

# NUEVAS NOTAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL JUEZ Y LA TEORÍA DEL DELITO \*

por Sandro Abraldes\*\*

## INTRODUCCIÓN

La teoría del delito ha sido, desde hace más de un siglo, el eje estructural del pensamiento penal. Su función original consistió en ofrecer un marco conceptual sistemático para ordenar y dar configuración a los presupuestos de la responsabilidad penal; y auspiciar que, de ese modo, se alcancen niveles satisfactorios de previsibilidad en las decisiones judiciales, con pretensión de eliminación de la arbitrariedad.

Sin embargo, en la práctica cotidiana, la pregunta que inevitablemente surge es: ¿hasta qué punto este entramado dogmático es útil para el juez de un caso?

Esta pregunta especialmente se intensifica cuando se trata de un juicio por jurados (arts. 24, 75 inc. 12 y 118 CN de Argentina).

## 1. LA TEORÍA DEL DELITO COMO SISTEMA

### 1.1 Origen y evolución: de la construcción dogmática al instrumento práctico

La teoría del delito surgió a modo de esfuerzo de sistematización dogmática en el siglo XIX. La finalidad era otorgar coherencia interna al derecho penal, un enfoque estratificado de

---

\*Publicación original en español en RubinzalOnLine (<https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2177752/>) Cita 556/2025.

Retomo aquí con algunas consideraciones ya formuladas en dos artículos previos de mi autoría: “El juez y la teoría del delito”, publicado en El Dial.com - DCD64 y en Universidad – Verdad, Revista de la Universidad del Azuay, Cuenca, Ecuador, agosto 2012, pp. 177-190 ; y “El método de casos en la enseñanza en Derecho Penal”, en “Desafíos del sistema penal en tiempos de globalización: Libro homenaje al Prof. Dr. Fabián I. Balcarce”, Ediciones Lerner, Córdoba, 1ª edición, 2017, ISBN 978-987-4041-21-0, pp. 19-25.

\*\* Doctor en Derecho (UNED, Madrid, 2009). Director de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Belgrano. Director de la diplomatura “La teoría del delito. Explicada mediante casos” (6ª ed.) de la Universidad de Belgrano. Profesor adjunto regular del Depto. de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fiscal General, por concurso, ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional, titular de la Fiscalía General nro. 29.

análisis racional, y evitar que cada caso se resolviera en función de intuiciones o soluciones casuísticas. Con el tiempo, esta arquitectura conceptual se consolidó en diversos modelos analíticos que, con matices, siguen siendo el lenguaje común de la disciplina.

## 1.2 Concepto y esencia

La teoría del delito es un conjunto sistematizado<sup>1</sup> de reglas de imputación<sup>2</sup>, cuya esencia comprende la determinación de la pertenencia del comportamiento prohibido que lesiona o pone en peligro el bien jurídico a un sujeto que actúa u omite; y, a su vez, cuándo el resultado producido corresponde a esa acción u omisión. Es también central en ella el juicio de reproche al autor por su acto típico y antijurídico.

---

<sup>1</sup> Schünemann define al sistema científico como “ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia de que se trate”, y agrega que una “renuncia a toda construcción jurídica sistemática significaría que la solución de los conflictos sociales permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y en el marco sistemático del lenguaje ordinario que lo expresa y conforma”; Bernd Schünemann, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal, en *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, introducción, traducción y nota de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 31. Por su parte, enseña Hruschka, en la reciente versión castellana de uno de sus múltiples trabajos, que la expresión sistemático tiene dos significados. El primero de ellos indica que el dato le permitirá al investigador desembocar, con su actividad, en una teoría coordinada, articulada y comprensiva. La segunda acepción se refiere a las cualidades que debe revestir una investigación, y será tal (sistemática) si se procede de acuerdo con los métodos generalmente reconocidos y sus resultados son medidos según los criterios generalmente aceptados por la disciplina científica. Considera que la actual doctrina jurídico – penal no dispone de una teoría coordinada, articulada y comprensiva. Sin embargo, más adelante estima que en la doctrina jurídico penal el trabajo sistemático, en el segundo sentido de la expresión, conduce a una investigación sistemática en el primer sentido. Agrega que “construir sistemas de casos y establecer las condiciones de racionalidad de las propuestas de solución de los problemas que siguen en pie –ambas tareas, además, mediante conceptos claros y distintos y observando las reglas de la lógica, algo que debería darse por supuesto-, conducirá finalmente a una teoría coordinada, articulada y comprensiva también en nuestra materia. Es aquí donde resultan eficaces los postulados que no raramente los juristas aborrecen”; Joachim Hruschka, *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico – penal?*, traducción de Pablo Sánchez Ostiz, en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, edición a cargo de Pablo Sánchez – Ostiz, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 254 y 269. Para Silva Sánchez, la afirmación de que la dogmática de la teoría del delito emplea un método sistemático admite cuatro concreciones distintas: 1. En el sentido del método filosófico racional de Kant; 2. Como método de interpretación: sistemática; 3. En cuanto guía para la práctica judicial; y 4. Como medio para la enseñanza del Derecho; Jesús María Silva Sánchez, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025, capítulo 8, 34, p. 588. Pawlik alude al fracaso del llamado “modelo clasificatorio”. Se pregunta “¿Pero cómo quiere un método que se contenta con nombrar a los elementos individuales que conjuntamente habrían de caracterizar al delito pensar en la unidad de su objeto?”. Párrafos más adelante señala, a favor de la necesidad de precisar un concepto de delito que “quien afirma que un delito se compone de los elementos 1, 2 y 3 no está realizando en sentido estricto una manifestación sobre el concepto de delito, sino solo sobre sus elementos. Un pensamiento tal puede corresponderse con la teleología del proceso penal, pero no satisface las exigencias de una teoría general del delito sistemáticamente ambiciosa”; Michael Pawlik, *El Injusto del Ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, traducción de Ivó Coca Vila, Marcelo D. Lerman y Hernán Orozco López, Universidad Externado de Colombia – Editorial Atelier, Bogotá – Barcelona, 2023, pp. 184-185.

<sup>2</sup> Edgardo A. Donna, *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*, Astrea, 1995, t. II, p. VII.

Basada en el más elemental principio de Justicia, en el sentido de dar a cada uno lo suyo (lo que en Derecho Penal se proyecta en la aspiración de que cada quien debe responder por lo que es obra propia y no ajena<sup>3</sup>), procura mediante un sistema de principios -lo más cerrado posible<sup>4</sup>- indicar al Juez cómo resolver, de modo científico y con un satisfactorio estándar de justicia, un caso penal.

Estas reglas de la imputación conforman un sistema de máximas propio, constitutivo de un sistema axiomático deductivo, es decir, trata de una serie de reglas fundamentales (axiomas) de las cuales y mediante deducción va a establecer todo lo demás<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Muy enriquecedores son ciertos pasajes del libro de Donna: “Imputar una acción a alguien es atribuirle tal acción como su verdadero autor –por así decirlo- en su cuenta y convertirlo en responsable de ello”; agrega que “se trata de una relación entre la atribución, la acción y su autor. Este poner la acción en su cuenta tiene un significado riquísimo que se nota en los distintos idiomas. La palabra viene del latín *putare, imputare*, que son tributarias de la ‘cuenta’. En alemán la expresión es *Zurechnung*, que se relaciona con hacer responsable al hombre por su acción o por el resultado de su acción, y en el inglés *accountable*, que tiene que ver con ‘responsable’. Esto implica que la palabra ‘imputar’ hace al problema de los méritos y deméritos de las acciones, como un libro contable con dos entradas: crédito y débito, positivo y negativo”; Edgardo A. Donna, *Derecho Penal: parte general. Fundamentos – teoría de la ley penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, t. I, pp. 20-21. La idea de imputar como sinónimo de “cargar en la cuenta” resulta muy útil para explicar la idea de responsabilidad por el hecho propio: así como el comensal en un restaurant espera que sólo le sea cargado en su cuenta lo por él consumido –y no el champagne bebido en la mesa que está a su lado-, la persona –en Derecho penal- debe responder únicamente de por el hecho propio –salvo, claro está, que, por ejemplo, el hecho propio consista en la vigilancia de un hecho ajeno-

<sup>4</sup> Schünemann plantea que en lugar de un sistema axiomático, que en su opinión no es realizable ni deseable, debe darse un “sistema abierto”, de modo que no se vea obstaculizado el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él; agrega que, para ello, se precisa de “materiales elásticos”. Y específicamente alude a la indeterminación del lenguaje ordinario (a través de su porosidad y vaguedad) para ser aprovechada a fin de garantizar la necesaria apertura del sistema, mientras que por otro lado, los elementos del sistema precisados en sentido jurídico se cuidaban de la ordenación y canalización de los puntos de vista valorativos admitidos y del mantenimiento de un contenido jurídico asentado. Por último, explica que la opción por un “sistema abierto del Derecho penal” implica que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento y que los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin reparos “por el mismo raser” -es decir, con rigurosa igualdad-, sino que siempre habrá ocasión para modificar el sistema dado; Schünemann, *Introducción al razonamiento ...*, pp. 35, 36 y 37. Hruschka (*¿Puede ...*, p. 254) explica que con la expresión “sistema abierto o flexible” no se indica sólo que nuestras reflexiones e investigaciones no están todavía cerradas, sino que operan más bien sobre la base de que el objeto del saber jurídico cambia sin cesar; y agrega: “mejor dicho: no sólo es que cambie nuestro conocimiento de dicho objeto o la perspectiva desde la que lo contemplamos, sino que el objeto mismo del saber jurídico debe modificarse, porque más o menos imperceptiblemente cambian los sistemas político y social que producen el objeto del saber jurídico, el Derecho”. Pawlik entiende que “la teoría general del delito no puede conformarse con asumir las categorías fundamentales habituales y permitir las innovaciones solo en el marco dadas por ellas. Si se ocupa de la tarea de desdoblar lo que se encuentra comprimido en una compleja fórmula en el concepto de delito, no debe evitar poner aquellas mismas categorías en discusión”; Pawlik, *op. cit.* p. 187.

<sup>5</sup> Enrique Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 106. Schünemann (*Introducción al razonamiento ...*, p. 35) se opone férreamente a la idea de orientar el sistema al modelo axiomático – matemático, según el cual la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de fórmulas fundamentales (axiomas) de las que pueden derivarse todos los restantes enunciados por los medios de la lógica deductiva y que deben cumplir las tres exigencias básicas de *ausencia de contradicción* (ningún axioma puede contradecir a otro), *independencia* (ningún axioma puede ser derivable de otro) y *plenitud* (todo el saber necesario para la derivación de los enunciados particulares debe hallarse contenido en los axiomas); ello por cuanto estas condiciones no han sido cumplidas hasta ahora por la ciencia jurídica, y ni siquiera pueden serlo, dada la inabarcable complejidad y continua variación de la vida social y de los puntos de vista valorativos útiles a su ordenación.

Las reglas de imputación, a diferencia de las reglas de comportamiento (que se caracterizan por tratarse de prescripciones o prohibiciones dirigidas al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer; o bien son reglas permisivas que indican al sujeto lo que está permitido hacer o dejar de hacer), sólo poseen una función en la retrospectiva y se dirigen primariamente a la persona que juzga con posterioridad el hecho<sup>6</sup>.

### 1.3 La teoría del delito: utilidad forense

La teoría del delito suele concebirse como un edificio conceptual de utilidad primordialmente académica. Sin embargo, su verdadero valor se aprecia en el terreno práctico: constituye el andamiaje que permite racionalizar la imputación penal, asegurar la vigencia del principio de legalidad y ofrecer al sistema judicial un método de decisión controlable y comunicable

La labor dogmática permite al Juez contar con un sistema de soluciones jurídicas mucho más coherentes, completas, precisas y adecuadas valorativamente que el material suministrado –en crudo- por el Legislador<sup>7</sup>.

En el Derecho, además del texto legal, quedan comprendidas las reglas de atribución de sentido, de valoración y de imputación, referidas de modo muy general y fragmentario en las propias leyes. Dichas reglas se construyen y elaboran “por la jurisprudencia de los altos tribunales y, sobre todo, por la doctrina académica. Así pues, esta última desempeña un papel fundamental de guía de la actividad judicial en busca de una *lex specialis* justa aplicable al caso”<sup>8</sup>.

Es que la labor de la dogmática jurídico-penal “... hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación.

---

De otra opinión, Hruschka (*¿Puede ...*, p. 269) , para quien cabe “axiomatizar la doctrina general del delito y expresarla en una doctrina cerrada, libre de contradicciones y que incluya todos sus aspectos parciales, manteniendo los axiomas entre sí lo más independiente que sea posible”.

<sup>6</sup> Joachim Hruschka, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, traducción de Francisco Baldó Lavilla, en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, edición a cargo de Pablo Sánchez – Ostiz, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 28-29.

<sup>7</sup> Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, 2ª edición, pp. 326-7 y 338.

<sup>8</sup> Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 6, 15, p. 449.

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 caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y su límite”<sup>9</sup>.

Entonces, se contribuye a la elaboración del sistema<sup>10</sup>.

Y precisamente como el término “dogmática” se deriva de la palabra “dogma” -por cuanto para el intérprete los preceptos del Derecho positivo son como un dogma al que tiene que ceñirse ineludiblemente<sup>11</sup>-, resulta indispensable la referencia a la regulación vigente<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, 3ª edición, p. 518.

<sup>10</sup> José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*, Tecnos, Madrid, 6ª edición, Madrid, 2004, p. 71.

<sup>11</sup> Cerezo Mir, *Obras Completas ...*, vol. 1, p. 92. Cabría preguntarse si, en cuanto los preceptos del derecho positivo se constituyen en “dogmas”, podría adoptarse una postura discrepante a su respecto y, en su caso, qué lugar ocupa la opinión crítica. Un desarrollo profundo y sumamente interesante al respecto puede hallarse en una de las más resonadas investigaciones de Silva Sánchez, quien llega a la conclusión de la dogmática en su actividad de construcción, sobre todo en lo referente a la teoría del delito, es significativamente “libre” respecto de las regulaciones del Derecho positivo; Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1992, pp. 103-122. La parte pertinente destaca muy especialmente que los autores de corriente finalista representan una manifestación anti-positivista, a partir de la consideración de que el positivismo jurídico condena a la ciencia del Derecho penal al “provincianismo” (p. 107). Sin duda fue “Welzel quien acentuó posteriormente que el principio metodológico del finalismo hace posible la creación, en la dogmática del Derecho penal (especialmente para la Parte General), de un ámbito ideológicamente neutral y logra una comprensión que, debido a su validez general, puede ser transferida a otros ordenamientos jurídicos”, Hans Joachim Hirsch, *Acerca de la crítica al finalismo*, traducción de Eduardo Demetrio Crespo y Daniel R. Pastor, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de modernidad*, Hans Joachim Hirsch – José Cerezo Mir – Edgardo Alberto Donna (directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 132. Comparto con Silva Sánchez que lo decisivo es la elaboración racional del sistema. Silva afirma que “el Derecho positivo conforma tan sólo el marco externo – obligado por el principio de legalidad- de las construcciones dogmáticas, pero no posee sobre éstas otra incidencia que la de impedir las construcciones de lege lata que desborden el marco de los sentidos posibles de los términos de la ley. Con todo el grado de vinculación de la ley sobre las elaboraciones de la dogmática es sustancialmente diferente en lo relativo a las construcciones de la Parte Especial (dogmática de los delitos en particular) y de la Parte General (teoría general del delito). Así, mientras que en aquéllas las descripciones típicas establecen un marco significativamente estrecho que limita las elaboraciones doctrinales posibles, en la Parte General, y en la obra dogmática por excelencia, la teoría del delito, las cosas son diferentes. El grado de la vinculación ejercida aquí por el Derecho positivo es mínimo, con lo que existe un significativo margen de libertad para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas, y criterios argumentativos” (pp. 118-119). Y más adelante concluye: “el objeto central de la dogmática (...) no lo constituyen las proposiciones legales de un Derecho positivo concreto, sino, más bien, un conjunto permanente de problemas que se hallan ligados entre sí por determinadas conexiones lógico – estructurales y axiológicas, y a los que se trata de dar respuesta mediante un sistema de contenidos valorativos obtenidos a partir de determinadas premisas fundamentales en virtud, a su vez, de conexiones lógicas y axiológicas” (p. 121). No obstante, considero que hay decisiones del legislador que conforman una valla infranqueable a la hora de hacer dogmática, por ejemplo, el contenido general de lo prohibido, que debe ser extraído de las disposiciones generales que regulan la tentativa de delito.

<sup>12</sup> Gimbernat Ordeig (*Concepto y método ...*, p. 36) explica que el objeto de la ciencia del Derecho Penal es la ley positiva jurídico penal, es decir, la determinación de cuál es el contenido del Derecho penal; en otras palabras, qué

## 1.4 Función de la teoría del delito: racionalidad, control y previsibilidad

La teoría del delito cumple al menos tres funciones esenciales:

- **Racionalidad**, porque permite pensar el delito como una estructura ordenada en elementos;
- **Control**, en tanto limita la discrecionalidad de jueces y fiscales<sup>13</sup>; “el recurso por parte del juez a los conceptos y reglas del sistema dogmático resulta decisivo como garantía de seguridad jurídica, imparcialidad e igualdad”<sup>14</sup>.
- **Previsibilidad**, al ofrecer un lenguaje compartido que hace más transparente la aplicación de la ley penal.

## 1.5 Principales críticas: formalismo, rigidez y desconexión con los casos

No obstante, también se le han formulado objeciones. Se le adjudica, en ocasiones, su excesivo formalismo, que corre el riesgo de abstraerse de las particularidades del caso concreto<sup>15</sup>.

Asimismo, se advierte que su rigidez podría generar un divorcio entre dogmática y realidad, reproduciendo soluciones poco sensibles a la complejidad de los conflictos sociales. El cierre sobre sí misma de la propia teoría ha llevado a priorizar, en ocasiones, la coherencia por sobre la justicia del caso<sup>16</sup>.

Es precisamente Binder quien mejor se ha detenido, recientemente, en algunas observaciones críticas que interpelan a toda la Administración de Justicia e incluso a la

---

es lo que el Derecho penal dice. Con cita textual de Engisch (*Wahreit und Richtigkeit im juristischen Denken, Münchener Universitätsreden, Neue Folge*, tomo 35, 1963, p. 7), agrega: “La problemática auténtica del “descubrimiento de la verdad” sólo empieza en el pensamiento jurídico cuando de lo que se trata es de la aplicación del Derecho expuesto en los datos positivos prescritos a la multitud de datos de la vida” y concluye que lo que el dogmático tiene que averiguar es si está y en qué modo, regulado un supuesto de hecho concreto por el Derecho penal; al hacerlo, finaliza, “hace la ciencia del Derecho penal”.

<sup>13</sup> Rafecas explica que está destinada no sólo al jurista sino especialmente a todos los operadores jurídicos del sistema penal; Daniel Rafecas, *Derecho Penal sobre bases constitucionales*, ediciones Didot, Buenos Aires, 2021, p. 177.

<sup>14</sup> Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 6, 18, p. 450.

<sup>15</sup> Entre otras, se alude a la banalización de la teoría del delito, “que se detiene en problemas inexistentes, en lugar de buscar impactar, como constituye su mejor tradición, en el funcionamiento real de la justicia penal”; Alberto M. Binder, *Derecho Procesal Penal, Ad – Hoc*, Buenos Aires, 2021, t. V, p. 484.

<sup>16</sup> Binder, t. V, pp.. 464 y 468.

Academia, de modo muy consistente<sup>17</sup>. Se habla, entonces, de la necesidad de una teoría del delito orientada al litigio<sup>18</sup>.

Es que un sistema dogmático que -pese a su racionalidad formal- impida la Justicia del caso, “incumple su vocación decisiva”<sup>19</sup>.

## 1.6 El “caso por caso” de los tribunales

Es frecuente escuchar en los tribunales, sobre todo puertas adentro, que “cada caso es un mundo”, y que “una cosa es la teoría y otra es la práctica”<sup>20</sup>, y que dicho contexto exige una “solución para cada caso”<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Explica este autor que “lo que es rechazable en la teoría del delito de base alemana no es la precisión de los conceptos, todo lo contrario, es su creencia en que la ordenación secuencial de esos conceptos, y los problemas que ella genera, presentados como problemas de “ubicación sistemática”, son relevantes para que ella cumpla su función práctica”. Más adelante vuelve sobre ello: “no debemos aceptar de un modo completo ninguna de las dos tendencias. No se puede renunciar a la racionalidad (coherencia y consistencia)”; Binder, t. V, pp. 460 y 468. Las consideraciones de Binder trazan, además, una vinculación entre la evolución de versiones de teoría del delito y modelos procesales.

<sup>18</sup> Binder, t. V, p. 471. El autor agrega que “en una visión integrada del sistema de garantías que funcionan como requisito de verificabilidad y que se debe ordenar no en la vieja secuencialidad del procedimiento mixto, sino en el modo más adecuado para fortalecer esa función de garantía en el contexto del litigio adversarial, destacando los momentos analíticos que contiene el mismo litigio” (p.485)

<sup>19</sup> Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 6, 19, p. 450.

Vuelve sobre el punto en páginas siguiente, al afirmar, que “un sistema que no contribuya a una solución más justa de los casos resulta estéril” (capítulo 8, 42, p. 592).

<sup>20</sup> Debe quedar claro, asimismo, que hacer dogmática penal no es equivalente a citar una docena de autores extranjeros en una resolución judicial. También es frecuente encontrar hilos argumentales distintos para fundamentar; como dice Puppe, si ellos no son desarrollados sucesivamente, el entrecruzamiento de unos con otros mediante un enredo de frases sólo puede aspirar a mantener un hilo argumental allí donde el otro resulta frágil, lo que funcionaría muy bien en el caso de una cuerda o de una soga, pero no de una argumentación jurídica; Ingeborg Puppe, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, traducción de Percy García Cavero, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 108. En ocasiones, aparecen citados en resoluciones judiciales, y para una misma conclusión, autores de pensamiento diametralmente opuesto. Ello solo suele venir a justificar conclusiones tomadas intuitiva y previamente. Lo aconsejable es, en mi modesta opinión, el establecimiento de un sistema, de una teoría del delito –que claro está, no tiene que ser de factura propia-, que aplicada al caso, permita extraer soluciones. El procedimiento inverso, de uso habitual, se da del siguiente modo: judicialización del caso – adopción intuitiva de la solución – investigación documental para dotar de ropaje científico a la solución. Esto también aplica a la actividad de las partes litigantes. “Confiar y abandonarse a la intuición y al talento es un error que, por lo general, acaba en una sentencia desfavorable para el abogado que confía en podrá improvisar sobre la marcha”; Binder, t. V, p. 490. Entonces, “el argumento dogmático pretende apelar a la lógica del sistema en términos generales o, de modo más común, a la lógica de una de las categorías del sistema o de una institución dentro de una categoría determinada”. Concluye Silva Sánchez su exposición profunda al afirmar que la dogmática “constituye un contrapeso de la intuiciones que suscita el caso en particular -de la tópica-”; Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 7, 134, p. 566.

<sup>21</sup> Aguda, y con gran dosis de ironía, es la pregunta que el prof. Donna suele hacer en sus clases ante la respuesta que con frecuencia se deriva del planteo de un problema: “habría que ver caso por caso” o “depende del caso”; “pues bien, ¿qué criterio usará cuando ya le haya llegado el caso?”.

Este enfoque, en parte, recuerda al pensamiento problemático, algo que, por cierto, no es nuevo.

Está muy difundida la posición de Viehweg, quien propuso sustituir el pensar sistemático, por un pensar tópico, técnica del pensamiento problemático<sup>22</sup>.

El procedimiento de la tóptica consiste en el abordaje de los problemas de la mano de los distintos puntos de vista, que pasan a integrarse en determinados catálogos o listas de *topoi*, una suerte de “repertorios de puntos de vista”<sup>23</sup>.

Por mi parte, estoy en desacuerdo con tal metodología. La complejidad de los supuestos que puedan plantearse no debe conducir a la renuncia en la formulación de parámetros dogmáticos que respondan a premisas generales, que obren a su vez de base de la teoría del delito.

Es cierto que en el caso no debe olvidarse la vinculación al “problema”<sup>24</sup>. Coincido en que es productiva y posible hasta un cierto grado una síntesis entre el pensamiento sistemático y el problemático<sup>25</sup>.

Pero el pensamiento exclusivamente problemático lleva en sí el peligro de perder de vista la conexión sistemática de todo el conocimiento jurídico penal.

En mi opinión, una esencia representativa de la crítica al pensamiento problemático se halla implícitamente en la narración contenida en “Funes el memorioso”, donde se señala que

---

<sup>22</sup> Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de Luis Díez – Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964.

<sup>23</sup> Viehweg, *Tópica ...*, p. 53. Agrega el autor (pp. 129-130) que para ello son necesarios tres presupuestos: “1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema. 2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él. 3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla”.

<sup>24</sup> Con motivo de la crítica a la tóptica jurisprudencial propuesta por Viehweg, Gimbernat Ordeig toma posición, en lo que estimo resulta un intento por conciliar ambos extremos posibles: “La dogmática jurídica debe pensar sistemáticamente y también problemáticamente. (...) La tarea del penalista consiste en ir superando las aparentes contradicciones que surgen de las soluciones de los distintos problemas y en armonizar esas soluciones en un sistema. En un sistema que nunca habrá de considerarse como algo definitivo y acabado, sino siempre como susceptible de modificación y de nueva armonización cuando sea preciso incorporar a él nuevos principios obtenidos del enfrentamiento con nuevos problemas. Lo dicho no significa que las consideraciones sistemáticas carezcan en absoluto de valor, ni mucho menos; pero necesitan constantemente ser confirmadas en el problema; cuando no lo sean, habrá que preguntarse inmediatamente si el fallo no reside en el sistema de impide una solución adecuada al problema jurídico penal”; Gimbernat Ordeig, *Concepto y método*, pp. 106-107.

<sup>25</sup> Binder, t. V, p. 462, quien más adelante agrega que “por lo tanto, lo tópico es el litigio y la función práctica de la dogmática penal consiste en construir la mayor cantidad y calidad posible de herramientas limitadoras para cada litigio. Esto también vale para los requisitos de verificabilidad” (p. 469). Silva Sánchez explica que la actividad realizada en el marco de un proceso tiene por objeto un caso concreto, en el que se “advierde la tensión derivada de un conflicto de pretensiones que el juez debe resolver precisamente conforme a Derecho. Por eso, el discurso procesal es distinto del debate académico. Este último puede verse, con todos los matices que se quiera, como un ejemplo de deliberación republicana, esto es, como un diálogo horizontal -sincero, transparente y argumentado- de los participantes”. Jesús María Silva Sánchez, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025, pp. 445-6.

Funes “...no lo olvidemos, era casi incapaz de ideas generales, platónicas. No sólo le costaba comprender que el símbolo genérico perro abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente) [...] Había aprendido sin esfuerzo el inglés, el francés, el portugués, el latín. Sospecho, sin embargo, que no era muy capaz de pensar. Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos”<sup>26</sup>.

## **2. LA TEORÍA DEL DELITO EN EL JUICIO POR JURADOS: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES**

El juicio por jurados introduce un escenario novedoso para la teoría del delito.

A diferencia de los tribunales técnicos, donde los jueces comparten el bagaje conceptual de la dogmática penal, en el juicio popular la decisión recae en ciudadanos sin formación jurídica.

En el marco del juicio por jurados, la situación se complejiza. El juez, depositario de la dogmática, no decide sobre los hechos, pero debe orientar al jurado lego mediante instrucciones que traduzcan categorías jurídicas de gran densidad teórica en pautas claras de deliberación. La interacción entre teoría del delito, juez y jurado se convierte, entonces, en un campo privilegiado para examinar la utilidad real de la dogmática penal.

El momento decisivo es la redacción y lectura de las instrucciones. Allí, la teoría del delito debe hacerse comprensible sin traicionar su esencia.

El desafío consiste en lograr un lenguaje pedagógico y fiel a la dogmática, que oriente al jurado en su valoración de los hechos sin inducirlo a confusiones ni simplificaciones engañosas.

El juicio por jurados revela, quizá con más nitidez que otros modelos procesales, que la teoría del delito no es un juego intelectual reservado a especialistas. Es un instrumento práctico de racionalidad y garantía, que se activa en el trabajo del juez y se proyecta, mediante las instrucciones, hacia el jurado popular.

---

<sup>26</sup> Jorge Luis Borges, *Funes el memorioso*, en *Ficciones*, Emecé, 57ª impresión, 2000, pp. 171-172. Explica Pawlik que “quien no conoce la estructura interna de conceptos complejos, sus elementos parciales y la relación establecida entre estos, bien mirado, conoce muy poco: sus afirmaciones se basan más en intuiciones que en un conocimiento racionalmente demostrable”; Pawlik, *op. cit.*, p. 183.

En este escenario, la dogmática penal se convierte no solo en una herramienta de análisis, sino también en un recurso pedagógico: permite que la Justicia sea, a la vez, técnicamente correcta y democráticamente comprensible. De allí que la función del juez en cuanto articulador entre la dogmática y el jurado resulte decisiva para la legitimidad del modelo.

El juez debe encontrar un equilibrio didáctico: mantener el núcleo normativo de la teoría del delito, pero expresarlo en un lenguaje claro, ilustrativo y respetuoso de la capacidad de comprensión ciudadana.

II. También se plantea un especial desafío para las partes: preservar la solidez de su teoría del caso y, simultáneamente, comunicarla de manera accesible.

En este contexto, la teoría del delito conserva toda su utilidad, pero exige un plus de ejercicio de conversión y accesibilidad.

Categorías como dolo, culpa, imputación objetiva o estado de necesidad deben ser transformadas en relatos sencillos y ejemplos concretos que el jurado pueda comprender sin deformar el contenido jurídico. La capacidad de las partes para construir narrativas basadas en la dogmática, pero expresadas en lenguaje cotidiano, se vuelve decisiva.

Asimismo, el juicio por jurados potencia la dimensión garantista de la teoría del delito. Al estructurar su posición con base en los elementos típicos, antijurídicos y culpables, las partes deben evitar recurrir a apelaciones meramente emocionales o intuitivas, demostrando que cada pretensión se apoya en razones jurídicas verificables. De este modo, la teoría del delito no sólo guía la estrategia procesal, sino que también contribuye a legitimar el veredicto del jurado, al mostrar que su decisión se funda en criterios de racionalidad jurídica.

III. Por último, el juicio por jurados expone a una exigencia de renovado dinamismo de la teoría del delito. Lejos de ser un esquema abstracto reservado a los manuales y tratados, se convierte en una herramienta viva, que organiza las teorías del caso de las partes y la actividad judicial que prepara al jurado para su veredicto.

La dogmática penal, entonces, no se debilita en este foro popular, sino que adquiere una nueva dimensión práctica: se vuelve el puente entre el conocimiento técnico y la deliberación ciudadana, y contribuye así, de modo muy consistente, a la legitimidad democrática del proceso penal.

Sólo así la dogmática se convierte en verdadero instrumento de Justicia: es garantía frente a los excesos y vehículo de racionalidad en un proceso donde la verdad de la acusación debe ser explicada y corroborada, no sólo afirmada.

---

<sup>27</sup> Rafecas alude, con pertinencia, a la idea de “herramienta conceptual”; Rafecas, *op. cit.*, p.177.

## REFERENCIAS

- BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2021. t. V.
- BORGES, Jorge Luis. Funes el memorioso. In: BORGES, Jorge Luis. *Ficciones*. 57. reimp. Buenos Aires: Emecé, 2000. p. 171–172.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general I: introducción*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- DONNA, Edgardo A. *Derecho penal: parte general: fundamentos – teoría de la ley penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006. t. I.
- DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo. In: CEREZO MIR, José; HIRSCH, Hans Joachim; DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenario de su nacimiento*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 132
- DONNA, Edgardo A. *Teoría del delito y de la pena: imputación delictiva*. Buenos Aires: Astrea, 1995. t. II.
- ENGISCH, Karl. *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*. München: Max Hueber, 1963. (Münchener Universitätsreden, Neue Folge, Heft 35).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.
- HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al finalismo. Traducción de Eduardo Demetrio Crespo y Daniel R. Pastor. In: CEREZO MIR, José; HIRSCH, Hans Joachim; DONNA, Edgardo Alberto (dir.). **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenario de su nacimiento**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 132.
- HRUSCHKA, Joachim. ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico penal? Traducción de Pablo Sánchez Ostiz. In: SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo (ed.). *Imputación y Derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005. p. 254–269.
- HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. Traducción de Francisco Baldó Lavilla. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (ed.). **Imputación y Derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación**. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005. p. 28–29.
- PAWLIK, Michael. *El injusto del ciudadano: fundamentos de la teoría general del delito*. Traducción de Ivó Coca Vila, Marcelo D. Lerman y Hernán Orozco López. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Barcelona: Atelier, 2023.

PUPPE, Ingeborg. *La imputación objetiva: presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*. Traducción de Percy García Caverro. Granada: Comares, 2001.

RAFFECAS, Daniel. *Derecho penal sobre bases constitucionales*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (coord.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 31–93.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2025.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964.