapareciese de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, de la ausencia de fundamentos expresos no se puede concluir lisa y llanamente que no existe un determinado derecho. Sería un error creer que un enunciado jurídico, que describe un cierto deber o derecho es falso si no existe una norma que expresamente consagra esas posiciones normativas. Como he señalado anteriormente, con frecuencia, los juristas respaldan sus afirmaciones acerca del status normativo de una acción en las 'normas implícitas' de un sistema jurídico. Aun cuando ninguna de las normas promulgadas se refiera expresamente a un cierto caso, el razonamiento jurídico identifica consecuencias y soluciones implícitas en el material normativo formulado expresamente por la autoridad.

La naturaleza de las normas derivadas es un tema abierto a controversia en la teoría contemporánea. En algunas ocasiones se asume que una norma N1 se deriva en un determinado

sistema S cuando existen en S otras normas N2, N3...Nn que consagran un principio moral P y ese principio también es ejemplificado por N1. En este caso se trataría de normas *evaluativamente* derivadas. Por ejemplo, la *Ley de Contrato de Trabajo* en Argentina protege con una indemnización especial frente al despido arbitrario a las mujeres trabajadoras hasta siete meses y medio después del parto. Supongamos que esta norma ejemplifica un principio que favorece la integración familiar y el desarrollo armónico de la personalidad de la madre y su hijo. Este principio también se ejemplifica en una norma que protege a la mujer trabajadora que adopta un hijo, i.e. aunque no hubiese parto. Si se admiten normas evaluativamente derivadas, entonces la norma que protege a la mujer trabajadora que adopta un hijo también sería parte del derecho Argentino. En otras ocasiones, las normas derivadas en un cierto sistema S son aquellas que son consecuencia lógica de otras normas que forman parte de S. En este caso se trata de normas lógicamente derivadas. A efectos de evitar confusiones, en este trabajo me referiré a las normas lógicamente derivadas, salvo expresa indicación en contrario.

Las normas derivadas se fundamentan conceptualmente en las normas formuladas y ello significa que, en última instancia, el valor de verdad de un enunciado jurídico siempre depende de las normas que ha formulado el legislador. Dado que la verdad de los enunciados jurídicos depende de las normas válidas en un cierto sistema, la eliminación de alguna de esas normas conlleva que determinados enunciados jurídicos ya no puedan seguir siendo considerados como verdaderos. Esta relación entre fundamentos jurídicos y normas formuladas sirve para enunciar el siguiente criterio para determinar tanto el fundamento de las normas implícitas como también el valor de verdad de los enunciados jurídicos que se refieren a ellas. Por razones de simplicidad, este criterio será denominado como *Test de Fundamento*:

Test de Fundamento: identificar el fundamento jurídico de una norma derivada ND es reconocer qué normas tendrían que eliminarse del sistema para que ND dejase de estar implícita en el contenido conceptual de ese sistema normativo.

En caso de que no sea posible indicar las normas que tienen que ser eliminadas para que desaparezca la norma implícita, entonces el enunciado *jurídico* que se refiere a ND no es verdadero. Como he señalado anteriormente, un enunciado normativo sin fundamento puede ser verdadero a la luz de ciertas concepciones morales, pero esta solución parece, en principio, inaplicable para dar cuenta de la verdad de los enunciados jurídicos. Por ello, cuando no podemos precisar un fundamento específico, la afirmación será, en el mejor de los casos, una expresión acerca de lo que *debería ser* el derecho, pero no es una afirmación verdadera acerca de los derechos y deberes que los individuos tienen efectivamente en un determinado sistema jurídico.

La única manera de lograr que desaparezca una norma derivada de un cierto sistema jurídico es modificando las normas formuladas que la implican.¹² Este resultado puede conseguirse de diferentes modos. En primer lugar, puede derogarse la norma formulada que implica a la norma

derivada ya que la norma derivada desaparece cuando se elimina su fundamento jurídico. Para que se produzca este resultado no es necesario que la autoridad normativa conozca o acepte que la derogación de la norma formulada implica la eliminación de la norma derivada. Más bien, es suficiente con que desaparezca la relación de implicación entre normas formuladas y derivadas. En segundo lugar, el legislador puede promulgar expresamente una norma incompatible con la norma derivada. Por aplicación del principio *lex posterior*, se elimina la norma derivada y para lograr ese resultado se modifica o elimina la norma formulada que la implica.

Es usual admitir, como complemento de la regla *lex posterior*, que quien tiene competencia para introducir una norma en un cierto sistema jurídico también tiene competencia para eliminarla.¹³ Ello implica que el alcance de la regla *lex posterior* suele estar limitado por el diferente nivel jerárquico de las normas de un sistema jurídico. Ahora bien, ¿qué jerarquía tienen las normas derivadas? Este es un problema que ha recibido insuficiente atención en teoría del derecho. La intuición más simple es que las normas derivadas heredan la jerarquía de las normas que la fundamentan y, conforme a esta idea, se pueden distinguir entre diferentes situaciones:

a) Si una norma implícita ND deriva de una única norma NF, entonces ND tiene un *fundamento simple*, y su jerarquía es equivalente al rango de NF. Ello significa que para eliminar esa norma implícita es suficiente con la eliminación de NF

b) Cuando existe un conjunto CN de normas y cada una de ellas es, por sí misma, suficiente para que se pueda derivar una cierta norma ND puede decirse que ND está *sobredeterminada* en ese sistema normativo. En este caso, el sistema es redundante y ofrece más de una norma formulada que implica la misma solución. La jerarquía de ND corresponde a la jerarquía de la norma con mayor rango del conjunto CN ya que ND sólo es eliminada cuando se derogan todas las normas que sirven de fundamento y ello significa que también es necesario que una autoridad de suficiente jerarquía elimine a la norma de mayor jerarquía. Por ejemplo, supongamos que el legislador ordinario repite en sus leyes, algunos derechos o garantías implícitos en las disposiciones constitucionales. En este caso, la derogación de la ley no implica la eliminación del derecho o garantía constitucional en cuestión. A su vez, la eliminación de la disposición constitucional no implica que la ley también sea derogada. Las consecuencias de la eliminación de la norma redundante de mayor jerarquía no conlleva necesariamente la derogación de las otras normas. Sin embargo, en caso de que se admita que la norma redundante de inferior jerarquía sigue formando parte del sistema, hay que reconocer que también se modifica la jerarquía de la norma derivada.¹⁴

c) Cuando una norma ND se deriva de la conjunción de varias normas formuladas puede afirmarse que ND tiene un *fundamento complejo*. En este caso, todas las normas que implican a la norma derivada son *disyuntivamente* necesarias y *conjuntamente* suficientes para la implicación, i.e. cada norma *contribuye* a la derivación de ND. La jerarquía de la norma derivada depende del rango de las normas que forman

su fundamento complejo. En este caso, hay que considerar dos posibilidades:

(i) Si todas esas normas tienen un mismo nivel jerárquico (e.g. rango de ley), entonces ND hereda ese rango en el sistema.

(ii) Si las normas han sido formuladas por autoridades de diferente rango, entonces la jerarquía de la norma derivada corresponde a la norma de *menor* jerarquía que fuese necesaria para implicar a la norma derivada.

Las normas que no pueden ser eliminadas deliberadamente no forman parte del sistema jurídico. No existen 'normas necesarias' en el derecho positivo (i.e. 'derecho puesto por las autoridades'). Esta reconstrucción excluye que una norma que no ha sido formulada por la autoridad normativa y que no se deriva de ninguna otra norma del sistema pueda ser invocada como justificación de una decisión. Esta consecuencia es el compromiso asumido mediante el *Test de Fundamento* introducido anteriormente. Su principal utilidad es ayudarnos a comprender claramente cuándo una afirmación sobre la calificación de una acción tiene fundamento jurídico y cuando es sólo una expresión de nuestros ideales morales acerca de lo que debería contener el derecho. En la siguiente sección analizaremos algunas consecuencias que este enfoque tiene para la solución del problema de los derechos de necesidad.

IV. LA JERARQUÍA DEL DERECHO DE NECESIDAD

Si el derecho de necesidad tuviese un fundamento *simple*, e.g. si únicamente derivase de las causas de justificación reconocidas por el Código Penal, entonces tendría una *jerarquía idéntica* a las disposiciones legales que la fundamentan. En este caso, el fundamento jurídico del derecho de necesidad sería claro ya que, conforme al Test de Fundamento, para eliminar este derecho de necesidad habría que derogar esa causa de justificación, e.g. artículo 20, inciso 5 del Código Penal Español o artículo 34, inciso 3 del Código Penal Argentino. Cuando el derecho de necesidad se deriva de una norma con jerarquía de *ley*, ello significa que otras normas de inferior jerarquía no pueden modificar esa relación normativa. Pero también es preciso advertir que el rango de ley del estado de necesidad no puede modificar otras relaciones establecidas por normas superiores a las del Código Penal. En este sentido, parece estar fuera de discusión que las normas que expresa una *ley* no pueden modificar los derechos y garantías establecidas por la constitución. Dado que la mayoría de los bienes afectados por las conductas emprendidas por quien se encuentra en estado de necesidad están expresamente protegidos por disposiciones constitucionales específicas (e.g. la propiedad, la libertad, la salud, etc.), urge resolver este problema de supremacía y fundamento.¹⁵ De otro modo, el alcance del derecho de necesidad se encontraría seriamente limitado por nuestros compromisos constitucionales.

En el sistema jurídico español, el artículo 18.2 de la Constitución Española señala:

El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.

Imaginemos que un individuo A se encuentra en situación de necesidad. Por ejemplo, A es perseguido por un perro rabioso y su *única* manera de evitar al animal es irrumpir en el domicilio de su vecino B. Asumamos también que la *única* forma en que B puede ayudar a su vecino A es dejándolo ingresar a su vivienda. Este individuo no desea que A ingrese a su vivienda y cierra con llave la puerta. En este caso, ¿prevalece el derecho de necesidad y el correlativo deber de tolerancia, que tienen fundamento legal, sobre el rango constitucional de la inviolabilidad de domicilio? El universo de propiedades relevantes que ha seleccionado el constituyente para regular el acceso a un domicilio sólo menciona a tres propiedades: consentimiento del titular, autorización judicial, y delito flagrante. El caso de individuos que se encuentran en estado de necesidad no está contemplado en la formulación del constituyente ni puede derivarse lógicamente de ella. Por tanto, al expresar el artículo 18.2 una expectativa constitucional de rango superior, el deber legal de B de tolerar la irrupción de A en su domicilio no prevalece sobre la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio.

En un texto introductorio a la teoría del derecho, Moreso y Vilajosana analizan las consecuencias de la selección que el constituyente hace de las características relevantes para ingresar válidamente en un domicilio y señalan:¹⁶

... se ha sugerido alguna vez que el artículo 18.2 de la Constitución establece únicamente una pauta no concluyente porque hay otros casos, como el estado de necesidad (por ejemplo: un niño pequeño se ha quedado atrapado en un incendio en cierto domicilio), en donde también es facultativa la entrada en el domicilio (o incluso obligatoria). Si fuera así, entonces el universo de propiedades no estaría clausurado, sería un universo abierto. Ahora bien, al menos para este tipo de casos, puede argumentarse que es plausible incluirlos en la propiedad 'consentimiento del titular', ya que dicho consentimiento puede ser expreso o tácito (parece plausible argüir que tácitamente consentimos en que entren en nuestro domicilio para salvar de un incendio a nuestro hijo pequeño).

A diferencia del ejemplo propuesto por Moreso y Vilajosana, en el ejemplo que hemos imaginado de un individuo que niega la entrada en su domicilio a su vecino perseguido por un perro rabioso, no es posible sostener que hay consentimiento tácito. Por el contrario, el propietario del inmueble ha denegado expresamente el ingreso a su vivienda.

Podría sostenerse que es necesario interpretar *correctamente* al artículo 18.2 a efectos de resolver el problema mencionado. Pero, ¿qué razones podrían invocarse para defender esta necesidad interpretativa? En esta disposición de la CE, el constituyente ha empleado un

vocabulario claro y preciso y el hecho que sus decisiones no resuelvan ciertas situaciones, o que no las resuelvan del modo en que nosotros preferimos, no es una razón para ignorar lo que ha decidido. Podría responderse que muchas veces el constituyente usa conceptos abstractos, que precisan desarrollo a partir de concepciones específicas (e.g. debido proceso) y en esas situaciones, es necesario elaborar argumentos morales que sirvan para resolver los casos difíciles.¹⁷ Conforme a esta respuesta también podría argumentarse que la protección constitucional del domicilio es un concepto que permanece abierto al desarrollo de diversas concepciones morales y, en particular, el contenido conceptual de la protección constitucional podría limitarse en casos de estado de necesidad. Pero, como señala Dworkin, en otras ocasiones el constituyente escoge limitar específicamente el desarrollo de argumentos morales mediante normas precisas, que imponen una determinada concepción.¹⁸ En estos casos, el constituyente elige – para bien o mal – una cierta manera de resolver problemas normativos.

Este argumento de Dworkin es especialmente importante porque sirve para identificar dos maneras diferentes de desafiar la supremacía constitucional. La primera, que suele ser una característica del *originalismo*,¹⁹ es limitar el contenido de un concepto constitucional a la concepción que el constituyente hubiese favorecido o tenido en mente al momento de elaborarse una constitución. La segunda es tratar a las concepciones específicas que el constituyente ha impuesto para ciertos temas como si fuesen conceptos abiertos a nuevas elaboraciones de su contenido. Por consiguiente, son infieles a la supremacía constitucional aquellos jueces que reemplazan las concepciones que el constituyente ha escogido e introducen sus propias convicciones – aunque ellas sean más justas, eficientes o se encuentren respaldadas por la dogmática de su comunidad - como respuesta al problema normativo.

V. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LAS NORMAS DERIVADAS

¿Cómo debemos interpretar disposiciones Constitucionales como el artículo 18.2 CE? ¿Son la expresión de un concepto abstracto de domicilio o, por el contrario, concepciones específicas? A diferencia de lo que ocurre cuando el constituyente enuncia de manera genérica que los individuos tienen derecho a la educación, a la salud, etc., y reconoce que el contenido de esos derechos se regulará mediante leyes,²⁰ en el caso del artículo 18.2 se establece de manera taxativa los alcances de la garantía. El desacuerdo con el modo en que está resuelta esta situación es un problema valorativo y, en caso de considerarse que la autoridad ha omitido tomar en cuenta una propiedad que debería ser relevante, no encontraríamos una laguna normativa sino una laguna axiológica.

La discrepancia con las soluciones que el legislador establece se muestra con claridad en el análisis que, por ejemplo, Carmen Argibay propone del estado de necesidad. Según el Código Penal Argentino, para que la conducta esté

justificada el individuo tiene que ser ajeno al mal grave e inminente que enfrenta. Ante ello, Argibay sostiene:²¹

Pero no debe llegarse al extremo de descartar de plano el estado de necesidad por la mera actividad precedente del autor. Así como no podemos exigir al bombero que muera por salvar un mueble, tampoco podría condenarse a quien imprudentemente corre riesgo de ahogarse y, por evitarlo, se apodera de un bote.

Claro está que, ateniéndonos a la estricta letra y exigencia de la norma, siempre podría decirse que la acción típica no está justificada...

En este párrafo pareciera que ‘atenerse a la estricta letra y exigencia de la norma’ fuese una simple opción interpretativa, un compromiso que pudiese dejarse de lado en ‘casos recalcitrantes’ en los que surgen conflictos entre las reglas y otras expectativas de justicia. Lo mismo ocurre en el caso de la protección constitucional del domicilio. Puede admitirse que el constituyente no ha dicho todo lo que quería decir, ni ha dicho todo lo que debería decir, pero no hay dudas acerca de lo que efectivamente ha dicho. Por consiguiente, quienes afirman que, en caso de estado de necesidad, es obligatorio o facultativo ingresar a un cierto domicilio (sin que haya consentido su titular o concurren las otras circunstancias enumeradas en el 18.2 de la CE) tienen que sostener alguna de las siguientes tesis:

- a) La constitución no prevalece sobre la legislación ordinaria;
- b) Las normas, valores y principios que expresamente ha adoptado el constituyente y sus consecuencias lógicas no agotan el contenido constitucional;
- c) El derecho de necesidad (y su correlativo deber de tolerancia) están sobredeterminados y, junto al fundamento legal que otorga el Código Penal, el derecho de necesidad se encuentra protegido por alguna disposición constitucional.

La estrategia (a) es inviable ya que parece una solución *ad hoc* y no da cuenta de nuestras instituciones y prácticas. La supremacía constitucional sobre la legislación ordinaria es la que dota de sentido a instituciones específicas como el Tribunal Constitucional, que ratificó en numerosas ocasiones la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Esta supremacía se mantendría incluso si los jueces toman decisiones que reconocen al derecho de necesidad frente a la inviolabilidad del domicilio. Se podría sostener que son decisiones ‘constitucionalmente ilegítimas’, es decir, que los jueces han decidido de manera definitiva, pero equivocada, sobre las relaciones normativas involucradas.²² Por supuesto, tal vez sea *mejor* un diseño institucional que permite a jueces y juristas manipular la constitución y cambiar los derechos y garantías que el constituyente establece respecto al que protege la supremacía constitucional, pero hay buenas razones para dudar que éste sea el diseño institucional vigente en nuestras comunidades.

La estrategia (b) lleva a considerar a la constitución como determinada parcialmente por las decisiones de las autoridades y también parcialmente determinado por otras

pautas morales que no han sido adoptadas por el constituyente. Hay diferentes versiones de este argumento y no podemos considerarlas detalladamente en este texto. Por ejemplo, Dworkin enfatiza que las cláusulas constitucionales tienen que ser leídas como compromisos morales abstractos y que, por tanto, su contenido no surge del detalle o especificación del constituyente sino de los principios que la justifican.

Por supuesto, no pretendo defender que el derecho es una unidad discreta y desconectada de normas, sin ninguna relación entre sus elementos. Esta idea sería incompatible con una reconstrucción sistemática del derecho. Sin embargo, es preciso subrayar el papel de las decisiones de las autoridades como fundamento de la verdad de nuestras afirmaciones acerca del derecho. Esta dependencia de las posiciones jurídicas respecto de las decisiones de la autoridad se muestra con claridad, por ejemplo, en una institución fundamental del derecho argentino: el recurso extraordinario ante el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia). Para poder acceder a esta instancia es necesario mencionar expresamente el derecho constitucional vulnerado y el artículo respectivo de la constitución que lo consagra. En caso de que no se cumpla este requisito, el recurso no se considera procedente. De todos modos, quienes sostienen que la Constitución no tiene que ser leída como un listado telefónico sino como un programa moral a desarrollar por los intérpretes enfrentan algunas complicaciones.

La primera dificultad de esta propuesta es que parece arbitrario restringir la incorporación de la moral únicamente a la constitución. Tanto la constitución como otros textos normativos establecen principios, protegen valores y distribuyen cargas y beneficios mediante la asignación de derechos y obligaciones. ¿Por qué razón, entonces, no veríamos también al derecho civil o al derecho penal como parcialmente determinados por las decisiones de las autoridades? En este sentido, ¿por qué limitaríamos los delitos a aquellas fórmulas establecidas por la ley cuando hemos previamente admitido que el contenido del derecho está sólo parcialmente determinado por las decisiones de las autoridades? ¿Por qué insistir en la taxatividad de las normas penales y en la tipicidad de las conductas en el ámbito penal y, en cambio, leer las cláusulas constitucionales de manera abierta? Tal vez existan buenas respuestas a estas preguntas, pero ellas no serán de naturaleza lingüística, es decir: no dependerá de la mayor o menor especificidad del lenguaje constitucional sino de nuestras actitudes frente a la constitución y las normas penales. Algunas disposiciones constitucionales son abstractas y necesitan desarrollo, pero otras – como el artículo 18.2 CE – son más específicas que muchas normas del Código Penal.

Una segunda dificultad es que parece arbitrario restringir el alcance implícito de la constitución al contenido material de las disposiciones. Desde un punto de vista sustantivo es posible no sólo que existan buenas razones morales para revisar el contenido establecido por el constituyente sino también pueden haber buenas razones morales para que otros *órganos* decidan sobre cuestiones constitucionales al margen

de los procedimientos e instituciones específicamente consagrados en la constitución. Pero, en ese caso, si se admite que la constitución no se limita a lo que el constituyente dice expresamente o de manera lógicamente implícita, entonces no parece plausible atribuir a las constituciones rígidas sus funciones usuales de organización del poder político y atrincheramiento de derechos. En particular, con este enfoque se corre el peligro de borrar la distinción entre lo que la constitución establece y aquello que los jueces afirman que la constitución dice. Por ejemplo, Silva Sánchez admite que el conflicto entre un derecho *legal* de necesidad y una protección *constitucional* de ciertos bienes como el domicilio²³

...tendría una gran trascendencia hasta el punto de que, de entrada, conllevaría la negación de la existencia de un derecho de necesidad que comprendiera la entrada en morada ajena.

Ahora bien, sucede que el Tribunal Constitucional español, cuyas sentencias son ‘Derecho’ puesto que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 5.1., obliga a los jueces y tribunales a interpretar las leyes conforme a ellas, ha señalado justo lo contrario. Así, una jurisprudencia constante añade a los casos de consentimiento, resolución judicial y flagrante delito, como hipótesis en las que puede ser legítima la entrada en domicilio ajeno, las de ‘estado de necesidad’ ¿Ha vulnerado el Tribunal Constitucional la Constitución al sentar esa doctrina? ¿Está asumiendo implícitamente la atribución de rango constitucional a algunos derechos de necesidad?

Silva Sánchez no ofrece una respuesta a estos últimos interrogantes, aunque parece sugerir una respuesta negativa a la primera y afirmativa a la segunda pregunta. Ahora bien, a este argumento es posible volver a enfrentarlo con la misma pregunta que guía este trabajo: ¿Sería suficiente que el Tribunal Constitucional cambie de jurisprudencia para que desapareciese el derecho de necesidad? La respuesta a esta pregunta es, o bien negativa o bien afirmativa:

(a) Si la respuesta fuese negativa, entonces se sigue que en la Constitución española – con independencia de las interpretaciones del Tribunal Constitucional – está consagrado el derecho de necesidad y ello nos devuelve al mismo punto de la discusión: ¿qué es necesario eliminar de la constitución para que ya no sea verdad que existen esos derechos de necesidad? Nada en el análisis de Silva Sánchez permite suponer que existe una respuesta a esa pregunta.

(b) Si la respuesta fuese afirmativa, entonces el derecho de necesidad ha sido creado por una decisión del Tribunal Constitucional y, dado que esta decisión no se sigue del contenido constitucional, ella implica una mutación irregular de la constitución.

Finalmente, una crítica estrechamente vinculada a la anterior surge de la naturaleza política del derecho. Dado que con frecuencia no estamos de acuerdo sobre el mejor modo de resolver problemas sociales, decidimos establecer un marco de referencia de nuestros acuerdos y desacuerdos para que no sea necesario embarcarnos en una discusión moral cada vez que

necesitamos determinar nuestras posiciones jurídicas. Ésta es una función central de las normas jurídicas. Las autoridades prestan un servicio a la comunidad al determinar el esquema de conductas que deben ejecutarse, y ello es posible únicamente cuando los miembros de la comunidad pueden identificar lo que deben hacer sin reabrir el balance de razones que justifica la decisión adoptada por la autoridad.²⁴ Incorporar como excepciones implícitas a un conjunto abierto de pautas morales relevantes es incompatible con esta función de organización que el derecho pretende cumplir mediante las decisiones de las autoridades.

La estrategia (c) lleva a una reformulación del problema. Para este enfoque, la consagración del derecho de necesidad en el Código Penal no agota sus fundamentos jurídicos. Esto significa que si se eliminase al estado de necesidad de las causas legales de justificación del Código Penal todavía podemos encontrar otra norma, principio o valor constitucional que lo establezca expresamente o implícitamente. Es conveniente recordar que si el derecho de necesidad se derivase algún valor constitucionalmente protegido, e.g. la vida, nos encontraríamos con un conflicto de nivel constitucional. En estos casos, la solución no puede ser simplemente establecer un orden jerárquico de carácter general entre ellos. La ponderación de los valores en conflicto sólo puede tener un alcance particular ya que imponer un orden jerárquico es una operación sustancialmente equivalente a la derogación de normas. Si se admitiese que los jueces pueden establecer un orden lexicográfico de los valores constitucionales, ello significaría una mutación constitucional ello excede las atribuciones de los intérpretes constitucionales.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

¹ Véase, por ejemplo, Roxin, Claus, 'Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal' en *Política criminal y estructura del delito*, op.cit., pp. 35-63.

² Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, op.cit., p. 42; Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, op.cit., pp. 43 y ss.

³ A diferencia de la fuerza moral de una norma, que es una función de su corrección sustantiva, la fuerza institucional depende de la resistencia al cambio, modificación o eliminación en un sistema jurídico. Al respecto, véase: Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, pp. 31-79 (Oxford: Oxford University Press, 1994), Navarro, Pablo et al, 'La fuerza institucional del derecho' en *Revista de la Facultad de Derecho, UNAM*, 53, número 241, pp. 187-209

⁴ Por ejemplo, Larrauri, Elena, 'Causas de justificación: criterios de identificación' en Hassemmer, W. y Larrauri, E., *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, op.cit., pp. 57-60. También, Silva Sánchez, Jesús María, 'Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia' en *DISCUSIONES VII* (2007), pp. 25-56. Para una crítica de esta posición, véase: Navarro, Pablo; Bouzat, Andrés; y Cantaro, Alejandro, 'El

fundamento jurídico del derecho de necesidad' en *DISCUSIONES VII* (2007), pp. 113-154. La réplica de Silva Sánchez está publicada en el mismo volumen en las páginas. 177-201. En gran medida, este capítulo es una reelaboración de las ideas defendidas en el artículo de Navarro et al. anteriormente mencionado.

⁵ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2ª edición, pp. 201 y ss (México: Porrúa, 1981)

⁶ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op.cit., pp. 217 y ss

⁷ Acerca de la conexión conceptual entre dinámica jurídica, autoridad y lex posterior véase: Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 'Libertad y autoridad normativa' en *Análisis lógico y derecho*, pp. 243-244 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

⁸ Por ejemplo, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op.cit.; Guastini, Riccardo *Distinguiendo*, p. 357 (Barcelona: Gedisa, 1999); véase también: Ernst, Carlos: *Derechos implícitos* (Córdoba: Lerner, 1994)

⁹ Von Wright, G.H., *Norm and Action*, p. 105

¹⁰ Von Wright, G.H., 'The Foundation of Norms and Normative Statements' en *Practical Reason*, pp. 78-79 (Oxford: Blackwell, 1984)

¹¹ Véase, por ejemplo, Bulygin, Eugenio, 'True or False Statements in Normative Discourse' en Eigidí, R (ed), *In the Search of a New Humanism*, pp. 183-192 (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1999)

¹² Para una reconstrucción del fenómeno de la eliminación de normas, véase: Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, op.cit., p. 81.

¹³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, op. cit., p. 81

¹⁴ Agradezco a Daniel Gonzalez Lagier esta observación sobre la modificación de la jerarquía de la norma derivada

¹⁵ Por ejemplo, la Constitución Argentina señala en su artículo 17: La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.

¹⁶ Moreso, José Juan y Vilajosana, José María, *Introducción a la teoría del derecho*, p. 102-103 (Barcelona: Marcial Pons, 2004)

¹⁷ Dworkin, Ronald, 'Casos constitucionales' en *Los Derechos en Serio*, (Barcelona: Ariel, 1999), pp. 215-216

¹⁸ Dworkin, Ronald, 'Casos constitucionales' en *Los Derechos en Serio*, op. cit., p. 211; Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, p. 8 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996)

¹⁹ Acerca del originalismo constitucional, véase: De Lora, Pablo, *La interpretación originalista de la constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000)

²⁰ Por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución Argentina establece: Todos los habitantes de la Nación Argentina gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...

²¹ Argibay, Carmen, 'Artículo 34, inciso 3. Estado de necesidad justificante' en Baigún, David, et al. *Código Penal Comentado*, p. 630, (Buenos Aires: Hammurabi, 1997)

²² Acerca de la definitividad e infalibilidad de las decisiones de los últimos intérpretes constitucionales, véase: Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, pp. 176-183

²³ Silva Sánchez, Jesús M., 'Réplica' en *DISCUSIONES VII* (2007), pp. 183-184

²⁴ Acerca de la autoridad como servicio, véase: Raz, Joseph, 'Authority, Law and Morality' en *Ethics in the Public Domain*, pp. 199-204 (Oxford: Oxford University Press, 1994)

CAPITULO V: LA AUTORIDAD DE LA DOGMÁTICA

I. LA AUTORIDAD DE LA DOGMÁTICA

Hemos señalado en diversas oportunidades que la dogmática pone el acento en la identificación y elaboración de pautas *correctas* para resolver problemas normativos. Estas normas no coinciden necesariamente con las que formula el legislador y, por ello, el dogmático tendría un amplio margen de independencia frente al derecho positivo. Como señala Silva Sánchez,¹

... son ya muchos los autores que, desde perspectivas ciertamente diferentes, han reconocido, de modo más o menos expreso, que el objeto central de la reflexión dogmática jurídico-penal no son los textos legales de un determinado derecho positivo nacional, sino algo diverso de éstos.

La principal tarea dogmática sería *genuinamente* normativa. Su función sería formular normas que puedan tanto servir como crítica a las decisiones del legislador como también de justificación a las decisiones judiciales. Pero, ¿qué fundamenta a una afirmación dogmática? Como vimos en el capítulo anterior, un fundamento normativo es una respuesta verdadera a la pregunta: ‘¿Por qué debe hacerse X?’.² En general, un fundamento normativo es un *hecho*, e.g. la promulgación de una norma, que determina la verdad de la afirmación acerca de lo que debemos hacer. De esta manera, el *hecho* de que la autoridad haya formulado una norma que exige X es un fundamento para nuestra afirmación sobre nuestras obligaciones. De manera simplificada, podemos decir que una afirmación acerca de nuestros deberes puede ser traducida en una afirmación acerca de las normas que regulan nuestra conducta. De este modo, las afirmaciones dogmáticas acerca de nuestros deberes serían equivalentes a afirmaciones acerca de la existencia de normas, pero hay una diferencia importante entre ambas maneras de transmitir esa información. Un enunciado normativo, i.e., una afirmación acerca de lo que se debe hacer o no hacer, puede ser usado tanto para describir como para prescribir conductas, mientras que la afirmación ‘En el sistema S_j existe una norma N’ sólo tiene una interpretación descriptiva. Por ello, en la medida en que los enunciados normativos de la dogmática son verdaderos o falsos, ellos son equivalentes a proposiciones normativas, que aseveran la existencia de una norma en un determinado sistema. Por el contrario, cuando los enunciados normativos son usados prescriptivamente, entonces ellos son una norma que formula el jurista dogmático, que compite y eventualmente supera las normas que formula el legislador.

Por consiguiente, si las decisiones del legislador no determinan el valor normativo de la conducta sino que sólo

son formulaciones imperfectas de un ideal y si la tarea de la dogmática es construir nuestros genuinos deberes con este material, entonces es preciso admitir que las normas del legislador no son el fundamento, sino únicamente un indicio, de cuáles son los genuinos fundamentos normativos de nuestros deberes.

Más adelante abordaremos con mayor detalle este problema de los fundamentos, ahora sólo diremos que las normas jurídicas son el resultado de acciones sociales específicas, i.e. acciones normativas. En este hecho reside su naturaleza *prescriptiva*. Por supuesto, como hemos indicado previamente, las prescripciones no son la única fuente de deberes. Otros tipos de deberes son los que surgen a partir de reglas técnicas o de reglas conceptuales. De este modo, hay una relativa homogeneidad en el discurso normativo. Esta homogeneidad se refleja en un conjunto compartido de elementos que caracterizan a las diferentes normas. Este conjunto se denomina *núcleo normativo* y se refiere al contenido normativo, la modalidad deóntica y la condición de aplicación.³ Por ejemplo, una regla técnica de estrategia en el ajedrez señala que se debe abrir el juego mediante un peón central. El núcleo normativo de esta regla es el siguiente: (i) contenido: la acción de abrir el juego mediante peones, (ii) modalidad deóntica: es un deber o conducta técnicamente obligatoria – de lo contrario, se perdería el juego, (iii) condición de aplicación: que el peón no haya alcanzado ya la posición deseada, que la casilla deseada no esté ocupada por otra pieza, etc.

Sin embargo, es fácil exagerar la importancia de este núcleo normativo común y pasar por alto las diferencias entre las diferentes normas. En otras palabras, es tentador suponer que existe un *único* tipo de deber – y, por consiguiente, sólo *un* tipo de norma – a partir de esa estructura normativa común. Es preciso evitar esa tentación y advertir la complejidad del discurso normativo, dado que las condiciones de existencia de las normas dependerán, en gran medida, de otros elementos adicionales al núcleo normativo común. Así, las prescripciones – también llamadas normas prescriptivas – existen a partir de su formulación por parte de una autoridad que se dirige a determinados individuos, exigiendo o permitiendo una cierta acción.

La conexión entre autoridad y lenguaje es fundamental para que existan las normas prescriptivas.⁴ Prescribir es una acción intencional, que sólo puede realizarse mediante el uso del lenguaje por agentes individuales o colectivos que tengan capacidad de formular planes, elaborar propósitos y comunicar sus decisiones. Debido a su conexión con las razones para la acción de los individuos, las prescripciones son el mecanismo principal de motivación mediante normas.

Una prescripción, a diferencia de un consejo, pretende reemplazar la deliberación del agente acerca de qué debe hacerse o no hacerse en situaciones específicas. Al deliberar acerca de una acción, generalmente, consideramos diferentes razones a favor y en contra de esa acción. Cuando se prescribe un determinado comportamiento a un cierto agente, él tiene una obligación y ello significa que debe ejecutar esa acción con independencia de si ella es de su agrado o conveniencia. Por ello, es frecuente señalar que una norma prescriptiva tiene por función excluir el balance de razones que un agente racional tendría que realizar al momento de su acción. Las normas prescriptivas, a diferencia de otras normas, son *razones excluyentes*.⁵ En el caso del derecho, las prescripciones son formuladas por las autoridades. Sin autoridades, no hay prescripciones. Para el caso del derecho penal, no hay otro deber prescriptivo *detrás* o *más allá* de las normas jurídicas, ya que eso equivaldría a sostener que hay otra autoridad detrás o más allá de la autoridad jurídica. Por consiguiente, la conclusión es o bien que los deberes que identifica la dogmática no son genuinos deberes normativos (son deberes técnicos) o bien que la dogmática (en verdad *cada dogmático*) tiene autoridad para prescribir conductas.

El desconocimiento de esta tarea técnica de la dogmática, y de su correlativa subordinación a los ideales y objetivos que señala el legislador, introduce difíciles desafíos. Al olvidarse esta función técnica, parece natural asumir que los deberes y obligaciones que formulan los dogmáticos tienen genuino carácter prescriptivo, pero son también racionales. En otras palabras, las obligaciones y deberes de las normas dogmáticas tienen un fundamento que no es la voluntad – del legislador o el jurista – sino la razón, que descubre la teoría correcta, i.e. identifica las normas verdaderas. Pero ese enfoque genera inmediatamente dos grupos de preguntas: Por una parte, ¿qué confiere autoridad a esas normas?, ¿por qué debemos tomarlas en serio? Y, si resulta que *no* deberíamos tomarlas en serio, entonces ¿en qué sentido son *normas*? Por otra parte, ¿Es necesario asumir también que la dogmática formula normas verdaderas? Pero, en ese caso, ¿cómo es posible que una norma sea verdadera o falsa?, ¿cómo se unen la razón y la voluntad en las teorías dogmáticas?

II. PRESCRIPCIONES Y NORMAS DOGMÁTICAS

Supongamos que un dogmático afirma que ciertas cosas son debidas (e.g. que en los delitos de resultado la tentativa acabada y el delito consumado deben recibir el mismo castigo) aunque sus afirmaciones no coincidan con lo que establece el legislador. Un notable jurista, Marcelo Sancinetti, aborda específicamente este tema y se pregunta acerca de qué decide el valor de verdad de una tesis acerca de la estructura del hecho punible o de la imputación. Su análisis comienza precisamente señalando la tensión entre el contenido de las leyes y las tesis dogmáticas. Así, Sancinetti señala:⁶

...Ciertamente hay decisiones de la ley que pueden contraponerse a las consecuencias de una teoría. Si no fuera así sería porque la teoría no propone ninguna

consecuencia práctica que pudiera ser regulada legalmente. En este sentido, desde luego es un dato importante establecer qué dice la ley.

Este párrafo no sólo sugiere que la identificación de aquello que dice la ley es, por decirlo de alguna manera, ‘independiente’ de las propuestas de la dogmática sino que también abre un interrogante: ¿Por qué no descartamos, lisa y llanamente, como una información errónea sobre el contenido del derecho a las teorías dogmáticas que se apartan del contenido de la ley? La respuesta de Sancinetti es que la labor principal de los juristas se dirige a la crítica externa del derecho vigente. En su opinión, la pregunta de la dogmática es acerca de cómo se debe regular correctamente el hecho punible. Por supuesto, esta ambición prescriptiva de la dogmática es compartida por una legión de juristas. Sin embargo, las dificultades que debe superar esta propuesta son bien conocidas y todavía no contamos con una buena solución a esos problemas. En general, una propuesta normativa tiene sentido sólo si se admiten previamente dos cosas. En primer lugar, que la labor principal de los juristas *es* la crítica externa de los sistemas jurídicos. Esta opinión está lejos de ser unánime. Desde principios del siglo XX, donde se elaboran las primeras grandes teorías del delito que perduran hasta la actualidad, los juristas han adoptado diferentes actitudes frente al derecho de cada comunidad. En la época del auge del positivismo, los juristas admitían una vinculación, un tanto ingenua, pero de ninguna manera extravagante, entre ciencia jurídica y descripción sistemática del derecho positivo. Estos enfoques positivistas han sido desafiados por otras propuestas, aunque no es obvio que las críticas que se han formulado sean adecuadas y que las nuevas propuestas tengan mejores fundamentos.⁸

De esta manera, como una cuestión de hecho, algunas veces los juristas ponen el acento en la descripción del derecho como objeto de su tarea científica. Por ello, ¿qué error cometería un dogmático si, frente a enfoques normativistas, insistiese en que la verdadera función de la dogmática es la descripción sistemática del derecho positivo? ¿En qué se equivocaría este jurista que conecta la ciencia jurídica con la descripción del derecho positivo? Para responder esta última pregunta sería preciso contar con un criterio que determine qué prácticas dogmáticas son correctas y cuáles son incorrectas. Sólo con ese criterio podemos decir que nuestro teórico *descriptivo* hace algo que no debe hacer. Sin ese criterio de corrección, lo único que podemos responder es sólo que él hace algo *diferente* a los demás, pero tal vez de igual o mayor valor.⁹ Por ejemplo, al analizar la discrepancia entre las propuestas de una teoría *subjetivista* del injusto y la práctica casi universal de atribuir diferente responsabilidad a la tentativa y el delito consumando, Fletcher señala:¹⁰

...En este caso particular pienso que los argumentos teóricos están mal concebidos y desarrollados... y la práctica constituye la base de nuestra investigación filosófica. La cuestión no debería ser si una práctica casi universal es correcta sino por qué es correcta... Cuando

una intuición está profundamente arraigada, la tarea de la teoría debe ser generar argumentos convincentes que aquellos que comparten la intuición no han sido capaces de elaborar por sí mismos.

En segundo lugar, un enfoque prescriptivista de la dogmática exige asumir que existe una respuesta correcta a la pregunta acerca de cómo se debe regular el hecho punible. Recordemos que la pregunta es: ‘¿de qué depende que aquellas tesis [dogmáticas] sean falsas o correctas?’ Según Sancinetti, una teoría dogmática es verdadera con independencia de las decisiones del legislador y lo decisivo en la tarea dogmática es ‘determinar cuáles serían las disposiciones legales *correctas*, es decir, cuáles deberían regir’.¹¹ Ahora bien, es necesario encontrar un *hecho* que sea el fundamento de verdad de esas afirmaciones. Aunque parezca obvio es importante subrayar que uno de los rasgos de estos fenómenos es su independencia frente a las actitudes subjetivas, creencias, preferencias y valoraciones de los individuos. En otras palabras, que sea verdad que el hombre pisó la luna por primera vez en 1969 no depende de nuestras convicciones o actitudes sino del hecho de que Armstrong y Aldrin descendieron allí en esa ocasión. Pero, ¿qué hecho puede determinar si una propuesta dogmática es verdadera o falsa?, o, ¿qué hecho garantiza que es lo que debe hacer el legislador? La respuesta podría ser, como sugiere por ejemplo Sancinetti que la estructura del hecho punible lo decide el principio de culpabilidad. Pero, esta respuesta no es el fruto del conocimiento de un hecho, sino de una decisión; de un modo de valorar la atribución de responsabilidad. Por ejemplo, según Sancinetti, atribuir responsabilidad por el resultado corresponde a una visión mitificada del mundo y las relaciones causales, por oposición al principio de culpabilidad que se basa en la motivación defectuosa.¹² Pero, a la luz del diferente reproche a la tentativa y el delito consumado, parece claro que los legisladores no comparten este punto de vista y no resulta obvio que exista algún *hecho*, conocido sólo por los subjetivistas, que el legislador y los objetivistas todavía no hayan descubierto.

Por consiguiente, una vez que se rechaza que las decisiones del legislador sean *hechos* que determinan la verdad de las afirmaciones dogmáticas, parece que también se abandona la posibilidad de elaborar un conocimiento objetivo (es decir: neutral) del modo en que hay que atribuir responsabilidad. En última instancia, es la *adhesión* a este o aquel principio - y no nuestro conocimiento de algún hecho - lo que fundamenta la tesis dogmática. Pero, ya no cabe admitir que se trata de propuestas teóricas verdaderas o falsas, salvo que se borre la distinción entre razón y voluntad, entre conocimiento y decisión, entre ciencia y política. Antes de analizar esta consecuencia, es preciso subrayar un problema que tiene que enfrentar el jurista que adhiere a la función normativa de la dogmática: la conexión entre dogmática y racionalización de la vida social.

Asumamos, a los fines de la discusión, que esta función prescriptiva de la dogmática fuese su principal tarea. En este caso, la dogmática señalaría al legislador qué normas debe formular, pero no es fácil vincular esta actividad con la idea

de racionalización de la vida social. En otras palabras: ¿En qué medida es racional para un individuo conocer qué normas debería formular el legislador? ¿En qué contribuye al diseño y desarrollo de un plan racional el conocimiento de las normas que debería tener el derecho? No es frecuente encontrar respuestas explícitas a estos interrogantes, pero tampoco es difícil ver cuáles podrían ser las consecuencias. Sería racional utilizar la información dogmática si los jueces dejaran de lado las normas formuladas por el legislador y utilizaran como pauta de justificación de sus decisiones las recomendaciones de los juristas. En este sentido, el desarrollo de la dogmática sería un serio desafío a la autoridad del legislador y, por esa misma razón, una amenaza para lograr el ideal del Estado de Derecho.

Frente a esta conclusión podría responderse de la siguiente manera: ¿en qué contribuye a la racionalidad la eliminación de la dogmática? ¿Qué beneficios tendría para los seres racionales de una comunidad? Estas preguntas requieren una cuidadosa respuesta y no pueden ser directamente respondidas ya que exigen un mayor desarrollo conceptual que el propuesto hasta este momento de la investigación. Sin embargo, la línea general de respuesta es: en casos difíciles, en los que no hay una solución clara por parte del legislador para una determinada controversia, la solución del caso tiene que estar guiada por consideraciones morales ordinarias y no por la coherencia en el desarrollo sistemático de una teoría dogmática. Si las propuestas dogmáticas fuesen un resumen de las soluciones morales correctas, entonces ellas cumplirían un papel de traducción de respuestas valorativamente acertadas, i.e. serían algo así como un diccionario de las normas morales para la aplicación del castigo. Pero, nada garantiza que la dogmática pueda cumplir esa función. Más bien, su alto grado de elaboración sistemática presiona en sentido contrario, otorgando a la coherencia sistemática un valor sustantivo frente a expectativas de justicia. Esta paradoja no ha escapado a la atención de los dogmáticos. Por ejemplo, Jescheck sostiene:¹³

...No puede desconocerse, sin embargo, el peligro de una dogmática del derecho penal excesivamente dada a las formulas abstractas; consiste aquel en que el juez se confíe en el automatismo de los conceptos técnicos y de esa manera desatienda las particularidades del caso concreto. Determinante ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias de la sistemática deben situarse en un segundo lugar.

A su vez, al analizar esta tesis de Jescheck, Roxin señala:¹⁴

...Si esto es correcto, de esta circunstancia también se puede dar pie a renunciar a la elaboración teórica sutil de la teoría general del delito. Pues si deducciones sistemáticas correctas sólo tienen una significación jerárquica inferior frente a la solución de las ‘cuestiones materiales’, se plantea entonces la pregunta de por qué, sin consideración a premisas sistemáticas, no dedicarse al caso jurídico concreto y decidirlo por sí mismo.

El problema radica entonces es que la dogmática sólo puede cumplir un papel *subóptimo* frente a las razones morales y esta prioridad sólo podría cambiar si se mostrase que los sistemas que elabora la dogmática son instrumentalmente necesarios para identificar las soluciones moralmente correctas.

III. DOGMÁTICA PENAL, VERDAD Y CONOCIMIENTO

Como hemos señalado, el desarrollo de una tarea *técnica* no parece satisfacer las ambiciones de la dogmática contemporánea. No se trata de una oposición consciente a desempeñar esa función, que de hecho no hay dudas que la cumple, sino del lugar que le atribuye en sus propias representaciones acerca de la racionalidad. En gran medida, la discusión sobre el aporte de la dogmática a la racionalización de la vida social no se refiere a la identificación de deberes técnicos sino a dos cosas diferentes. Por una parte, en la conexión entre dogmática y límites a la arbitrariedad de las decisiones judiciales y, por otra parte a ciertas analogías con el conocimiento científico. Ambas cuestiones son diferentes, pero se conectan fácilmente de la siguiente manera. La dogmática puede limitar la arbitrariedad de las decisiones judiciales sólo porque ofrece un esquema científico, que permite conocer las soluciones racionales a los problemas normativos.

Una exposición detallada de esta conexión entre racionalidad y dogmática exigiría un análisis cuidadoso de la relación entre dogmática y conocimiento científico. Existe una abundante literatura sobre este problema y no tiene sentido repetir aquí toda esa discusión. Más aún creemos que tampoco tiene mucho sentido discutir acerca de si la dogmática es o no es una ciencia. En general, la dogmática desarrolla actividades tan heterogéneas y hay tantos esquemas de conocimiento científico que un mínimo de prudencia aconseja evitar esa discusión. En el mejor de los casos sería conveniente reformular la pregunta. Así, parece más interesante indagar acerca de qué tipos de actividad de la dogmática son semejantes a las que desarrollan los científicos de otras disciplinas, e.g. economía, lógica, historia, etc. Pero, aún cuando el resultado de estas indagaciones sirviese para confirmar o refutar el status científico de la dogmática, todavía podría ocurrir que el mayor valor de la dogmática provenga de otras funciones políticas y sociales ajenas al conocimiento científico. Esta idea es bastante obvia, pero tal vez por ello es muchas veces pasada por alto. Al igual que el valor de la filosofía o del arte no depende de que se adapten a un canon de conocimiento científico, la relevancia social de la dogmática también es, en gran medida, independiente de su clasificación como disciplina científica. Por ello, en nuestro análisis de la dogmática no sacaremos conclusión alguna sobre el status científico de la dogmática ni fundamentaremos críticas o propuestas sobre esta discusión. En lo sucesivo, los breves párrafos que dedicaremos a esta cuestión tiene por objeto señalar los límites de otros enfoques y, de esta manera, despejar algunos problemas para otras investigaciones acerca de la conexión entre dogmática y racionalidad.

El punto de partida de esta miscelánea es la siguiente idea: en general parece asumirse que el status científico de la dogmática sería la garantía de su aporte a la racionalidad. Sin embargo, no es fácil señalar exactamente en qué radica ese componente científico de la dogmática. En particular, la ambición normativa de la dogmática genera dificultades obvias para ‘encajar’ a las teorías jurídicas en los cánones epistemológicos de la ciencia moderna. Frente a este problema se pueden mencionar tres estrategias básicas. En primer lugar, ajustar el proyecto dogmático a un determinado ideal científico, e.g. el modelo positivista de ciencia. En segundo lugar, elaborar un modelo de racionalidad alternativo, que permita explicar de manera diferente la naturaleza científica de la dogmática y, finalmente, desdibujar las diferencias entre ciencia y dogmática a los efectos de retener para la dogmática el status científico.

La primera estrategia coincide con la elaboración dogmática de principios de siglo XX y ponía el acento en la distinción entre ciencia y política, entre conocimiento y decisión. En gran medida, esta propuesta renuncia a la vocación normativa de la dogmática y asienta su pretensión científica en la aptitud para la verdad o falsedad de sus enunciados. Por el contrario, los otros enfoques intentan combinar aspectos normativos y aspectos descriptivos de manera tal que no sea necesario oponer conocimiento y decisión. A continuación analizaremos brevemente estas propuestas.

a) *Un modelo alternativo de racionalidad*

En el primer capítulo de su libro, *Delito y punibilidad*,¹⁵ Bacigalupo aborda los diferentes modelos de ciencia jurídico-penal y, comienza su análisis señalando los límites del modelo positivista de ciencia penal. En general, sus críticas son dos: la necesidad de trascender al derecho positivo¹⁶ como fundamento para el conocimiento dogmático y la utilidad de un sistema conceptual que se limitase sólo a la exposición ordenada de las consecuencias del derecho positivo. Para Bacigalupo, el derecho positivo no es el fundamento de las elaboraciones teóricas (y tampoco de las decisiones judiciales).¹⁷ Más bien, la relación de fundamentación es exactamente la inversa: los dogmáticos usan un conjunto de axiomas que sirven para fundamentar el derecho positivo y las decisiones judiciales. Por esa razón, los problemas metodológicos principales para la dogmática contemporánea son la identificación de esos axiomas, la construcción de criterios de selección de axiomas que puedan dar cuenta del derecho positivo, y la definición de las propiedades que determinan si una teoría jurídico-penal es científicamente admisible.¹⁸

Sin embargo, al descartar al derecho positivo como fundamento de las teorías dogmáticas se corre el riesgo de comprometer el ideal de ciencia que encarna la dogmática con su consiguiente impacto en su racionalidad. Por ello, Bacigalupo señala:¹⁹

... si en vez de ponerse en duda la científicidad de la dogmática se cuestiona el modelo de racionalidad dentro

del cual su carácter científico se desvanece, es probable que los resultados sean altamente saludables para aquella. Tal cuestionamiento implica básicamente poner en duda la oposición entre conocimiento y decisión.

En el resto de su trabajo, Bacigalupo pretende defender el carácter científico de la dogmática construyendo un modelo alternativo de racionalidad; un modelo que sirva para reafirmar que la dogmática no es un juego caprichoso, sino que posee status científico. A efectos de resolver la tensión entre conocimiento y decisión, Bacigalupo añade que tanto...

...en los actos de conocimiento como en las decisiones será imposible una fundamentación última que no se apoye en una decisión. Pero un concepto de racionalidad que tome en cuenta estas comprobaciones, aun cuando renuncie a la fundamentación última de sus puntos de partida, no debe excluirlos de la crítica, sino precisamente, desarrollarla.²⁰

Sin embargo, no hay ninguna indicación de qué sentido tiene la crítica, como algo diferente a la mera expresión de convicciones o preferencias, cuando no se puede garantizar la verdad o falsedad de las premisas que las fundamentan. Por supuesto, si se asume que hay respuestas morales correctas con independencia de si las formula la dogmática, el legislador o cualquier otro individuo, entonces tendría sentido señalar que la dogmática pretende analizar los diseños penales a la luz de estas ideas morales verdaderas. Pero, en ese caso, no habría necesidad de ninguna alternativa al modelo clásico de ciencia, verdad, conocimiento y racionalidad.

En otras disciplinas científicas, los problemas de fundamentación son complejos y normalmente se elaboran en una suerte de dominio filosófico de la disciplina en cuestión. Pero, al margen de este debate sobre los fundamentos y la naturaleza de los axiomas de una disciplina, las diferentes teorías científicas proponen enunciados que pretenden dar cuenta de un dominio de eventos. Esta vocación de verdad introduce un criterio de corrección de esos enunciados y teorías ya que una teoría falsa tiene que ser corregida o abandonada. En otras palabras, un rasgo distintivo de la ciencia es que se formula en un lenguaje que tiene *aptitud* para la verdad. Por supuesto, no todas las proposiciones son verdaderas y, por esa razón, tampoco hay ninguna conexión directa entre ciencia y verdad. No es difícil enumerar teorías científicas que, a pesar de su mayor o menor impacto, han sido finalmente descartadas como *falsas*. Más aún, en muchas ocasiones, una teoría *falsa* puede ser mucho más sugerente y útil que una teoría que aun no ha sido refutada. De este modo, el status científico de una teoría no está determinado por la verdad o falsedad de sus proposiciones, aunque su aptitud para la verdad es una condición indispensable para admitirla como disciplina científica. Una doctrina que no puede ser refutada, o que no es apta para la verdad, no es un buen candidato para integrar el dominio de la ciencia.

Sin embargo, ¿qué hechos hacen verdaderos a los enunciados de la dogmática? Si se admite que sus fundamentos son normas y que la mayoría de los enunciados dogmáticos también son prescriptivos, entonces el discurso

dogmático parece carecer de esta vocación de verdad. Por consiguiente, el problema de adoptar un enfoque normativo de la dogmática es que rompe su conexión con un requisito indispensable para el desarrollo científico.

Finalmente, esta desconexión entre dogmática y verdad es lo que amenaza la idea de conocimiento y racionalidad. Bacigalupo no parece advertir que la unión de decisión y conocimiento es imposible ya que sus propiedades no son compatibles. Por ejemplo, por 'conocimiento' normalmente se entiende a creencias *verdaderas* justificadas y, a diferencia de las decisiones, las creencias no pueden ser voluntariamente aceptadas o abandonadas. No hay nada misterioso en el hecho de deliberar y decidir como actividades intencionales. A su vez, nuestras decisiones, incluso las más firmes, pueden ser deliberadamente abandonadas o postergadas según sean nuestras necesidades prácticas. Pero, las creencias no admiten esa modificación deliberada. No podemos *decidir* creer, como tampoco podemos creer algo que sabemos que no es verdadero. Por ello, el pretendido modelo alternativo de ciencia y racionalidad, basado en la fusión de razón teórica y práctica, parece únicamente una alternativa a la racionalidad y al conocimiento científico.

b) Las decisiones como fundamento común de las disciplinas científicas

Una manera de enfrentarse al problema del fundamento racional de los enunciados de la dogmática penal es subrayar que cualquier disciplina científica se basa en decisiones que no son racionalmente controlables. A diferencia de la estrategia anteriormente considerada, que procuraba construir un modelo alternativo de racionalidad para preservar conjuntamente la función normativa y la dimensión científica de la dogmática, esta propuesta pretende mostrar que no hay, en última instancia, genuinas diferencias entre la dogmática y otras disciplinas científicas. Así, si es verdad que no hay fundamentos racionales, entonces no sería acertado exigir a la dogmática penal algo que otras ciencias no pueden satisfacer.

Este argumento señala que la división entre disciplinas científicas y no científicas depende de un criterio que no puede ser científicamente contrastado y que esta ausencia de fundamento se debe a que la elaboración de ese criterio es el resultado de una decisión y no de un acto de conocimiento. De este modo, la ausencia de un último fundamento racional no puede constituir el criterio para distinguir entre dogmática y ciencia ya que de ese modo ninguna disciplina podría admitirse como miembro del dominio de la ciencia.

Con frecuencia se señala que este error lo habrían cometido los que defienden un modelo (neo)positivista de ciencia, que confunde la idea de control racional con la posibilidad de verificar proposiciones. Los positivistas habrían pasado por alto que cuando descartan la naturaleza científica de la dogmática, lo único que están señalando es que la dogmática no es semejante a otras disciplinas como la biología o la física. Pero de allí no se podría obtener ninguna consecuencia acerca de si es adecuado o no admitir a la dogmática en el conjunto de las disciplinas científicas. En particular, si se pretendiese inferir que la dogmática no es ciencia sólo porque ella no se

asemeja a la física o la biología, habría que añadir una premisa valorativa. Pero, esa premisa valorativa no podría ser verificada científicamente y, por consiguiente, la distinción entre disciplinas científicas y no científicas sería arbitraria.²¹

Este argumento, sin embargo, está lejos de ser concluyente y algunas de sus más conocidas versiones se apoyan en simples falacias. Por ejemplo, en la página 157 de su *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Silva Sánchez señala:

...La definición de un enunciado o sistema de enunciados como 'científico' no es, en sí, un juicio de base meramente descriptiva, cognoscitiva. Por el contrario, requiere, como primera premisa, un juicio valorativo en el que se establezcan las características que debe reunir un enunciado o sistema de ellos para ser estimado científico. En otras palabras, una prescripción.

Primera premisa: Un enunciado, para ser científico, debe reunir las propiedades X,Y,Z.

Segunda premisa: El enunciado A no reúne las propiedades X,Y,Z

Conclusión: El enunciado A no es científico

Ello, de alguna manera, relativiza el tenor de los juicios acerca de la científicidad de otros juicios, pues tales juicios se ven sometidos – por la vía de la referida primera premisa, que en sí misma, no puede ser ni verdadera ni falsa – a todas las inseguridades propias de los juicios valorativos.

En principio, Silva Sánchez parece reproducir una suerte de argumento *modo tollente*, es decir, que de la conjunción de una condicional y la negación de su consecuente pretende inferirse la negación del antecedente. El esquema de argumento *modo tollente* es una forma válida de razonamiento y ello significa que una vez que se aceptan sus premisas, es inevitable aceptar también su conclusión.

Sin embargo, el argumento no está formulado con la precisión necesaria para dejar clara su estructura ya que la naturaleza condicional de la primera premisa está oculta por la forma gramatical asertiva. Reformularemos, entonces, ligeramente esta primera premisa para exponer la estructura lógica del enunciado en su forma canónica. El argumento tendrá la siguiente forma:

Primera premisa: Si un enunciado es científico, entonces ese enunciado debe reunir las propiedades X,Y,Z

Segunda premisa: El enunciado A no reúne las propiedades X,Y,Z

Conclusión: El enunciado A no es científico

Una vez que se muestra la estructura condicional de la primera premisa se puede advertir que el razonamiento no es válido y, en particular, que no es una instancia del *modus tollens*. Mientras que la primera premisa – según Silva Sánchez – sería una norma, la segunda premisa es un

enunciado descriptivo. Por consiguiente, la segunda premisa *no es* la negación del consecuente de la primera, que es un requisito indispensable para poder derivar la conclusión en cuestión, i.e. el enunciado A no es científico.

Nuestro propósito en la revisión de este argumento no es rechazar su idea subyacente, sino sólo subrayar que las dificultades para avanzar sobre este problema también derivan del descuidado modo en que se exponen las críticas al modelo estándar de conocimiento científico.

La segunda premisa y la conclusión son, en principio, enunciados de hecho, aptos para la verdad o falsedad. La primera premisa, por el contrario, es un enunciado prescriptivo y más exactamente un condicional que correlaciona la proposición

Esta breve discusión sobre los fundamentos de las propuestas dogmáticas tiene por función principalmente subrayar las dificultades que enfrentamos cuando tratamos de dar cuenta de la *autoridad* de la dogmática. ¿Es ella de naturaleza teórica o práctica? Si es de naturaleza teórica, entonces tiene que mostrar su mejor aptitud frente a otros actores sociales para dar cuenta de la verdad o falsedad de las afirmaciones. Ello exige mostrar que esas doctrinas no son únicamente estipulaciones o decisiones acerca de qué debería hacer el legislador sino que efectivamente se refieren a hechos que determinan su valor de verdad. Por el contrario, si la autoridad de la dogmática es de naturaleza práctica es preciso dar cuenta de cómo obligan las teorías dogmáticas y, en particular, qué ocurre cuando el legislador, los jueces o los individuos 'desobedecen' sus directivas.

Finalmente, si las teorías dogmáticas son propuestas normativas para evaluar el acierto o desacierto del legislador, no resulta obvio en qué sentido contribuyen a las decisiones racionales de los miembros de una comunidad o a la aplicación imparcial de las leyes por parte de los jueces. Más bien, al transformarse en un tribunal apto para evaluar las decisiones del legislador, el desarrollo de la dogmática resulta en gran medida en una disminución del valor de las normas penales que formula la autoridad. Los jueces tienen menos incentivos en fundamentar sus decisiones en la ley y obtienen recursos adicionales para corregir por vía interpretativa lo que ellos consideran errores del legislador.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

¹ Silva Sánchez, Jesús, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p.105

² Al respecto, véase: von Wright, Georg H., 'The Foundation of Norms and Normative Statements' en *Practical Reason*, op. cit. 67-82

³ Von Wright, Georg H., *Norm and Action*, op. cit., pp. 70 y ss

⁴ Acerca de la conexión conceptual entre autoridad y lenguaje, véase: Raz, Joseph, 'Authority, Law and Morality' en *Ethics in the Public Domain*, op.cit., pp. 194-221. Véase, también, Raz, Joseph, 'Legitimate Authority' en *The Authority of Law*, pp. 3-27 (Oxford: Oxford University Press, 1979)

⁵ Uno de los primeros trabajos en exponer esta conexión entre normas y razones para la acción: Raz, Joseph, 'Las razones de las acciones, decisiones y normas' en Raz, J. (ed), *Razonamiento práctico*, pp 238-266 (México: Fondo de Cultura Económica, 1986).

⁶ Sancinetti, Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, p. 27 (Bogotá: Universidad del Externado, 1996)

⁷ Silva Sánchez, Jesús maría, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 154-155

⁸ Para una exposición de esta evolución, véase: Silva Sánchez, Jesús, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 43-178. Para una revisión de las críticas al positivismo en dogmática penal, véase: Ortiz de Urbina, Iñigo, *La excusa del positivismo. La presunta superación del 'positivismo' y el 'formalismo' por la dogmática penal contemporánea* (Madrid: Civitas, 2007)

⁹ Acerca de los problemas de las teorías descriptivas y prescriptivas, véase: Bix, Brian, 'Descripción y razonamiento jurídico' en *Teoría del derecho: ambición y límites*, pp. 77-102 (Barcelona: Marcial Pons, 2006).

¹⁰ Fletcher, George, 'The Nature and Function of Criminal Theory' en *California Law Review* 88 (2000), p. 693.

¹¹ Sancinetti, Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, op. cit., p. 26

¹² En el desarrollo de esta idea, Sancinetti sigue a Jakobs. Véase, Jakobs,

Günther, 'El principio de culpabilidad' en *Fundamentos del derecho penal*, op.cit., pp. 21 y ss.

¹³ Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal. Parte general*, op.cit., p. 176

¹⁴ Roxin, Claus, 'Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal', op. cit., pp.40-41

¹⁵ Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, op.cit., pp. 61-95.

¹⁶ Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, op. cit., pp. 33 y ss. La segunda crítica es dependiente de la primera y, por ello, no la abordaremos aquí.

¹⁷ Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, op. cit., pp. 34-35

¹⁸ Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, op. cit., pp. 45-46

¹⁹ Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, op. cit., p. 42

²⁰ Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, op. cit., p. 43

²¹ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 157 y ss.

CAPÍTULO VI: DESACUERDOS DOGMÁTICOS Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO

I. DOGMÁTICA, VERDAD Y DESACUERDOS

En el capítulo anterior exponíamos algunas dificultades referidas al status de la dogmática jurídica. Las discusiones sobre la aptitud para proporcionar un conocimiento objetivo y neutral del derecho hace ya algún tiempo que han desaparecido del centro de la escena conceptual, pero eso no significa que los problemas hayan sido resueltos. Más bien, la razón es que el interés se ha desplazado hacia otras áreas de debate sin que hayamos obtenido una solución a los problemas de la naturaleza de la dogmática jurídica. Es importante subrayar la importancia de este tema: al carecer de legitimidad política, los dogmáticos no pueden justificar sus normas y su vocación política (i.e., la 'naturaleza práctica' de su disciplina) en el respaldo o aceptación por parte de quienes se ven afectados por sus propuestas. Por ello, al ser imposible invocar una autoridad política, su reivindicación se produce en términos de *autoridad teórica*. La dogmática, entonces, no puede dejarse de lado porque pretende exponer de *manera verdadera y sistemática* cuándo y cómo el Estado debe castigar a los individuos. En otras palabras, la autoridad de la dogmática sería la autoridad del conocimiento.

¿Qué garantiza la conexión entre dogmática y verdad? Anteriormente señalábamos que los desacuerdos en el nivel más abstracto de la dogmática, e.g. causalismo y finalismo, no tenían mayor incidencia práctica, al menos en el sentido de que la aceptación de una u otra concepción no ha significado una variación significativa en el modo en que los jueces deciden las controversias. El alto nivel de abstracción de los enunciados que forma la base de estas teorías y su pretensión de trascender la normativa específica de los diferentes sistemas penales constituyen un reto para la identificación de las condiciones de verdad de esas afirmaciones. En este sentido, los 'errores' que una cierta teoría atribuye a otra teoría rival no son afirmaciones falsas, i.e. que no corresponden a los hechos del mundo, sino son más bien 'formas de ver el mundo', decisiones acerca del modo en que se traman nuestras redes conceptuales.

Correlativamente, esa inmunidad contra el error es también una garantía sobre la irrelevancia de su 'verdad'. Por ello, estas discrepancias abstractas no puedan resolverse en términos de verdad o falsedad y, al menos prima facie, no tiene sentido señalar que en esos niveles de abstracción existan *genuinas discrepancias*.

Por consiguiente, tal vez resulte más prometedor avanzar desde un punto de vista alternativo. En este capítulo nos interesa analizar un nivel más específico de desacuerdo, que se produce al momento de dar cuenta del derecho positivo de una cierta comunidad. En estos casos, las propuestas específicas de la dogmática – como una actividad diferente a la construcción de grandes teorías – son normalmente asociadas a la tarea de interpretación del material jurídico de

una determinada comunidad y, por consiguiente, las discrepancias giran en torno a los límites que el derecho positivo impone a las diferentes interpretaciones. En principio, los juristas y los jueces suelen presentar sus enunciados interpretativos como una consecuencia inevitable del modo en que el legislador ha formulado sus normas. No es sólo 'un punto de vista' sino que se pretende encontrar la 'interpretación correcta'. En la medida en que esta aspiración pueda defenderse podríamos obtener también un fundamento para las discrepancias entre los dogmáticos y garantizar así un genuino progreso en nuestro conocimiento. Las discusiones entre dogmáticos, al igual que cualquier discrepancia genuina, se debería resolver mostrando que partes de la discusión está equivocada, es decir, que sus enunciados son falsos.

Sin embargo, a continuación expondremos algunas dificultades que surgen en el análisis de este plano dogmático más específico y el hilo conductor de la discusión se refiere a algunos problemas de la dogmática penal, vinculados principalmente al delito imposible y la tentativa.¹ Aquí nos ocuparemos de casos en los que no existe *lógicamente* oportunidad de realizar una cierta acción típica,² e.g. cuando se pretende matar a una persona que ya está muerta, o cuando alguien pretende hurtar una cosa que, en realidad, es de su propiedad.³ Para estos casos es necesario subrayar que, mientras que es una trivialidad sostener que el resultado no podía obtenerse cuando el delito es imposible, está lejos de resultar obvio que ese resultado no puede ser intentado por (y reprochado a) un agente que desconoce la imposibilidad.⁴ Sin embargo, en la dogmática contemporánea es frecuente encontrar afirmaciones como las siguientes:⁵

... no es comprensible como puede calificarse de delito imposible la conducta de quien creyendo sustraer una cosa ajena se apodera de lo que en realidad es de su propiedad. Obviamente se trata de una conducta atípica, que no puede ser sancionada...

Las afirmaciones de este tipo suelen estar acompañadas por las siguientes consecuencias: (i) cuando es lógicamente imposible producir el resultado típico, entonces tampoco puede haber *tentativa* de producir ese resultado disvalioso; (ii) Si las conductas que lógicamente no pueden dar lugar a ese resultado son *atípicas* - y, por ello, también impunes-, entonces la *tentativa* de producir ese resultado también estará exento de responsabilidad; (iii) Si es imposible cometer un determinado delito, entonces también es imposible comenzar su ejecución.

Nuestro propósito específico es revisar este conjunto de tesis acerca de la relación entre delito imposible, comienzo de ejecución de una tentativa y atipicidad de las conductas. En general, sostendremos que estas tesis, que con frecuencia se

presentan como las únicas interpretaciones correctas o admisibles del derecho positivo, son erróneas y su aparente plausibilidad deriva principalmente de no tomar en serio otras alternativas conceptualmente relevantes.

II. COMIENZO DE EJECUCIÓN: PROXIMIDAD E IDONEIDAD

En la dogmática contemporánea es frecuente sostener que cuando es lógicamente imposible conseguir el resultado típico, tampoco puede haber comienzo de ejecución del delito y la conducta del agente permanece en la esfera de los comportamientos atípicos.⁶ Por ejemplo, Nuñez señala:⁷

...El comienzo de ejecución constitutivo de la tentativa exige una conducta idónea para consumar el delito intentado, porque sin esa capacidad no concurre la condición del peligro efectivo para el derecho protegido por la ley penal que fundamental el castigo de la tentativa... El delito imposible no es, en consecuencia, una tentativa porque falta el peligro propio de ésta.

Y refiriéndose expresamente a situaciones donde por razones lógicas no existe oportunidad de consumar el delito (e.g. imposibilidad de cometer homicidio por encontrarse muerta la víctima o imposibilidad de hurto por ser propia la cosa), añade que ‘... no puede haber delito imposible punible si la inidoneidad consiste en la atipicidad de la conducta del autor’.⁸

Aunque estas referencias pueden multiplicarse fácilmente, sin embargo, este argumento del comienzo de ejecución no es concluyente. Un síntoma obvio de sus límites es que en la dogmática penal la frase ‘comienzo de ejecución’ se emplea paradigmáticamente con dos sentidos diferentes.⁹ Por una parte, esa expresión se refiere a la distinción entre actos que son una mera preparación del delito y los actos que representan el inicio del delito. Por otra parte, la expresión ‘comienzo de ejecución’ se usa en la dogmática contemporánea para referirse a las acciones que tienen *aptitud* para dar lugar al resultado típico.

El primer sentido es el significado tradicional que ha recibido esa expresión desde que fue introducida en el código penal de Francia en 1810. Existen numerosas teorías que pretenden trazar la distinción entre los actos preparatorios y el comienzo de ejecución y ellas – en general – se basan en una idea común: la *conexión temporal* de los actos del agente respecto del resultado típico. Mediante nuestras teorías de la tentativa, tratamos de identificar un *momento* en el curso de comportamiento que nos revele, por ejemplo, la decisión del agente de consumar el delito. Este momento es analíticamente relevante no sólo porque traza una línea divisoria entre actos punibles y actos impunes en la serie de comportamientos que conducen al delito sino también porque a partir de ese momento es jurídicamente relevante el desistimiento por parte del agente. La secuencia que va desde la preparación a la tentativa es irreversible y los actos preparatorios siempre son *más remotos* en el desarrollo del delito que aquellos eventos que cuentan como comienzo de ejecución. En adelante, a

efectos de evitar confusiones, denominaré a ese uso como ‘Comienzo de Ejecución Próximo’, o simplemente ‘CP’.

En el segundo sentido, i.e. el que se refiere a la *aptitud* para producir el delito, la diferencia en el *iter criminis* es entre las acciones idóneas para dar lugar a un resultado típico y las acciones que no son idóneas para ello. Éste es el sentido de ‘comienzo de ejecución’ que tiene en mente, por ejemplo, Humberto Vidal cuando sostiene:¹⁰

... ¿Qué comienzo de ejecución típico existe en suministrar sal o bicarbonato para envenenar? ¿O disparar un revolver sobre un cadáver? Habrá propósito de envenenar y actos externos, pero no comienzo de ejecución porque esto supone actos idóneos.

En igual sentido, al analizar lo supuestos en que una acción se proyecta sobre objetos que no existen (e.g. un bien ajeno en el caso del hurto), Pessoa afirma:¹¹

...Si el objeto no existe, por ejemplo, porque ya ha dejado de existir ... pensamos que corresponde afirmar la atipicidad de la conducta. No hay tentativa porque no hay comienzo de ejecución porque es imposible comenzar el apoderamiento de algo que no existe.

Este concepto no se refiere a un momento determinado del *iter criminis* sino a la relación empírica (paradigmáticamente causal) entre los medios empleados y el resultado disvalioso. La ejecución de un delito requiere normalmente un despliegue de recursos en un determinado contexto de circunstancias. Las variaciones en ese contexto producen también cambios en las oportunidades que tenemos para lograr nuestros fines. Por consiguiente, si el comienzo de ejecución de un delito se determina por el uso de medios idóneos para lograr el resultado típico, un mismo medio podría ser idóneo o inútil conforme a las variaciones que se produzcan en el contexto del delito. Para evitar confusiones con el otro concepto expuesto anteriormente, denominaré a este sentido como ‘Comienzo de Ejecución Idóneo’, o simplemente ‘CI’.

Una vez que se distinguen ambos conceptos, la discusión sería una discrepancia verbal si los que participan en esa controversia usasen la misma expresión ‘comienzo de ejecución’ pero con diferentes significados, e.g. CP y CI. Quienes creen que es posible atribuir responsabilidad en casos en los que no hay oportunidad *lógica* de producir el resultado trazan la distinción entre actos preparatorios y comienzo de ejecución del delito con independencia de la posibilidad de lograr el resultado típico. Por el contrario, quienes defienden el argumento del comienzo de ejecución (i.e., que la conducta es atípica cuando no hay oportunidad lógica de lograr el resultado) niegan que estos casos sean posibles. La negación de esta situación es \neg (CP y \neg CI). Negar que una conducta pueda ir más allá del acto preparatorio y, al mismo tiempo, carecer de aptitud para producir el resultado típico equivale a sostener que el segundo sentido de comienzo de ejecución es una condición necesaria para el primero. Por consiguiente, este argumento sostiene que CP implica a CI, i.e. (CP \rightarrow CI).

Para este argumento, el concepto CI sería una suerte de especificación del contenido conceptual de CP. En particular, la exigencia de idoneidad no sería una renuncia a identificar un *momento* que divida los actos preparatorios del comienzo de ejecución, sino de subrayar que la noción de proximidad tiene necesariamente que incluir a la aptitud para producir el resultado típico. En otras palabras, *si fuese verdad* que CP implica a CI, entonces toda acción que va más allá de los actos preparatorios en el *iter criminis*, también sería una conducta idónea para conseguir el resultado típico. Pero, por supuesto, esto es lo que es preciso probar y, a continuación examinaré algunas razones que pueden esgrimirse a favor y en contra de esa tesis.

III. LA NATURALEZA DE LOS ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS

La afirmación que analizamos es el condicional (CP → CI). Una forma de leer esta expresión es: ‘Toda conducta que, en el *iter criminis*, va más allá de los actos preparatorios es apta para producir el resultado típico’. Esta afirmación es una interpretación del alcance o extensión de un cierto concepto. Por esa razón, denominaré a ese tipo de afirmaciones como ‘enunciados interpretativos’. Hay, al menos, dos maneras de entender este tipo de enunciados.

a) *Tesis empírica*. En este sentido, la proposición condicional (CP → CI) afirma que, como cuestión de hecho, siempre que un individuo desarrolla una conducta que traspasa el límite que distingue un acto preparatorio del comienzo de ejecución, su conducta es idónea para producir el resultado típico. Como cualquier otra afirmación empírica, su verdad o falsedad depende de lo que ocurre en el mundo. Sin embargo, hay buenas razones para afirmar que este enunciado es falso. Para ello sólo es preciso encontrar un caso en el que el agente desarrolle una conducta que sea paradigmáticamente algo más que un acto preparatorio y que, simultáneamente carezca de eficacia para lograr el resultado disvalioso. Consideremos el caso *Anderton v. Ryan*, que reavivó el debate sobre el delito imposible en Inglaterra en la década de los 80. La señora Ryan había intentado comprar una videgrabadora que se ofrecía como oferta y, debido al precio que pedía el vendedor, Ryan creía que ese objeto era robado. En su análisis, Glanville Williams señala:¹²

...Nadie puede racionalmente dudar que Ryan realizó un acto que era algo más que una mera preparación para dar lugar a sus intenciones – de hecho, si el artículo que ella creía que era robado, efectivamente lo hubiese sido, entonces ella habría hecho todo lo necesario para conseguir lo pretendido.

En otras palabras, no hay ninguna razón para pensar que, como una cuestión de hecho, cada vez que un sujeto inicia su plan criminal y traspasa la línea que separa la preparación del inicio del delito, ese sujeto está embarcado en un curso de acción idóneo para obtener el resultado. Así como no es una contradicción afirmar que un individuo intentó cazar un león,

pero no pudo lograrlo porque de hecho no había ninguno el coto de caza,¹³ también es plausible admitir que un acto puede ir más allá de lo que se considera una preparación del delito y, sin embargo, carecer de idoneidad para producir el resultado típico. Por supuesto, si se añade que ningún acto puede ser el comienzo de ejecución de un homicidio cuando la víctima ya está muerta, entonces la tesis deja de enunciar una correlación empírica y simplemente oculta un enunciado analítico. Veamos esta estrategia con cierto detalle.

b) *Tesis conceptual*: En esta lectura, la tesis interpretativa no admite una refutación empírica ya que no da cuenta de los hechos del mundo sino únicamente de nuestros criterios para clasificarlos. Las conexiones conceptuales entre diferentes expresiones, por ejemplo entre CP y CI, se basan en nuestras *definiciones*. Si se acepta que, por definición, un acto es el comienzo de ejecución de un delito cuando es idóneo para producir el resultado típico, entonces, la afirmación ‘Toda conducta que va más allá de los actos preparatorios es apta para producir el resultado típico’ es un enunciado *analítico*. Estos enunciados son un desarrollo del significado que hemos asignado a un determinado término y son verdaderos en virtud de la definición utilizada. En este caso, carece de sentido discutir sobre la verdad o falsedad de la afirmación condicional (CP → CI), pero es posible todavía rechazar la definición de ‘comienzo de ejecución’ que genera esa consecuencia. Por ello, una definición alternativa será el fundamento de otro enunciado analítico distinto, es decir, de otra manera de hacer explícito el esquema conceptual que hemos adoptado.

IV. INTERPRETACIÓN Y DESACUERDOS CONCEPTUALES

Con frecuencia se asume que para que un desacuerdo sea genuino, los enunciados que se contraponen tienen que tener diferentes valores de verdad. Por ejemplo, Carlos Alchourrón sostiene,¹⁴

...Para que haya una genuina discrepancia es indiscutible que lo que una de las partes afirma sea exactamente lo que la otra niega. Esto supone que las expresiones con que se formula el desacuerdo tienen el mismo significado

Conforme a un punto de vista clásico sobre las relaciones entre verdad y falsedad, una proposición P y su negación son exhaustivas y excluyentes.¹⁵ A su vez, una proposición es falsa cuando su negación es verdadera. De allí se sigue que un desacuerdo genuino presupone que o bien P es verdadera o bien P es falsa.

La conexión entre verdad y desacuerdos hace conveniente recordar algunas cuestiones bien conocidas sobre estas relaciones, pero que por su misma obviedad algunas veces son pasadas por alto.¹⁶ La verdad de un enunciado fáctico como ‘Juan es homicida’ depende de dos elementos: a) convenciones lingüísticas o reglas semánticas del lenguaje y b) ciertos hechos específicos, e.g. la muerte de un determinado individuo por parte de Juan.

De acuerdo a esta reconstrucción, la verdad de nuestras afirmaciones descansa tanto sobre hechos como también sobre nuestros criterios para clasificarlos.¹⁷ Los hechos que determinan la verdad de las proposiciones son fenómenos individuales, que pueden subsumirse en diferentes clases o categorías. Esta clasificación de los eventos particulares depende, entre otras cosas, de nuestras reglas semánticas. Estas reglas no se refieren al mundo sino al uso de las palabras. Si se admite que las reglas semánticas son *convencionales*, i.e. la relación entre palabras y cosas no es natural sino artificial, entonces, al igual que otras convenciones, las reglas semánticas pueden modificarse de acuerdo a las preferencias y necesidades de los miembros de una comunidad.

Un rasgo importante de las reglas semánticas es su naturaleza meta-lingüística, es decir, ellas no se refieren a la realidad sino al lenguaje objeto que usamos para clasificar el mundo. De esta manera, una discusión acerca de si a la expresión ‘comienzo de ejecución’ hay que definirla mediante CP o CI es, estrictamente, una cuestión de palabras (más precisamente: de cómo usar las palabras). Si no hay espacio para definiciones *reales* de los conceptos, entonces no hay tampoco ningún ‘hecho externo’ (e.g. la teoría del delito) que garantice una definición correcta.

Aunque las reglas semánticas rara vez son enunciadas de manera explícita, una tarea importante en la construcción de un lenguaje teórico riguroso es señalar expresamente a esas reglas. La importancia de estas reglas semánticas radica en que, con frecuencia, en los desacuerdos no se cuestionan los *hechos* que determinan el valor de verdad de una afirmación, sino los *criterios* para clasificar esos hechos.¹⁸ De este modo, la discrepancia entre quienes afirman una conexión conceptual entre CP y CI (es decir, quienes defienden que CP implica a CI) y los que niegan esa conexión es una disputa sobre la regla semántica que correlaciona ambos predicados.

¿Qué pretendemos hacer al formular una regla semántica, por ejemplo la que correlaciona invariablemente a CP con CI?¹⁹ Por una parte, podríamos intentar dar cuenta de un cierto uso lingüístico vigente en la comunidad, o, por otra parte, podríamos estipular un nuevo uso para cierta palabra o expresión. En ambos casos formulamos una definición y la diferencia radica en que ellas será o bien *lexicográfica* o bien *estipulativa*. Mientras que las primeras son informaciones acerca del modo en que una expresión es usada en la comunidad, las segundas son decisiones semánticas que carecen de valor de verdad, i.e. no son verdaderas ni falsas. Al usar una definición que conecta conceptualmente al comienzo de ejecución con la idoneidad, la afirmación ‘el comienzo de ejecución de un delito es una conducta idónea para producir el resultado típico’ expresa un enunciado analítico: es verdadero *por definición*.²⁰ La consecuencia inmediata de este enfoque es que los debates conceptuales no son discrepancias genuinas, sino, en última instancia, un desacuerdo verbal.²¹

Por consiguiente, en los argumentos dogmáticos se construyen las premisas del argumento mediante una combinación de definiciones y enunciados analíticos. Sobre

esa base, se puede admitir (o rechazar) que la aptitud sea una condición necesaria del comienzo de ejecución. Para justificar esa clasificación hay que usar una determinada regla semántica, que se encontraba ya vigente o que se estipula al momento de pretender resolver el problema. En ambos casos, se formulan enunciados analíticos y, por ello, dos juristas que discrepan sobre la responsabilidad de un agente que pretende producir un resultado lógicamente imposible no tienen un genuino desacuerdo. Dado que el desacuerdo exige que, en casos de discrepancia, uno de los enunciados sea verdadero y el otro falso, se sigue que no hay un desacuerdo genuino.

V. DELITO IMPOSIBLE Y DELITO PUTATIVO

Cuando el delito es lógicamente imposible, el resultado tipificado penalmente se puede producir sólo en las erróneas creencias del autor. Algo similar ocurre en los supuestos de delito putativo, i.e. cuando el agente cree que su conducta está prohibida penalmente. Por ello, en su *Tratado*, Nuñez señala que el artículo que regula el delito imposible²²

... resulta inaplicable si el delito que el autor se propone cometer es imposible porque el hecho ejecutado carece de alguna exigencia de la correspondiente figura delictiva... Castigar al autor en estos casos, no sólo implica reprimir al margen de los delitos previstos por la ley penal, sino castigar también una especie de delito putativo, pues la criminalidad sólo existe en la creencia del autor.

En este párrafo, Nuñez parece referirse a casos en los que, por ejemplo, el agente pretende hurtar una cosa que en verdad le pertenece. Para él, este intento no sería tentativa ni delito imposible sino lisa y llanamente un delito putativo. De esta manera, una razón para exigir una conexión conceptual entre los dos sentidos de comienzo de ejecución sería la necesidad de resolver de manera coherente los casos de delito imposible y delito putativo.²³ Los delitos lógicamente imposibles ejemplificarían conductas atípicas ya que - a diferencia de otras formas de tentativa - no admiten comienzo de ejecución y castigar una conducta atípica que se realiza con intención delictiva es equivalente al reproche por delito putativo.

Para evaluar este argumento es preciso analizar con cierto detalle la estructura del delito putativo y, en particular, sus semejanzas y diferencias con el delito imposible. El punto de partida de cualquier análisis del delito putativo es la existencia de las normas ya que, en estas situaciones, el agente cree erróneamente que en el sistema hay una norma penal que reprime su conducta. En teoría del derecho, y en menor medida también en derecho penal, es usual distinguir entre normas formuladas y normas derivadas en el sistema jurídico.²⁴ Mientras las primeras son expresamente formuladas por la autoridad, las segundas son una consecuencia lógica de ellas. En las discusiones clásicas, el delito putativo es penalmente irrelevante porque no existe una norma *expresamente formulada* que sirva como base para la atribución de responsabilidad. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando el error del agente se refiere a una norma derivada? A

efectos de evitar confusiones con la noción clásica de delito putativo, me referiré a este supuesto como 'delito putativo derivado'. Por ejemplo, supongamos que existe una norma formulada que establece una sanción X para el caso de injurias y representemos a esa norma como: 'I → Ox'. Podría admitirse que en nuestra comunidad hay determinados gestos que poseen naturaleza injuriosa, e.g. 'hacer cuernos' a otro individuo, enseñarle el dedo mayor, etc. Ahora supongamos que un determinado individuo cree que el gesto de levantar el pulgar haciendo 'O.K' (acción P) cuenta también como una forma de injuria. En este caso, el agente se equivoca sobre la vigencia de una regla semántica que correlaciona al gesto del pulgar con la calificación de injuria.

A diferencia de lo que ocurre en la reconstrucción clásica del delito putativo, en estos casos la infracción se dirige a una norma erróneamente derivada en el sistema normativo. En otras palabras, el agente cree que existe la regla 'P → Ox'. Su creencia errónea se desprende de otra creencia equivocada: el agente asume la regla 'P → I'. Conforme a esta regla, producir P cuenta como dar lugar a I. De la conjunción de 'I → Ox' y 'Si P → I' se infiere 'P → Ox', pero esta última norma no existe en (no forma parte de) nuestro sistema jurídico porque tampoco existe la regla conceptual que conecta P y I.

Por consiguiente, si para analizar esta situación utilizamos a la norma 'I → Ox', el agente será reprochable a título de tentativa de injurias o como autor de delito imposible de injurias. Pero, si la base de atribución de responsabilidad es la existencia de la norma derivada 'P → Ox', entonces únicamente habrá delito putativo derivado. Por supuesto, no existe problema alguno en castigar al agente por su conducta intencional dirigida a infringir la norma 'I → Ox' y, simultáneamente, señalar que no corresponde ninguna responsabilidad por su intención de infringir 'P → Ox', ya que está última norma sólo existe de manera putativa en el sistema penal. La ilusión de que el castigo del delito imposible es, en algún sentido, similar al reproche por un delito putativo se basa en que es tan imposible infringir una norma que no existe como infringir una cierta norma cuando es imposible producir su resultado típico. Pero, de que siempre sea lógicamente imposible infringir una norma que no existe no se sigue que siempre sea lógicamente posible infringir una norma existente en el sistema jurídico.

VI. LEGALIDAD, REGLAS CONCEPTUALES Y DELITO PUTATIVO

Una razón importante para analizar las conexiones entre delito imposible y delito putativo es la convicción de los dogmáticos acerca de la irrelevancia penal de las *malas intenciones* de los agentes. Como forma específica, esa convicción se manifiesta en el siguiente argumento: cuando no existe lógicamente oportunidad de lograr el resultado disvalioso, el reproche penal del delito imposible equivale a castigar a un autor por su mentalidad criminal (*mens rea*) y no por los resultados disvaliosos de su conducta. Finalmente, el argumento se completa con la afirmación de que las garantías

inherentes al principio de legalidad impiden castigar a un individuo sobre la única base de sus malas intenciones.

Uno de los compromisos del principio de legalidad es que sólo las conductas típicamente definidas por las *leyes* de una determinada comunidad son susceptibles de imputación penal. Entre otras cosas esta restricción formal a la fuente social que determina el delito implica dos restricciones: por una parte, no existen delitos jurisprudenciales o consuetudinarios y, por otra parte, no existen delitos dogmáticos o idiosincrásicos. La consecuencia natural de estas restricciones es que cuando un determinado agente asume que su conducta es reprochable, esta creencia es todavía penalmente irrelevante. Sin embargo, al tomarse en cuenta el fenómeno del delito putativo derivado es posible advertir algunas inconsistencias en el modo en que se aplica el principio de legalidad en el derecho penal contemporáneo. En este apartado veremos esta idea con cierto detalle.

Ya hemos señalado que, en gran medida, la tarea de la dogmática es determinar cuándo una clase de eventos cuenta como una subclase de otro conjunto. Por ejemplo, cuando un acto determinado cuenta como comienzo de ejecución de un delito, o cuando una determinada expresión es también una amenaza o una injuria.²⁵ En estos casos, la tarea es analizar si una familia de clases *P, Q, ... S* implican a la clase de eventos *I*, que es la conducta o resultado expresamente imputada a la sanción penal. Se trata de la correlación entre *casos*, que definen una implicación o equivalencia entre los elementos de una familia de clases. El fundamento de lo que cuenta como *I* son reglas conceptuales (semánticas) que permiten correlacionar diferentes clases de eventos. La existencia de estas reglas es un *hecho semántico*, i.e., un fenómeno que nos permite criticar o aprobar al uso de determinadas expresiones en una comunidad. Por ejemplo, de acuerdo a las reglas semánticas de nuestra comunidad, las palabras 'esposa/marido' y 'cónyuge' tienen el mismo significado. En virtud de esta regla semántica se sigue que quien mata a, por ejemplo, su esposa también mata a su cónyuge.²⁶

En ocasiones, el legislador formula expresamente una regla semántica con el propósito de extender o restringir el alcance de un término. En esos casos, el legislador estipula un nuevo significado para una palabra, apartándose de los usos lingüísticos vigentes. Por ejemplo, el código penal de Argentina señala que 'también se entenderá por violencia el uso de medios hipnóticos y narcóticos'. El significado ordinario de 'violencia' no se refiere a los hechos cometidos mediante el uso de hipnosis o narcóticos, pero al introducirse expresamente esa definición en el código penal, aquello que cuenta como violencia se amplía considerablemente.

Es importante destacar dos cosas. Por una parte, las definiciones del legislador son siempre *estipulativas* y tienen por función indicar de qué manera hay que entender una expresión que, de otro modo, sería comprendida conforme a su sentido ordinario. Por otra parte, las definiciones del legislador permiten atribuir responsabilidad penal, sin violación del principio de legalidad, a eventos que de otro modo no estarían capturados por el tipo penal. Según hemos visto, en el caso del delito putativo basado en la infracción de

normas erróneamente derivadas (i.e. aquellas que un determinado agente asume que existen porque utiliza una correlación semántica inexistente), se considera que el principio de legalidad impide atribuir responsabilidad penal.

En otras palabras, este principio central del Estado de Derecho impide atribuir relevancia penal a los errores o desviaciones semánticas del agente.

Sin embargo, los dogmáticos no extraen todas las consecuencias de esta situación. Conforme hemos señalado anteriormente, ellos consideran que cumplen una importante función al establecer explícitamente los criterios que permiten señalar que una clase de eventos cuenta como una forma de la conducta típica. En la mayoría de esas ocasiones sus reglas semánticas no se limitan a recoger los usos lingüísticos vigentes en la comunidad sino que, al igual que las definiciones del legislador, limitan o extienden el sentido ordinario de una palabra o expresión. En la medida en que ellos carecen de autoridad para modificar la descripción de la conducta típica, sus decisiones semánticas deberían ser tan irrelevantes para la atribución de responsabilidad penal como los errores semánticos de un agente que ejecuta un delito putativo.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

¹ En lugar de la expresión 'tentativa inidónea' usaremos la expresión, un tanto pasada de moda, 'delito imposible' por dos razones. En primer lugar, ésa es la expresión que usa el legislador y, como análisis de una polémica sobre la interpretación del derecho, no parece sensato comenzar sustituyendo las palabras de la ley sin previamente tomar partido sobre las razones a favor o en contra de su uso. En segundo lugar, esta expresión no prejuzga sobre si esas conductas son una forma de tentativa o, por el contrario, una figura específica de atribución de responsabilidad.

² La literatura sobre este problema es inabarcable. En España se han publicado en los últimos años diversos libros y monografías que, con mayor o menor detalle y perspicacia, dan cuenta de las diferentes posiciones y evoluciones de la dogmática y jurisprudencia en España y Alemania. Véase, por ejemplo, Alcaer, Rafael, *La tentativa inidónea*, (Granada: Comarés, 2000), Sola Reche, Esteban, *La llamada 'tentativa inidónea' de delito* (Granada: Comares, 1996); Moreno –Torres Herrera, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999); Nuñez Paz, Miguel Ángel, *El delito intentado* (Madrid: Colex, 2003). Para un estudio de significativa importancia en Argentina, véase: Sancinetti, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, (Buenos Aires: Hammurabi, 1991). En el ámbito anglosajón, un trabajo de notable influencia fue el artículo de Hart, H.L.A., 'The House of Lord on Attempting the Impossible' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 388 (Oxford: Oxford University Press, 1983). Para un panorama general en el derecho anglosajón, véase: Enker, Arnold, 'Impossibility in Criminal Attempts – Legality and the Legal Process' en *University of Minnesota Law Review* 53 (1969), pp. 665 y ss; Husak, Douglas, *Philosophy of Criminal Law*, pp. 94 y ss (New Jersey: Rowman & Littlefield, 1987); Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law*, pp. 131 y ss (Oxford: Oxford University Press, 2000); Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, 2ª edición, pp. 347 y ss (New York: M. Bender, 1995). Véanse, también, los influyentes trabajos de Williams, Glanville, 'The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes?' en *Cambridge Law Journal* 45 (1986), pp. 33-83; White, Alan R., 'Attempting the Impossible', en Frey, R. et al (eds), *Liability and Responsibility*, pp. 65-86 (Cambridge: Cambridge University Press, 1991); Duff, R.A., 'Subjectivism, Objectivism and Criminal Attempts' en Simister, A. P. et al (eds), *Harm and Culpability*, pp.19-44 (Oxford: Oxford University Press, 1996).

³ Dado que nos interesan en casos en los que no existe lógicamente oportunidad de lograr el resultado típico, nos ocuparemos sólo incidentalmente de situaciones en las que, por razones de hecho, no hay empíricamente oportunidad de realizar la acción típica. En esos casos es frecuente analizar si la imposibilidad era absoluta o relativa ya que frente a

una imposibilidad relativa se admite que la conducta del agente es reprochable y, por el contrario, se asume que no debe castigarse en casos de imposibilidad absoluta. Creo que esa distinción entre imposibilidad empírica absoluta y relativa obliga a trazar distinciones arbitrarias y, por ello, no posee gran valor teórico. En el mismo sentido, Sancinetti, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, op. cit., p. 464. Por razones similares también desconfío de la utilidad teórica de un conjunto de distinciones usuales en la dogmática contemporánea, e.g. la distinción entre perspectiva *ex ante* y *ex post*, la opinión del espectador imparcial, etc.

⁴ Von Wright, Georg H., *Sobre la libertad humana*, pp. 57 y ss (Barcelona: Paidós, 2002). En el mismo sentido, Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, II, 3ª reimpresión, p. 229 (Buenos Aires: 1956)

⁵ Sierra, Hugo Mario, 'La tentativa inidónea o delito imposible' en *La Ley*, tomo B (1975), p. 1103

⁶ Para una buena presentación de la evolución de las doctrinas clásicas en Argentina sobre tipicidad, véase: Bacigalupo, Enrique, *Tipo y error*, 2ª edición (Buenos Aires: Hammurabi, 1988). Acerca de la conexión entre tipicidad y tentativa, véase, Sancinetti, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, op. cit., pp. 384 y ss. La naturaleza de este argumento sugiere que si, por ejemplo, nuestro código no incluyese al requisito de *comienzo de ejecución* entre las condiciones de la tentativa – como ocurre, por ejemplo en el Modelo de Código Penal norteamericano – entonces no habría problemas en castigar las conductas que no pueden, por razones lógicas, producir el resultado típico. Al respecto, véase, Fletcher, George, *Conceptos básicos de derecho penal*, op.cit., pp. 250-251.

⁷ Nuñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 2ª reimpresión, p. 339 (Córdoba: Lerner, 1988). En años posteriores, Nuñez modificó esta opinión. Véase, Nuñez, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª edición, revisada por Spinka, R. y González, F., p. 233, nota 39 (Córdoba: Lerner, 1999).

⁸ Nuñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 339. Véase también en esa misma página la nota 115. También, Zaffaroni, Eugenio et al., *Derecho Penal. Parte General*, p. 835 (Buenos Aires: Ediar, 2000)

⁹ Para un breve análisis de diferentes sentidos y consecuencias de esa expresión, véase, Jakobs, Günther, 'Representación del autor e imputación objetiva' en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1991), Tomo II, pp. 497 y ss

¹⁰ Vidal, Humberto, *El delito imposible. Opúsculos de derecho penal y criminología*, p.21 (Córdoba: Lerner, 1986).

¹¹ Pessoa, Nelson, *Delito imposible*, p. 108 (Buenos Aires: Hammurabi, 1989)

¹² Williams, Glanville, 'The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes?', op.cit., p. 39.

¹³ Hart, H.L.A., 'The House of Lord on Attempting the Impossible', op. cit., pp. 377-378

¹⁴ Alchourrón, Carlos, 'Negación y tercero excluido' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, p. 562 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991). Este enfoque de los desacuerdos es la base de la crítica de Dworkin a los enfoques convencionalistas del derecho. Al respecto, véase, Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, pp. 43-44 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986)

¹⁵ Para un desafío a esta idea clásica, véase, von Wright, Georg Henrik, 'Truth and Logic' en Truth, Knowledge and Modality, pp. 27-41 (Oxford: Basil Blackwell, 1984)

¹⁶ La reconstrucción que se ofrece hasta el final de esta sección es una adaptación de las ideas de Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 'Límites de la lógica y el razonamiento jurídico' en *Análisis lógico y derecho*, pp. 304-309, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

¹⁷ Acerca de la relevancia de la distinción entre el sentido de un enunciado y su verdad en el derecho penal y, en particular, para dar cuenta del problema de error de hecho y de derecho y su correlativo impacto en el problema del delito imposible, véase: Kindhäuser, Urs, 'Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho' en Frisch, Wolfgang et al, *El error en el derecho penal*, pp. 144-149 y 157-159 (Buenos Aires: Ad Hoc, 1999). Véase, también, en el mismo volumen el trabajo de Puppe, Ingeborg, 'Error de hecho, error de derecho, error de subsunción', pp. 89-138.

¹⁸ Ronald Dworkin señala los desacuerdos pueden ser vistos como discrepancias sobre casos marginales o como discrepancias sobre casos paradigmáticos. El primer tipo de controversias se produce por la vaguedad de los conceptos y el segundo tipo de desacuerdos es acerca de la mejor manera de entender una determinada clase. Dworkin enfatiza que ambos desacuerdos tienen que ser claramente distinguidos, pero no ofrece una razón concluyente para separarlos. Aquí no me ocuparé de reconstruir su posición. Dworkin,

Ronald, *Law's Empire*, op. cit., pp. 41-42. La controversia en la comunidad sobre la extensión de un predicado, e.g. 'comienzo de ejecución' es un rasgo característico de la vaguedad. Si la vaguedad es entendida como un problema semántico, entonces, el juez no puede descubrir una respuesta correcta porque no existe un uso lingüístico firme respecto del alcance de esa expresión. Por el contrario, en un enfoque epistémico de la vaguedad, las clasificaciones son divisiones exhaustivas y excluyentes, pero ignoramos los límites que dividen nuestras clases. Sobre los enfoques semánticos y epistémicos de la vaguedad, véase: Endicott, Timothy, *Vagueness in Law*, op.cit., pp. 99 y ss

¹⁹ Para diferentes respuestas a este interrogante, véase: Dworkin, Ronald, 'Is There Really No Right Answer in Hard Cases?' en *A Matter of Principle*, pp. 119-145 (Oxford: Oxford University Press, 1985), Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 'Límites de la lógica y el razonamiento jurídico' en *Análisis lógico y derecho*, op. cit., pp. 304-309. Para una crítica de Alchourrón y Bulygin, véase: Comanducci, Paolo, 'Las relaciones entre Italia y Latinoamérica en el marco de la filosofía analítica del derecho' en *Jornadas Italoargentinas de derecho*, pp. 65-70 (Córdoba: Alveroni, 2006)

²⁰ Para una visión diferente de los enunciados interpretativos, que los reduce a diferentes tipos de definiciones, véase, Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, op.cit., pp. 204-205.

²¹ Para una minuciosa reconstrucción de los desacuerdos entre juristas, véase: Eng, Svein, *Analysis of Dis/Agreement*. UIT particular reference to Law and Legal Theory (Boston: Kluwer, 2003)

²² Nuñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, op. cit., pp. 339-340

²³ Para un desarrollo de ese argumento, véase, por ejemplo, Nuñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, op. cit., pp. 319 y ss

²⁴ Para un análisis de este problema, véase: Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, op.cit.

²⁵ Gimbernat, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, op.cit., pp. 36-38.

²⁶ Estas conexiones entre predicados dan lugar a preguntas como las siguientes. Por ejemplo, supongamos que la norma N señalase que quien mata a su cónyuge enfrentará una pena agravada X y que un agente sabe que ha matado a su esposa, pero desconoce la conexión semántica entre ambos predicados. ¿Debe recibir el castigo correspondiente a la norma N, o sólo el castigo normal de las normas que reprimen el homicidio? ¿Qué debe conocer un agente para conocer el tipo penal? Si se asume que el error semántico es un error sobre ciertos hechos sociales, e.g. el desconocimiento de una práctica lingüística, entonces: ¿se debe tratar a estas equivocaciones del mismo modo en que tratamos los errores acerca de otros eventos empíricos, e.g. error sobre cursos causales? ¿Es el error sobre la existencia de una regla semántica un problema que incide en el tipo penal (error de tipo) o en la prohibición (error de prohibición)? No abordaremos aquí estos interrogantes.

CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES

La dogmática penal es el paradigma de la ciencia jurídica. Su alto grado de desarrollo, la sofisticación de su aparato conceptual, su prestigio académico y su incidencia en la práctica jurídica son un hecho incuestionable en la cultura jurídica contemporánea. Con seguridad, todos estos rasgos están acompañados de otras ventajas sociales, vinculadas a las diversas funciones que cumple la ciencia del derecho en nuestras comunidades. En particular, la dogmática penal contemporánea expresa sin tapujos una vocación ‘práctica’, es decir, un deseo de influir en la práctica jurídica y, sin dudas, su aspiración es influir en las decisiones legislativas y judiciales. De este modo, los estudios dogmáticos no son sólo productos académicos destinados a su consumo en un círculo universitario sino que pretenden producir beneficios sociales específicos. Entre los bienes más preciados que la dogmática ofrece es el de la racionalidad. El desarrollo dogmático permitiría, entonces, contar con sistemas penales más racionales tanto desde el punto de vista de las instituciones que consagra el legislador como así también de los criterios de control de la justificación de las decisiones judiciales.

Sin embargo, el desarrollo de la dogmática ha sido objetado por diversas razones. Por ejemplo, en ocasiones se señala que la sofisticación dogmática es sólo una manera de encubrir su irrelevancia; que sus categorías y conceptos carecen de utilidad social. En otras ocasiones, las críticas apuntan al carácter conservador de la dogmática, que se traduce en una justificación política del derecho vigente. Estas críticas han generado intensas polémicas, que se repiten cíclicamente con diversos autores y problemas. En este trabajo hemos intentado una línea de crítica diferente. Hemos pretendido señalar algunos límites de la propuesta dogmática, identificando dificultades que no han sido debidamente superadas y que, en su conjunto, sirven para arrojar dudas sobre la posibilidad de la dogmática de cumplir con sus ambiciones conceptuales y normativas. Los límites de la dogmática son de naturaleza conceptual y, en este sentido, nuestra crítica es independiente de cualquier posición que se asuma acerca de la utilidad y legitimidad de la dogmática. Pero, ello no significa que no existan puntos de contacto. En particular, nuestra explicación de los límites de la dogmática es también una revisión de la incidencia de la dogmática en la satisfacción de los ideales del Estado de Derecho. Nuestra conjetura es que un mayor desarrollo dogmático disminuye el valor de la legislación y, en ese sentido, representa una amenaza para los valores clásicos de ese diseño institucional.

Las conclusiones de nuestro trabajo se pueden resumir de la siguiente manera.

1. OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

Nuestro objetivo de investigación ha sido explorar sistemáticamente algunos aspectos esenciales de las conexiones entre dogmática y racionalidad. En particular, hemos distinguido dos dimensiones diferentes de la dogmática

que se conectan con sus ambiciones de racionalidad. Por una parte, la racionalidad inherente a la identificación y sistematización de los deberes técnicos y, por otra parte, la racionalidad de la aplicación del derecho.

2. DOGMÁTICA Y DEBERES TÉCNICOS.

Una contribución decisiva a la racionalidad de la conducta social se produce mediante la información sistemática de las conductas necesarias para evitar la intervención del Estado en los bienes básicos de los individuos. La autoridad (i.e. el legislador) selecciona las circunstancias que determinan la aplicación de un castigo penal. Las normas que formula el legislador señalan, de manera general y abstracta, cuándo el Estado puede administrar un determinado castigo. Sin embargo, estas formulaciones dejan indeterminado un amplio marco de conductas que son necesarias desplegar para satisfacer las exigencias del legislador.

Una valiosa contribución de la dogmática penal es, precisamente, exponer de manera sistemática qué conductas deben ejecutarse para cumplir con el fin de observar el derecho penal de nuestras comunidades. Aunque esta tarea dogmática se plasma en las formulaciones de deberes, estas pautas normativas carecen de contenido prescriptivo genuino. Es decir, ellas no imponen deberes independientes de los deberes que establece la ley penal. Los deberes que la dogmática identifica son sólo medios necesarios para alcanzar otros objetivos socialmente valiosos. Al igual que otras afirmaciones sobre las relaciones entre medios y fines, esas afirmaciones dogmáticas pueden ser evaluadas en términos de verdad o falsedad, y ello constituye una base firme para el desarrollo del conocimiento científico.

A diferencia de otros enfoques de la dogmática que le asignan el papel de formular estados de cosas ideales como herramienta crítica de las propuestas del legislador, en nuestra reconstrucción los ideales son definidos por las decisiones del legislador. Los ‘mundos normativos ideales’ son aquellos que se obtienen cuando se producen todos los estados de cosas señalados por la ley. En este sentido, los ideales son relativos a las valoraciones del legislador y, desde un punto de vista crítico, ellos pueden ser revisados y desplazados por otros argumentos morales y políticos. Sin embargo, esta tarea valorativa de crítica y reformulación de ideales no es compatible (al menos, no es obviamente compatible) con la defensa de la naturaleza científica de la dogmática.

Aunque esta tarea técnica de la dogmática sea de enorme importancia social, ella es muchas veces pasada por alto en el análisis de los aportes de la dogmática a la racionalidad de la conducta social. En general, el tema central que se invoca en el marco de la conexión entre dogmática y racionalidad es el problema del control de la aplicación del derecho.

3. DOGMÁTICA, CONTROL Y RACIONALIDAD

Uno de los objetivos del diseño institucional del Estado de Derecho es ofrecer certeza a los individuos acerca de las consecuencias normativas de sus acciones. Esta certeza es la que permite que los individuos desarrollen racionalmente sus planes de vida; previendo bajo qué condiciones enfrentarán un castigo. Otro objetivo adicional de ese diseño institucional es que la intervención del Estado en los planes de vida de los individuos sea imparcial. La manera de lograr ambos objetivos es formulando normas generales y abstractas, es decir señalando clases de situaciones que guían la conducta de clases de individuos. Pero, estas normas generales y abstractas no podrían cumplir con la función de garantizar certeza e imparcialidad si no se exigiese también que los jueces apliquen esas normas generales. De nada serviría que el legislador se esforzase en cumplir con sus deberes institucionales si es que los jueces fuesen libres de ignorar esas restricciones normativas. Por consiguiente, un elemento decisivo para la implementación de los valores del Estado de Derecho es que los jueces están vinculados por las decisiones del legislador.

Sin embargo, las normas que formula el legislador tienen un inevitable margen de imprecisión, provocado por la textura abierta del lenguaje ordinario. Estas indeterminaciones abren un espacio legítimo para que la dogmática y la jurisprudencia desarrollen propuestas normativas que complementen las decisiones del legislador. En este sentido, el desarrollo dogmático serviría para precisar las normas que formula el legislador, añadiendo así parámetros de control de las decisiones judiciales. La dogmática cumpliría una importante función práctica ya que sería un intermediario necesario entre las normas del legislador y las acciones de los destinatarios y funcionarios de una comunidad.

4. LÍMITES DE LA LEGISLACIÓN Y LÍMITES DE LA DOGMÁTICA

Esta visión de la legislación y de la dogmática es demasiado simple y su formulación esquemática oculta importantes problemas. Así, con frecuencia se pasa por alto que las normas generales que formula el legislador pueden ser seguidas por los destinatarios y aplicadas por los tribunales sin que sea necesario añadir ningún elemento nuevo. En este sentido, la dogmática penal no es un intermediario necesario entre las normas del legislador y las decisiones individuales y judiciales. Más aún, es probable que la tarea de la dogmática socave las bases de legitimidad de las normas que formula el legislador, creando la necesidad de su permanente revisión y ajuste.

Al margen de esta observación sobre el impacto de la dogmática en la legitimidad de la legislación, es importante señalar que la contribución de la dogmática a la racionalidad de las decisiones judiciales se enfrenta a un problema difícil de resolver. Los límites que inevitablemente la dogmática encuentra en la legislación son también límites para la dogmática. Ellos surgen de dos factores intrínsecamente

relacionados. Por una parte, la naturaleza del lenguaje y, por otra parte, la naturaleza de las reglas.

a) *La naturaleza del lenguaje.* El lenguaje padece de una irremediable textura abierta y, por esa razón, las decisiones del legislador no sirven como una guía confiable de la conducta y exigen a los jueces una actividad interpretativa. Sin embargo, las propuestas de las dogmáticas también se formulan en el mismo lenguaje que emplea el legislador. Por consiguiente, no hay razones para creer que el dogmático tendrá éxito en aquellos aspectos en los que el legislador inevitablemente fracasa. Y si, por el contrario, el fracaso legislativo no es inevitable, entonces, el ideal del Estado de Derecho exigiría un mayor desarrollo legislativo en lugar de un mayor desarrollo dogmático.

b) *La naturaleza de las reglas.* Para la aplicación cierta e imparcial del derecho es necesario contar con normas generales y precisas. La precisión de una regla es una función de su contribución a la erradicación de casos marginales. Para lograr una mayor precisión, el legislador tiene que *especificar* sus propósitos, y de esta manera, sus compromisos normativos se alejan de las razones que justifican las normas que formula. Por consiguiente, a mayor precisión es frecuente también introducir mayor arbitrariedad en las distinciones y categorías. Si la dogmática pretende contribuir a la aplicación racional del derecho debe formular sus propuestas de manera general y precisa, pero eso inevitablemente la llevará – al igual que al legislador – a proponer distinciones arbitrarias y resultados recalcitantes. Por el contrario, en la medida en que la dogmática pretende ofrecer *buenas razones* para guiar las decisiones judiciales, ellas carecerán de la especificidad necesaria para asegurar a los jueces e individuos una aplicación imparcial del derecho.

5. LAS NORMAS DOGMÁTICAS Y LA ESTRUCTURA DEL DERECHO

La dogmática contemporánea escapa de las críticas clásicas acerca de su carácter conservador, señalando que su objeto principal no es el derecho positivo sino determinadas estructuras que guían la atribución de responsabilidad en cualquier comunidad. La consecuencia de este enfoque es un progresivo desapego de las elaboraciones dogmáticas de las decisiones legislativas y, en algunos casos, las propuestas dogmáticas no se pueden derivar de las normas que ha formulado el legislador. Estas normas dogmáticas, sin embargo, son aceptadas por los jueces como justificaciones adecuadas. En general, esas normas dogmáticas que se apartan de las decisiones explícitas de los legisladores se consideran justificadas en el marco de nuestros ordenamientos jurídicos. Los jueces y dogmáticos, por así decirlo, encuentran a las normas dogmáticas como pautas implícitas en nuestros sistemas jurídicos. Por esa razón, es pertinente aclarar el modo en que estas normas se integran en una estructura jerárquica como un sistema jurídico.

El punto de partida del análisis es hacer explícito un criterio para identificar lo que forma parte del derecho, i.e. las normas válidas. Sólo estas normas pueden justificar la aplicación de

un castigo en el marco de un Estado de Derecho. Los criterios de validez están determinados por complejos hechos sociales que, en última instancia, pueden ser modificados o revisados por decisiones específicas. En otras palabras, las normas válidas pueden ser modificadas deliberadamente por los miembros de una comunidad. Por ello, un test crucial para determinar si una norma dogmática forma parte de un conjunto normativo es preguntarnos: ‘¿Qué norma deberíamos eliminar para que desaparezca también esa norma dogmática? La idea que da sentido a esta pregunta es que si presuponemos que las normas dogmáticas se encuentran implícitas en el sistema normativo, entonces ellas podrían ser eliminadas. Pero, si no fuese posible determinar cómo eliminar a una norma dogmática, entonces habría buenas razones para concluir que ella no es válida y que, por consiguiente, no puede ser empleada como justificación de una decisión judicial.

6. LOS DESACUERDOS CONCEPTUALES Y EL PROGRESO DE LA DOGMÁTICA

El desapego de la dogmática contemporánea de las decisiones del legislador tiene consecuencias importantes para la justificación de sus propuestas. En el marco del diseño institucional del Estado de Derecho, la atribución de responsabilidad surge de las normas que formula el legislador. ¿Qué hechos determinan la verdad de las propuestas científicas? La imposibilidad de responder a esta pregunta no sólo arroja dudas acerca de la naturaleza científica de la dogmática sino también acerca de la legitimidad de sus propuestas y del progreso de la disciplina. Sin posibilidad de fundamentar la verdad de las propuestas dogmáticas, se pierde también la posibilidad de discrepar genuinamente. En definitiva, sin un compromiso con la verdad de las propuestas dogmáticas, los desacuerdos recurrentes en dogmática serían sólo intercambios de opiniones y puntos de vista.

Todas estas consideraciones apuntan a subrayar un interrogante: ¿es la dogmática una solución a los problemas que encontramos en la construcción del Estado de Derecho o, por el contrario, el desarrollo de la dogmática es una parte del problema? Nuestro trabajo ha intentado mostrar que esta pregunta merece una cuidadosa atención por parte de los juristas, dogmáticos y teóricos del derecho.

La dogmática carece de la legitimidad de origen para determinar mediante sus normas la necesidad de imponer un determinado castigo. Sin embargo, es frecuente superar ese déficit de origen mediante la autoridad de la ciencia jurídica.

Aunque no exista una pauta elaborada por el legislador, el fundamento de un castigo sería que la ciencia jurídica ha mostrado que es correcto resolver un caso de cierta manera. Ahora bien, la naturaleza científica de una disciplina depende, entre otras cosas, de la aptitud para la verdad de sus propuestas. Una disciplina que no admite su control en términos de verdad o falsedad no puede integrar el conjunto de las ciencias, aunque pueda cumplir con otros objetivos sociales relevantes.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

- Alcacer, Rafael,
- *La tentativa inidónea*, (Granada: Comares, 2000)
- Alchourrón, Carlos,
- ‘Negación y tercero excluido’ en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio,
- *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, (Buenos Aires: Astrea, 1974)
- *Sobre la existencia de las normas jurídicas* (Valencia, Venezuela: Universidad de Carabobo, 1979)
- ‘Libertad y autoridad normativa’ en *Análisis lógico y derecho*, (Madrid: CEC, 1991)
- ‘Definiciones y normas’ en *Análisis Lógico y Derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)
- ‘Límites de la lógica y el razonamiento jurídico’ en *Análisis lógico y derecho*,
Anscombe, G.M.,
- *Intención* (Buenos Aires: Paidós, 1991).
- ‘Von Wright on Practical Inference’ en Schillpp, P. et al, *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, pp. 377-404 (La Salle, Illinois: Open Court, 1999)
- Argibay, Carmen,
- ‘Artículo 34, inciso 3. Estado de necesidad justificante’ en Baigún, David, et al. *Código Penal Comentado* (Buenos Aires, Hammurabi, 1997)
- Aarnio, Aulis,
- *Lo racional como razonable* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).
- Atienza, Manuel,
- ‘El futuro de la dogmática jurídica’ en *El Basilisco* 10 (1980)
- Bacigalupo, Enrique,
- *Tipo y error*, 2ª edición (Buenos Aires: Hammurabi, 1988).
- *La técnica de resolución de casos penales*, 2ª edición, (Madrid: Colex, 1995)
- *Delito y punibilidad*, 2ª edición, (Buenos Aires: Hammurabi, 1999)
- Bayón, Juan Carlos,
- *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).
- Bix, Brian,
- ‘Descripción y razonamiento jurídico’ en *Teoría del derecho: ambición y límites*, (Barcelona: Marcial Pons, 2006).
- Bovino, Alberto y Courtis, Christian,
- ‘Por una dogmática conscientemente política’ en Courtis, Ch. (ed), *Desde otra mirada*, (Buenos Aires: EUDEBA, 2001)
- Bulygin, Eugenio,
- ‘Teoría y técnica de legislación’ en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)
- ‘El concepto de vigencia en Alf Ross’ en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)
- ‘Sentencia judicial y creación de derecho’ en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)
- ‘True or False Statements in Normative Discourse’ en Egidio, R (ed), *In the Search of a New Humanism*, (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1999)
- *El positivismo jurídico*, (México: Fontamara, 2006)
- Caracciolo, Ricardo,
- ‘Razones objetivas y razones subjetivas’ en *Doxa* 4 (1987)
- Carrió, Genaro R.,
- ‘Un intento de superación de la controversia entre positivistas y jusnaturalistas’ en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ta edición, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994)
- ‘Sobre los desacuerdos entre los juristas’ en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª edición (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994)
- Comanducci, Paolo,
- ‘Las relaciones entre Italia y Latinoamérica en el marco de la filosofía analítica del derecho’ en *Jornadas Italoargentinas de derecho*, (Córdoba: Alveroni, 2006)
- De Lora, Pablo,

- *La interpretación originalista de la constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000)
- Dressler, Joshua,
- *Understanding Criminal Law*, 2ª edición, (New York: M. Bender, 1995).
- Duff, R.A.,
- 'Subjectivism, Objectivism and Criminal Attempts' en Simester, A. P. et al (eds), *Harm and Culpability*, (Oxford: Oxford University Press, 1996).
- Dworkin, Ronald,
- 'Political Judges and the Rule of Law' en *A Matter of Principle*, (Cambridge: Harvard University Press, 1986)
- 'Is There Really No Right Answer in Hard Cases?' en *A Matter of Principle*, pp. 119-145 (Oxford: Oxford University Press, 1986)
- *Law's Empire*, pp. 43-44 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986)
- *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, p. 8 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996)
- 'Casos constitucionales' en *Los Derechos en Serio*, (Barcelona: Ariel, 1999)
- Endicott, Timothy,
- *Vagueness in Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2000)
- Eng, Svein,
- *Analysis of Dis/Agreement. UIT particular reference to Law and Legal Theory* (Boston: Kluwer, 2003)
- Enker, Arnold,
- 'Impossibility in Criminal Attempts – Legality and the Legal Process' en *University of Minnesota Law Review* 53 (1969)
- Ernst, Carlos,
- *Derechos implícitos* (Córdoba: Lerner, 1994)
- Feijóo Sánchez, Bernardo,
- *El dolo eventual*, (Bogotá: Universidad del Externado, 2002)
- Ferreiro Lapatza, Juan José,
- 'El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la Administración' en *Justiça Tributária*, (São Paulo: Max Limonad, 1998).
- Ferrajoli, Luigi,
- *Derecho y razón*, (Madrid: Trotta, 1995)
- 'Jurisdicción y democracia' en Vázquez, Rodolfo et al. (comps), *Jueces y derecho*, (México: UNAM 2004).
- Ferreres, Victor,
- *El principio de taxatividad en material penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, (Madrid: Civitas, 2002)
- Fletcher, George,
- *Conceptos básicos de derecho penal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997)
- 'The Nature and Function of Criminal Theory' en *California Law Review* 88 (2000),
- *Rethinking Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2000)
- Gimbernat, Enrique,
- '¿Tiene un futuro la dogmática penal?' en *Estudios de derecho penal*, (Madrid: Tecnos, 1990).
- 'Acerca del dolo eventual' en *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid: Tecnos, 1990)
- *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, (Madrid: Tecnos, 1999)
- Guastini, Riccardo,
- *Distintiendo*, (Barcelona: Gedisa, 1999);
- Habermas, Jürgen,
- 'Concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia' en *Facticidad y Validez*, (Madrid: Trotta, 1998)
- Hart, H.L.A.,
- *El concepto de derecho*, pp. 176-183 (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963)
- 'The House of Lord on Attempting the Impossible' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press, 1983).
- Hart, H.L.A. 'Problems of the Philosophy of Law' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press, 1983)
- *The Concept of Law*, 2a edición, Raz, J. et al (eds), (Oxford: Oxford University Press, 1994).
- Hassemer, Winfried,
- *Crítica al derecho penal de hoy*, (Buenos Aires: Ad Hoc, 1995)
- 'Derecho penal y filosofía del derecho' en *Persona, mundo y responsabilidad*, (Valencia: Tirant lo blanch, 1999)
- Husak, Douglas,
- *Philosophy of Criminal Law*, (New Jersey: Rowman & Littlefield, 1987)
- Jakobs, Günther,
- 'Representación del autor e imputación objetiva' en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1991), Tomo II
- 'El principio de culpabilidad' en *Fundamentos del derecho penal*, (Buenos Aires: Ad Hoc, 1996)
- Jescheck, Hans,
- *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4a edición, (Granada: Comares, 1993)
- Kelsen, Hans,
- *Teoría Pura del Derecho*, 2ª edición, (México: Porrúa, 1981)
- Kindhäuser, Urs,
- 'Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho' en Frisch, Wolfgang et al, *El error en el derecho penal* (Buenos Aires: Ad Hoc, 1999)
- Laporta, Francisco,
- 'Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz' en *Doxa* 15-16 (1994)
- Larrauri, Elena,
- 'Causas de justificación: criterios de identificación' en Hassemer, Winfried y Larrauri, Elena, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, (Madrid: Tecnos, 1997).
- Luhmann, Niklas,
- *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983).
- Moreno –Torres Herrera, María Rosa,
- *Tentativa de delito y delito irreal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999)
- Moreso, José Juan y Vilajosana, José María,
- *Introducción a la teoría del derecho*, (Barcelona: Marcial Pons, 2004)
- Mosterin, Jesús,
- *Racionalidad y acción humana*, (Madrid: Alianza, 1978)
- Navarro, Pablo,
- *Los límites del derecho*, (Bogotá: Temis, 2005)
- Navarro, Pablo et al,
- 'La fuerza institucional del derecho' en *Revista de la Facultad de Derecho, UNAM*, 53, número 241.
- Navarro, Pablo; Bouzat, Andrés; y Cantaro, Alejandro,
- 'El fundamento jurídico del derecho de necesidad' en *DISCUSIONES VII* (2007)
- Núñez, Ricardo,
- *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 2ª reimpression, (Córdoba: Lerner, 1988).
- *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª edición, revisada por Spinka, R. y González, F., (Córdoba: Lerner, 1999).
- Núñez Paz, Miguel Ángel,
- *El delito intentado* (Madrid: Colex, 2003).
- Ortiz de Urbina, Iñigo,
- *La excusa del positivismo. La presunta superación del 'positivismo' y el 'formalismo' por la dogmática penal contemporánea* (Madrid: Civitas, 2007)
- Perdomo Torres, Jorge Fernando,
- *La posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, (Bogotá: Universidad del Externado, 2001)
- Pessoa, Nelson,
- *Delito imposible*, (Buenos Aires: Hammurabi, 1989)
- Puppe, Ingeborg,
- 'Error de hecho, error de derecho, error de subsunción', Frisch, Wolfgang et al, *El error en el derecho penal*, (Buenos Aires: Ad Hoc, 1999).
- Rawls, John,
- *A Theory of Justice*, edición revisada, (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999)
- Raz, Joseph,
- 'Legitimate Authority' en *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1979)
- 'The Rule of Law and Its Virtue' en *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1979)
- 'Las razones de las acciones, decisiones y normas' en Raz, J. (ed), *Razonamiento práctico*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1986).
- *Practical Reason and Norms*, 2a edición (Princeton: Princeton University Press, 1990).
- 'Authority, Law and Morality' en *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press, 1994)
- 'Explaining Normativity: Reason and the Will' en Raz, J., *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, (Oxford: Oxford University Press, 1999).
- 'Explaining Normativity: On Rationality and Justification of Reason' en Dancy, J. (ed), *Normativity*, (Oxford: Bñacwell, 2000)
- Redondo, María Cristina,

- *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996)
- Rescher, Nicholas,
- *Ethical Idealism. An Inquiry into the Nature and Functions of Ideals* (Berkeley: University of California Press, 1987)
- Ross, Alf,
- *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Eudeba, 1963).
- Roxin, Claus,
- Roxin, Claus, 'Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal' en *Política criminal y estructura del delito*, (Barcelona: PPU, 1992)
- *Derecho Penal. Parte General I*, (Madrid: Civitas, 1997)
- 'La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro' en *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2008)
- Rusconi, Maximiliano,
- 'Lo objetivo y lo subjetivo en el ámbito de la justificación' en *Nueva Doctrina Penal 1999/B*,
- *La justificación en el derecho penal* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2001)
- Salas, Minor, E.
- 'La dogmática jurídico-penal: ¿un viaje fantástico al reino de absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?' en Courtis, Christian (ed), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, (Madrid: Trotta, 2006)
- Sancinetti, Marcelo A.,
- *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991.
- *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, (Bogotá: Universidad del Externado, 1996)
- Scalia, Antonin,
- 'The Rule of Law as a Law of Rules' en *The University of Chicago Law Review* 56 (1989).
- Sierra, Hugo Mario,
- 'La tentativa inidónea o delito imposible' en *La Ley*, tomo B (1975)
- Silva Sánchez, Jesús María,
- *Aproximaciones al derecho penal*, (Barcelona: Bosch, 1992)
- 'Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia' en *DISCUSIONES VII* (2007)
- 'Réplica', *DISCUSIONES VII* (2007)
- Sola Reche, Esteban,
- *La llamada 'tentativa inidónea' de delito* (Granada: Comares, 1996).
- Soler, Sebastián,
- *Derecho Penal Argentino*, II, 3ª reimpresión, (Buenos Aires: 1956)
- Taylor, Charles,
- 'Rationality' en Hollis, Martin y Lukes, Steven (eds), *Rationality and Relativism*, (Oxford: Blackwell, 1982)
- Vernengo, Roberto,
- 'Sobre la función social de la ciencia', *Curso de Teoría General del Derecho*, (Buenos Aires: Cooperadora de Derecho, 1975).
- 'Teoría general del derecho y ciencia jurídica' en Rabossi, E. et al, (México: Fondo de Cultura, 1985)
- Vidal, Humberto,
- *El delito imposible. Opúsculos de derecho penal y criminología*, (Córdoba: Lerner, 1986).
- Von Wright, Georg H.,
- *Norm and Action*, p. 106 (London: Routledge & Kegan Paul, 1963)
- *Explanation and Understanding*, (Cornell University Press, 1971)
- 'Practical Inference' en *Practical Reason. Philosophical Papers I*, pp. 1-17 (Oxford: Basil Blackwell, 1983).
- 'On the So-called Practical Inference' en *Practical Reason. Philosophical Papers I*, pp. 18-34 (Oxford: Basil Blackwell, 1983).
- 'Truth and Logic' en *Practical Reason. Philosophical Papers I*, pp. 27-41 (Oxford: Basil Blackwell, 1984)
- 'The Foundation of Norms and Normative Statements' en *Practical Reason*, pp. 78-79 (Oxford: Blackwell, 1984)
- 'Images of Science and Forms of Rationality' en *The Tree of Knowledge and Other Essays*, (New York/Leiden: E.J.Brill, 1993).
- 'Ser y deber ser' en Garzón Valdés, E. et al (eds), *La normatividad del derecho*, (Barcelona: Gedisa, 1997)
- 'An Essay on Door-Knocking' *In the Shadow of Descartes*, (Boston: Kluwer, 1998)
- 'Ought to be – Ought to do' en *Six Essays in Philosophical Logic*, (Helsinki, Acta Philosophica Fennica, 1996)
- 'On Mind and Matter', *In the Shadow of Descartes*, (Boston: Kluwer, 1998)
- *Sobre la libertad humana*, (Barcelona: Paidós, 2002)
- Waluchow, W.J.,
- *Inclusive Legal Positivism*, (Oxford: Oxford University Press, 1994).
- White, Alan R.,
- 'Attempting the Impossible', en Frey, R. et al (eds), *Liability and Responsibility*, pp. 65-86 (Cambridge: Cambridge University Press, 1991)
- Williams, Glanville,
- 'The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes?' en *Cambridge Law Journal* 45 (1986)
- Wilson, Bryan (ed),
- *Rationality* (Oxford: Blackwell, 1970).
- Zaffaroni, Eugenio et al.,
- *Derecho Penal. Parte General*, (Buenos Aires: Ediar, 2000)
- Zielinski, Diethard,
- *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, (Buenos Aires: Hammurabi, 1990)

INDICE

PRÓLOGO	1	CAPÍTULO IV: NORMAS DOGMÁTICAS Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO	30
I. LA LEY Y LA DOGMÁTICA	1	I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS ... ¡Error! Marcador no definido.	
II. MODELOS DE DOGMÁTICA	2	II. NORMAS Y JERARQUÍA NORMATIVAS ... ¡Error! Marcador no definido.	
III. EL DESAFÍO DE LA DOGMÁTICA	4	III. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS . ¡Error! Marcador no definido.	
REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA	5	IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LAS NORMAS DERIVADAS.....	34
CAPITULO I: RACIONALIDAD Y FUNCIÓN TÉCNICA DE LA DOGMÁTICA	6	REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA	36
I. DOGMÁTICA Y RACIONALIDAD.....	6	CAPITULO V: LA AUTORIDAD DE LA DOGMÁTICA	37
II. RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD	6	I. LA AUTORIDAD DE LA DOGMÁTICA..... ¡Error! Marcador no definido.	
III. RAZÓN PRÁCTICA Y DEBERES TÉCNICOS	7	II. PRESCRIPCIONES Y NORMAS DOGMÁTICAS	¡Error! Marcador no definido.
IV. NORMAS Y RAZONES PARA LA ACCIÓN	8	III. DOGMÁTICA PENAL, VERDAD Y CONOCIMIENTO .. ¡Error! Marcador no definido.	
V. REGLAS TÉCNICAS E IDEALES NORMATIVOS.....	9	a) <i>Un modelo alternativo de racionalidad</i> ...	40
REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA:.....	11	b) <i>Las decisiones como fundamento común de las disciplinas científicas</i>	41
CAPITULO II: RACIONALIDAD Y FUNCIÓN NORMATIVA DE LA DOGMÁTICA	12	REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA	42
I. RACIONALIDAD Y DECISIÓN JUDICIAL ¡Error! Marcador no definido.		CAPÍTULO VI: DESACUERDOS DOGMÁTICOS Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO	44
II. AUTORIDADES Y RAZONES	12	I. DOGMÁTICA, VERDAD Y DESACUERDOS ¡Error! Marcador no definido.	
III. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA ARBITRARIEDAD	14	II. COMIENZO DE EJECUCIÓN: PROXIMIDAD E IDONEIDAD	¡Error! Marcador no definido.
IV. PRECISIÓN Y LEY PENAL ... ¡Error! Marcador no definido.		III. LA NATURALEZA DE LOS ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS	46
V. LEGITIMIDAD DE LA DOGMÁTICA.....	17	IV. INTERPRETACIÓN Y DESACUERDOS CONCEPTUALES	46
VI. ARBITRARIEDAD Y HOMOGENEIDAD DE LA DOGMÁTICA..... ¡Error! Marcador no definido.		V. DELITO IMPOSIBLE Y DELITO PUTATIVO	47
REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA:.....	20	VI. LEGALIDAD, REGLAS CONCEPTUALES Y DELITO PUTATIVO	48
CAPÍTULO III: NORMAS DOGMÁTICAS Y RAZONES SUBYACENTES	22	REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA	49
I. RACIONALIDAD Y NIVELES DE DOGMÁTICA	¡Error! Marcador no definido.	CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES	51
II. LA TENSIÓN ENTRE NORMAS LEGISLADAS Y NORMAS DOGMÁTICAS..... ¡Error! Marcador no definido.		REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA	53
III. DOGMÁTICA, ANALOGÍA Y REGLAS SEMÁNTICAS..... ¡Error! Marcador no definido.			
IV. REGLAS, RAZONES Y CASOS RECALCITRANTES ... ¡Error! Marcador no definido.			
V. REGLAS, PRINCIPIOS Y PRECISIÓN DE LAS NORMAS	¡Error! Marcador no definido.		
REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA:.....	28		

Secretaría de Investigación
Sede Campus UBP
Tel: 0351-414-4444 int. 511
E-mail: investigacion@ubp.edu.ar



Sede Centro UBP

Lima 363 - Córdoba
Tel: 0351 - 414 4555
Fax 0351 - 414 4400
E:mail: informes@ubp.edu.ar



Sede Campus UBP

Av. Donato Álvarez 380 - 5147
Argüello, Córdoba
Tel: 0351 - 414 4444 - Fax 0351 - 414 4400
E:mail: informes@ubp.edu.ar