

APOSTILLAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL AL
COMPÁS DEL SISTEMA PROCESAL: ¿UN SISTEMA DE IMPUTACIÓN
CONSTRUIDO EN BASE A LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZAR
EL ESTÁNDAR PROBATORIO?*

MAXIMILIANO RUSCONI
Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: I. La pequeña historia de la relación entre sistema del hecho punible y sistema de enjuiciamiento. II. El Derecho Procesal Penal como instrumento del Derecho Penal III. El punto de partida. Nuevamente sobre la concepción de Beling. Sólo una hipótesis: el carácter instrumental a favor de “la prueba fácil” de la evolución del derecho penal. IV. Dos indicios: La verdad como un problema para el proceso y la simplificación probatoria como consecuencia permanente de la evolución dogmática en materia penal. V. La incapacidad investigativa como problema congénito del sistema de enjuiciamiento de todas las épocas. VI. Algo de realismo sobre los límites proclamados del derecho penal. VII. ¿Garantías en el sistema del hecho punible? VIII. ¿Es o ha sido absolutamente inocente la instalación de un sistema de comprobación negativa en las categorías de la acción, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad? IX. ¿Necesidad de una lectura adicional de las razones de la evolución causalismo-finalismo? El problema de la necesidad de un conocimiento actual en el dolo. X. ¿Dolo solo como conocimiento? ¿Razones vinculadas al respeto al principio de hecho? XI. El último guiño al proceso: El dolo sólo como lo determinable en el proceso. XII. El permanente incremento de la debilidad de los requisitos probatorios para imputar autoría. Dominio del hecho. Autoría como infracción de un deber. XIII. El encandilamiento que ha producido advertir que para imputar omisión debo probar menos que para imputar comisión XIV. La crisis del dogma causal: causalidad general y el procedimiento Contergan. Las razones del surgimiento de la imputación objetiva. XV. Las fórmulas hipotéticas de las Teorías de la causalidad frente a las teorías del incremento del riesgo. XVI. Más allá de la ética científica de la dogmática penal: ¿es necesario incluir esta preocupación externa o, se trata de ámbitos en los cuales la palabra la puede tener la parte especial? Los adelantamientos, el juzgamiento de hechos posteriores

* Una versión muy preliminar de este texto fue expuesta y defendida en el Seminario que dirige el Prof. Dr. Enrique Bacigalupo en la sede de Madrid de la Fundación Ortega y Gasset, el 22.04.2013. Allí me beneficié de los atinados comentarios de los asistentes y, en particular, de las siempre sugerentes observaciones del Prof. Bacigalupo. Una vez redefinido y mejorado, volví a exponer el trabajo en el Seminario Intercatedras que organiza el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En esa ocasión, en fecha 4.07.2013, nuevamente recibí útiles observaciones de los integrantes.

y los delitos de sospecha. XVII. ¿El colmo del normativismo? XVIII. ¿Falsa alarma? ¿Hay una verdadera influencia de la dogmática en las decisiones judiciales? XIX. ¿De qué se habla cuando se habla de un sistema integral del derecho penal? XX. Conclusión.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, derecho procesal penal, dogmática penal, evolución, dolo, autoría, causalidad, omisión, normativismo.

I. LA PEQUEÑA HISTORIA DE LA RELACIÓN ENTRE SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE Y SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO

Posiblemente una de las mayores deudas de la ciencia penal que se ha dedicado a la dogmática penal, no pasa por el establecimiento minucioso de los juegos sistemáticos internos sino, en todo caso, por el desarrollo deficiente de aquellas decisiones valorativas, normativas o normativo-valorativas que operan como punto de partida fundamental y determinación de la tendencia global del sistema de imputación¹. Qué hay detrás del sistema no ha sido en absoluto obvio para la ciencia penal e, incluso, se ha tratado de un interrogante que una y otra vez ha motivado respuestas sumamente contradictorias: como las que representan, por un lado, partir de un determinado fundamento metafísico de la pena y, por otro, el desarrollo conceptual sobre las consecuencias de la vigencia de un conjunto de garantías constitucionales.

Pero cuando nos referimos a este tipo de déficit nos estamos remitiendo a las razones que inspiran una determinada reacción dogmática frente a un caso puntual. En estos casos vemos al sistema en el marco de cierto dinamismo operativo funcional, pero desde un punto de vista estático en lo que concierne a su evolución “orgánica” o sistemática.

Pero en realidad, todavía queda un ámbito en donde también se advierte esa limitación y que se relaciona con una visión dinámica ya de la definición estructural del sistema y su propia evolución. La pregunta es: ¿qué es lo que inspira o ha inspirado la evolución del sistema de imputación? Se trata de una búsqueda posiblemente en mayor medida horizontal y en el marco de la cual hay que investigar el papel del sistema de relaciones normativas del derecho penal con otras ciencias jurídicas afines. En este caso es prudente detenerse en las relaciones existentes entre derecho penal material y derecho procesal penal.

El estudio de las relaciones entre el derecho penal, en particular el sistema dogmático de imputación penal y el sistema de enjuiciamiento, aparece como un tópico, aparentemente, al cual hay que referirse cada cierto tiempo en el desarrollo

¹Fundamental ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, MUÑOZ CONDE, Francisco (trad.), 2ª ed. (Buenos Aires, 2000), pp. 31 y ss.

evolutivo de la ciencia del derecho penal, al cual, también, se lo enfrenta desde diversos puntos de observación y que, sin embargo, sólo ha producido miradas sobre todo características por su lamentable superficialidad.

Aquí no se parte de un desmedido optimismo por los aportes que generalmente realizan a la ciencia jurídica los estudios de las relaciones entre determinadas disciplinas que caracterizan a los comienzos de las obras de carácter general. Todo lo contrario, hay buenas razones para pensar que, por lo menos así definido, ese tipo de nudos explicativos no deberían ostentar gran capacidad de rendimiento. Sin embargo, ya posicionados en las preocupaciones propias del derecho penal sustancial, ya instalados en el estudio de lo que concierne al modo en que se estructura el sistema de imputación y de hacer evidente lo que allí está en juego en moneda de libertades, el estudio de la relación con el sistema de enjuiciamiento puede presentarse como un camino de reflexión tan atractivo como poco desarrollado. El modo como se han manifestado esas relaciones entre proceso y derecho penal, entre sistema de enjuiciamiento y sistema de imputación, puede ayudarnos a comprender ciertas decisiones del propio camino evolutivo de la dogmática penal, que a menudo son presentadas (más allá de las propuestas de prognosis global) como cristalinamente intrasistemáticas y producto meramente de razones propias de la lógica más autosuficiente.

Esta lógica interna es defendida como un verdadero tesoro en el ámbito del pensamiento dogmático, e incluso con tan alto grado de intensidad que cada vez que se pretende exponer algún punto de partida pretendidamente extrasistemático ello genera poco menos que una revolución metodológica.

Ahora bien, rara vez estas explicaciones adquieren una configuración útil científicamente, más allá de que cumplan alguna función pedagógica a la hora de explicar los roles de cada sector de la ciencia penal.

A menudo hemos asistido a una visión socio-criminológica en la que derecho penal y sistema de enjuiciamiento aparecen como subsistemas (junto con el policial o el penitenciario) que integrarían un conglomerado socialmente complejo al que denominamos *sistema penal*. Esta nomenclatura ha sido muy usual en los aportes de la criminología crítica latinoamericana. Con ello se pretendía, quizá con buenas razones, abandonar una descripción aséptica y tecnocrática de cualquiera de las partes del sistema. Ello se explicaba indudablemente desde una visión descarnadamente política, en donde colaboraron los aportes del marxismo.

Durante algunas décadas ha influido en Iberoamérica la teoría general del proceso. Según esta concepción siempre ha sido mucho más lejana la relación entre derecho penal sustantivo y proceso penal, que la existente entre esta última ciencia y el proceso civil o comercial, por ejemplo. Para este desarrollo ha cumplido un rol muy seductor la posibilidad del desarrollo de una Teoría General del Proceso, que ha tenido ilustres representantes en el Uruguay y en nuestro país.

En las últimas décadas, y quizá desde un lugar un poco más técnico, también se ha presentado la posibilidad interpretativa de que tanto el derecho penal como el derecho procesal penal, no sean sólo más que manifestaciones de una misma (aunque a veces contradictoria) política criminal del Estado².

La visión desde un eje constitucional de los problemas penales y procesales ha significado un camino de trascendencia, pero menos recorrido que lo aconsejable³. Eventualmente se ha intentando, quizá manteniendo la matriz anterior, ver como parte esencial, pétrea, de la política criminal del Estado al sistema de garantías y al derecho penal y al derecho procesal penal, como manifestación sistemáticamente organizada de los límites constitucionales para la aplicación de la pena.⁴

²En el año 1978, Julio Maier publicaba un trabajo titulado “Política Criminal, derecho penal y derecho procesal penal” en el que se proponía remarcar los cortes metodológicos diversos que sugieren, por un lado la por él llamada, “tendencia al dislocamiento” del derecho procesal penal del derecho penal y su unión a las demás ramas del derecho procesal penal en el marco de una teoría unitaria del derecho procesal penal o del proceso y, por el otro, el entendimiento del fin, ubicación, desarrollo y funciones del derecho procesal penal desde el punto de vista de la política criminal.

Según Maier:

“Se torna necesaria la coordinación con el derecho penal de fines e instituciones por ser el derecho procesal penal el instrumento que la ley otorga al derecho penal para su realización práctica. La relación, incluso, es recíproca, pues los mandatos y prohibiciones penales carecerían hoy de valor práctico sin el derecho procesal penal; serían así, supuesto el monopolio punitivo del Estado, letra muerta. Más aún, los criterios político-criminales, con ser determinantes para ambas ramas del derecho, surgen más “a flor de piel” en el derecho procesal penal que en el derecho penal, tal como cualquier ojeada histórica superficial lo demuestra y como no lo oculta ningún esquema de derecho procesal penal”.

MAIER, Julio, Política Criminal, derecho penal y derecho procesal penal, en *Revista Doctrina Penal* (1978).

³Ver, este tipo de planteos, tanto en lo que respecta a problemas dogmáticos como procesales en BACIGALUPO, Enrique, Principios constitucionales del derecho penal (Buenos Aires, 1999): “...la validez de los textos legales y de las interpretaciones del Código Penal depende, a diferencia de lo que ocurría antes, de su compatibilidad con principios superiores. Más aún, la aplicación del derecho penal se debe llevar a cabo, en principio, mediante la técnica de una interpretación “conforme la Constitución”, es decir que los tribunales ordinarios deben aplicar las normas de tal manera “que una ley de contenido ambiguo o indeterminado se determina por el contenido de la Constitución”, p. 43.

⁴En este sentido, yo mismo he afirmado que: “La orientación político-criminal del derecho penal, en particular del sistema de la teoría del delito, no debe ser vista como una alternativa a la idea del sistema del hecho punible como sistematización de límites constitucionales para la aplicación de la pena estatal. Debe quedar claro que el sector de mayor trascendencia normativa y de más poder vinculante de la política criminal es, justamente, aquel cuerpo de decisiones que han quedado plasmadas en el texto constitucional. Orientación político-criminal de la teoría del delito no es cosa distinta que orientación constitucional. Aquella norma constitucional de limitación que es mirada desde la política criminal como un programa, se transforma en operatividad sistemática inmediata a través de una teoría del delito sensible y receptiva a las limitaciones externas.

Los aportes de estas aproximaciones descriptivas han sido diversos, pero es posible reconocer en todos ellos un grado, variable, de veracidad.

Lo que no está nada claro es si alguna de estas vertientes explicativas ha guiado las respectivas evoluciones científicas.

II. EL DERECHO PROCESAL PENAL COMO INSTRUMENTO DEL DERECHO PENAL

Ahora bien, desde hace mucho más tiempo, de modo científicamente estable, se adjudica incansablemente al derecho procesal penal como ciencia y al sistema de enjuiciamiento como fenómeno institucional un claro rol instrumental: la realización de los fines proclamados (con mejor o menos suerte) por el derecho penal sustantivo.

De la famosa frase de Beling referida a que “el derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo”⁵, se ha desembocado de modo claro en una concepción del derecho procesal penal como derecho de realización.⁶ Un derecho cuya finalidad específica, “es la de conseguir la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito”.⁷

Qué se quiere decir con ello, en verdad, está lejos de tener precisión. Sólo podemos aquí aventurar algunas aproximaciones:

Se trataría de que el derecho procesal penal sólo tiene por función proveer la arquitectura para que pueda expresarse socialmente y como manifestación de poder estatal el propio derecho penal.

En las clásicas palabras de Giovanni Leone: “el derecho procesal penal es el instrumento para la aplicación de la norma penal”⁸.

Más modernamente, de modo más sutil, encontramos la misma idea, por ejemplo en Roxin: “El derecho penal material, cuyas reglas fundamentales están

No se trata de una búsqueda externa de fundamentación de ciertas decisiones sistematizadas en el ámbito de la justificación ética del castigo estatal o en la necesidad de resguardar la fidelidad social a las normas, sino de ir en búsqueda de la explicación de decisiones reductoras en una dimensión claramente deslegitimadora: los límites constitucionales”.

Ver, RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. (Buenos Aires, 2009), p. 193.

⁵BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal* (Barcelona, 1943), parágrafo 1.1., p. 2. Sobre las consecuencias de esa frase, ver, MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, t. 1 (Buenos Aires, 1996), p. 84.

⁶CLARIA OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. 1, Nro. 9 y ss, p. 13 y ss.

⁷MANCINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. 1, SENTIS MELENDO, Santiago (trad.), Buenos Aires, 1951) p. 241.

⁸LEONE, Giovanni, *Trattato di Diritto Processuale Penale. I. Dottrine Generali* (Napoli, 1961).

contenidas en el StGB, establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho. Para que esas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica es preciso que ellas no permanezcan sólo en el papel, en caso de que se cometa un delito. Para ello es necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista en la ley”.⁹

En algún sentido, la pretensión jurídico penal formulada a través de las normas imperativas que definen la materia de regulación y definen la obligación de hacer nacer institucionalmente la consecuencia jurídica (la pena), sólo puede expresarse socialmente a través del camino y la escenografía que provee el sistema procesal, el modelo de enjuiciamiento que haya elegido el Estado para asegurar ese cometido.

Esta visión es permanente en la opinión dominante¹⁰.

En efecto, esta idea, sin perjuicio de sus diferentes matices en su formulación, ha formado parte de nuestro escenario cultural occidental, en particular, ha formado parte indispensable del catálogo de presupuestos ideológicos que han influido sobre los modelos sociales y estatales provenientes, a su vez, de las matrices de los modelos de estado de derecho acuñados en el escenario europeo continental.

Se podría afirmar con razón que el enfoque recién mencionado no siempre se ha referido al mismo centro problemático. Ello puede ser cierto.

En ocasiones con la adjudicación de un rol instrumental del sistema de enjuiciamiento se ha querido estipular cierto deber conceptual o metodológico de la ciencia procesal de adecuarse políticamente a los fines de la pena o al propio devenir de su justificación ética (teorías preventivas o absolutas).

Sin embargo, en otras oportunidades se ha querido afirmar con ello que en ese carácter instrumental se encontraba el contacto más directo del sistema de enjuiciamiento con el imputado y su suerte (el derecho penal no le toca un pelo al delincuente).

Por último, en algunas ocasiones se ha pretendido dar una explicación al diferente desarrollo sistemático alcanzado por ambas disciplinas.

⁹ ROXIN, Claus, *Strafverfhrsrecht*, CÓRDOBA, Gabriela y PASTOR, Daniel (trads. de la 25ª ed.) (Buenos Aires, 2000), p. 1.

¹⁰ Ver, ZAFFARONI, Enrique Raúl, *Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad*, en, del mismo (coord.), *El proceso penal, Sistema penal y derechos humanos* (México, 2000): “Nadie pretende que el derecho procesal sea un brazo del derecho penal en sentido estricto, pero nos parece que es muy claro que debe guardar una vinculación estrecha y cierto grado de dependencia de éste, entre otras razones, porque nunca puede ser considerado un fin en sí mismo”. Ver, en versión electrónica en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/19082012/dp-proceso_penal_DDHH.pdf.

III. EL PUNTO DE PARTIDA. NUEVAMENTE SOBRE LA CONCEPCIÓN DE BELING.

SÓLO UNA HIPÓTESIS: EL CARÁCTER INSTRUMENTAL A FAVOR DE “LA PRUEBA FÁCIL” DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

En esta ocasión pretendemos revisar la sostenibilidad de la idea recién expresada. Tenemos la sensación de que este aparente carácter instrumental del derecho procesal penal y, el inverso, sustancialmente protagónico del derecho penal, definen roles o papeles o actuaciones de ambas disciplinas que están lejos de hacer verdadero honor a ciertos comportamientos históricos tanto del desarrollo de líneas argumentales, como de la elección de las agendas investigativas de quienes han ocupado lugares centrales de la doctrina dominante.

Si tuviéramos que definir el punto de partida a la manera de hipótesis más o menos plausibles de trabajo, podríamos arriesgar el siguiente cuadro hipotético:

Hay buenas razones para pensar que esta relación que coloca al derecho penal en el centro de la toma de decisiones político criminales y al sistema de enjuiciamiento como ejecutando en su rol instrumental esa pretensión jurídico penal, en un papel tan deslucido como el que surge de pensar en una herramienta técnica sin autonomía valorativa, no puede ser sostenida de ese modo en el futuro.

Sin embargo, para complementar esta hipótesis, deberíamos afirmar adicionalmente que:

También hay buenas razones para pensar que la realidad institucional de esa relación entre derecho penal procesal y sustantivo, ha sido en verdad casi la inversa de la que surge de la imagen que nos trae la opinión dominante.

En efecto, no es posible descartar que haya sido la dogmática jurídico penal, la ciencia que se ha ocupado de la teoría del delito o sistema del hecho punible, la cual ha cumplido un rol posiblemente instrumental, condicionado o de modo menos valorativo: operativo en términos de política criminal estatal, de las pretensiones, mucho más expuestas socialmente, del sistema procesal.

Algunas líneas argumentales pondrían en primera línea de estas reflexiones el hecho de que a menudo los sistemas procesales han tenido graves problemas para justificar sus decisiones en el marco de ciertas exigencias básicas de estándar probatorio. No hay que hacer demasiado esfuerzo para advertir cierta coincidencia en la producción de conceptos de imputación de la dogmática jurídico penal que venían a facilitar el problema probatorio. Si esto es así, y puede ser demostrado, entonces habrá buenas razones para preguntarnos por la legitimidad de este tipo de evolución dogmática, y el precio en moneda de garantías que se ha pagado en más de 100 años de dogmática desde la propuesta de Von Liszt y Beling, hasta nuestros días¹¹.

¹¹ Por eso, el importante aporte de Ramón Ragués acerca de la necesidad de una visión integrada tiene, sin embargo, un punto de partida sólo parcialmente cierto. Según el Profesor

IV. DOS INDICIOS: LA VERDAD COMO UN PROBLEMA PARA EL PROCESO Y LA
SIMPLIFICACIÓN PROBATORIA COMO CONSECUENCIA PERMANENTE
DE LA EVOLUCIÓN DOGMÁTICA EN MATERIA PENAL

Para estipular dos primeros indicios, o puntos de partida problemáticos, que llevarían agua para el molino de esta versión alternativa de los hechos, podríamos subrayar dos datos de gran importancia e influencia explicativa:

En primer lugar ha sido consustancial a los sistemas de enjuiciamiento de todas las épocas ciertos niveles de incapacidad para lograr éxito en su tarea reconstructiva de la verdad histórica en dos niveles: primero para conocer el hecho como “*notitia criminis*” y luego para reconstruirlo, una vez conocido en sus datos esenciales, con vocación normativa sobre todo en instancia de la audiencia principal¹².

El compromiso con una tendencia cognoscitiva del sistema de enjuiciamiento, extremo que no sufrió grandes consecuencias en el trayecto sobre el puente post-iluminista entre el antiguo y el nuevo régimen, siempre se ha mostrado como una pesada carga para la justicia penal. El problema no es sencillo ya que los modelos culturales de la Europa continental en esta materia no admitirían tan fácilmente un abandono de la búsqueda de la verdad¹³ como eje principal del caso judicial.

de Barcelona: “Curiosamente, mientras en los dos últimos siglos la ciencia penal ha realizado notables esfuerzos para eliminar toda irracionalidad en la interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos, esta misma ciencia ha tolerado que los hechos que permiten la aplicación de tales conceptos se determinen en el proceso en función de meras convicciones subjetivas del juez. De este modo, gran parte del trabajo de precisión conceptual y sistematización que se realiza en la teoría del delito y en la interpretación de los tipos de la parte especial es echado a perder en el momento de trasladar al proceso los conceptos sustantivos”. Como vemos, esta visión posee una cuota de ingenuidad en el planteo. Como primera medida, como vemos, todavía hay que demostrar que a la dogmática penal la hayan guiado siempre y en forma absoluta fines tan transparentemente nobles.

Ver, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada, en HURTADO POZO, José (Dir.) y SAN MARTÍN, César (coord.), La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004 (Lima, 2004), trabajo accesible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_08.pdf.

¹² En la actualidad, quizá, la relación traumática del proceso penal con la búsqueda de la verdad anida en la antinomia sobre la cual se monta la dialéctica procesal que, por un lado, promueve esta búsqueda y, por el otro, instala como límite universal la protección de los derechos individuales y garantías constitucionales del sometido a proceso. Ver este dilema en, ROXIN, Claus, La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (trad. del capítulo correspondiente) (Valencia, 2000), p. 121.

¹³ Para ver algunos problemas referidos a los vaivenes históricos de la “llamada” búsqueda de la verdad en el proceso penal, GÖSSEL, Karl-Heinz, La verdad en el proceso penal. ¿Es encontrada o construida?, en del mismo autor, En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales” (México, 2002), p. 57 y ss.

Se trata de uno de los legados inquisitivos de mayor prestigio y, posiblemente, buena salud.

Lo llamativo es que muy raramente podemos encontrar decisiones institucionales, modelos orgánicos, normas procesales e incluso dinámicas administrativas que se hayan tomado verdaderamente en serio esta responsabilidad de búsqueda de la verdad histórica. No sólo se trata de una evaluación *ex post* de medición de impacto de las investigaciones de todo tipo (delitos comunes, delitos complejos, etc), sino que hay buenas razones para, con los datos que ofrecen los sistemas procesales instalados, desarrollar prognosis que deprimirían al más irracionalmente optimista.

No pretendo insistir demasiado con este camino empírico, pero sería razonable que afirmemos que con esos perfiles de funcionarios judiciales (en cuanto a la capacitación recibida como investigadores), con esos recursos técnicos, con esos modelos organizacionales, con ese manejo y administración de los recursos humanos, con ese tratamiento del flujo de casos, etc., no es posible reconstruir la verdad de nada¹⁴.

En segundo lugar, es difícil negar que buena parte de los hitos de la evolución de la moderna dogmática penal, si no han sido guiados (como aquí pretendemos decir), seguramente han tenido como consecuencia llevar la atribución a lugares en los cuales la comprobación probatoria no presente demasiados problemas.

¹⁴Es muy ilustrativo el siguiente párrafo de la magnífica obra de Foucault: “Llegará un día en que la singularidad de esta verdad judicial parecerá escandalosa como si la justicia no tuviera que obedecer a las reglas de la verdad común: “¿Qué se diría de una semiprueba en las ciencias susceptibles de demostración? ¿Qué sería una semiprueba geométrica o algebraica?” Pero no hay que olvidar que estas coacciones formales de la prueba jurídica eran un modo de regulación interna del poder absoluto y exclusivo de saber. Escrita, secreta, sometida, para construir sus pruebas, a reglas rigurosas, la instrucción penal es una máquina que puede producir la verdad en ausencia del acusado. Y por ello mismo, aunque en derecho estricto no tenía necesidad, este procedimiento va a tender necesariamente a la confesión. Por dos razones: en primer lugar porque constituye una prueba tan decisiva que no hay necesidad apenas de añadir otras, ni de entrar en la difícil y dudosa combinatoria de los indicios; la confesión, con tal de que sea hecha con arreglo a los usos, dispensa casi al acusador del cuidado de suministrar otras pruebas (en todo caso, las más difíciles). Además, la única manera de que este procedimiento pierda todo lo que lleva en sí de autoridad unívoca, y se convierta en una victoria efectivamente obtenida sobre el acusado y reconocida por él, el solo modo de que la verdad asuma todo su poder, es que el delincuente tome a su cuenta su propio crimen, y firme por sí mismo lo que ha sido sabio y oscuramente construido por la instrucción. Como decía Ayrault, a quien no le gustaban en absoluto estos procedimientos secretos, “No está el todo en que los malos sean castigados justamente. Es preciso, a ser posible, que se juzguen y se condenen ellos mismos”. En el interior del crimen reconstituido por escrito, el criminal que confiesa viene a desempeñar el papel de verdad viva. La confesión, acto del sujeto delincuente, responsable y parlante, es un documento complementario de una instrucción escrita y secreta. De ahí la importancia que todo este procedimiento de tipo inquisitivo concede a la confesión. FOUCAULT, Michael, *Vigilar y castigar* (Buenos Aires, 2002), pp. 36 y 37.

Otras lecturas posibles de esta evolución presentan consecuencias diversas (perfeccionamiento de la coherencia interna de sistema metodológico, solución de algunos fracasos explicativos a la luz de ciertos principios lógicos fundamentales -razón suficiente, tercero excluido, no contradicción, etc-, evitar consecuencias valorativas inaceptables, o la misma adecuación sistemática a ciertos puntos de partida axiológicos o pretendidamente científicos), sin embargo este efecto de auxilio para el logro del estándar probatorio indispensable se muestra con nitidez, de modo no interrumpido y, en definitiva, ha logrado efectos institucionales notables.

V. LA INCAPACIDAD INVESTIGATIVA COMO PROBLEMA CONGÉNITO DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO DE TODAS LAS ÉPOCAS

En este sentido, debemos decir que, en primer lugar, los sistemas de enjuiciamiento penal no han logrado, en ningún momento histórico, ni bajo ningún paradigma organizacional, un mínimo de capacidad investigativa. La invocada hasta el hartazgo relación entre sistema procesal y búsqueda de la verdad en ningún momento ha descrito, bajo ningún ángulo visual, una realidad palpable o cuadro imaginativo creíble¹⁵. Los sistemas procesales nunca han sido buenos caminos de la reconstrucción de la verdad histórica. Como ya lo hemos afirmado, ni el modelo procesal es un camino recomendable para ello, ni los jueces o fiscales son representantes que nos hagan creer seriamente en las chances de acercarnos a la verdad. Nadie cercano al mundo operativo de los sistema de justicia ha demostrado capacidad conmovedora de investigación de los hechos, reconstrucción histórica de la verdad, o búsqueda de la verdad material. Ello ha sido así, ya sea por limitaciones sorpresivas o por lógicas derivaciones de un par de convicciones, tanto en las ordalías, en los sistemas acusatorios puros, en la más dura inquisición,

¹⁵ Sobre todo porque, como bien lo recuerda Foucault: “Desde que la Edad Media construyó, no sin dificultad y con lentitud, el gran procedimiento de la información judicial, juzgar era establecer la verdad de un delito, era determinar su autor, era aplicarle una sanción legal. Conocimiento de la infracción, conocimiento del responsable, conocimiento de la ley, tres condiciones que permitían fundar en verdad un juicio. Ahora bien, he aquí que en el curso del juicio penal, se encuentra inscrita hoy en día una cuestión relativa a la verdad, muy distinta. No ya simplemente: “El hecho, ¿se halla establecido y es delictivo?”, sino también: “¿Qué es, pues, este hecho, esta violencia o este asesinato? ¿A qué nivel o en qué campo de realidad inscribirlo? ¿Fantasma, reacción psicótica, episodio delirante, perversidad?” No ya simplemente: “¿Quién es el autor?”, sino: “¿Cómo asignar el proceso causal que lo ha producido? ¿Dónde se halla, en el autor mismo, su origen? ¿Instinto, inconsciente, medio, herencia?” No ya simplemente: “¿Qué ley sanciona esta infracción?”, sino: “¿Qué medida tomar que sea la más apropiada? ¿Cómo prever la evolución del sujeto? ¿De qué manera sería corregido con más seguridad?” Todo un conjunto de juicios apreciativos, diagnósticos, pronósticos, normativos, referentes al individuo delincuente han venido a alojarse en la armazón del juicio penal. Otra verdad ha penetrado la que requería el mecanismo judicial: una verdad que, trabada con la primera, hace de la afirmación de culpabilidad un extraño complejo científico-jurídico. FOUCAULT, Michael, ob. cit. p. 21

en los modelos llamados mixtos o en el mundo contemporáneo. Y ello más allá de la fuerza con la cual se invoque como eje funcional de cada etapa la relación con la búsqueda de la verdad material.

Ello explica que el “problema de la verdad” haya sido siempre un eje de reflexión por parte de quienes participan del escenario de la ciencia procesal en materia penal. Si no nos dejamos seducir por las sutilezas de las explicaciones más o menos modernas, es difícil negar que cualquier alejamiento del concepto de “verdad material” lo único que busca es facilitar el camino para instalar una “historia oficial del hecho” que debe imponerse con la ayuda de los atributos jurisdiccionales.

Incluso, ello sucede más allá de que se aluda a títulos que ofrecerían tranquilidad a la hora de desprenderse del objetivo de la construcción de esa verdad, como la denominada “verdad formal” o “verdad consensual”.

Sin embargo, es imposible no reconocer que ello siempre ha generado un serio problema de legitimidad de las decisiones del sistema judicial provocado por la vigencia de la garantía de segundo rango del *favor rei* como deducción del principio de inocencia (como garantía de primer rango) y el correspondiente estándar probatorio que esas decisiones requieren para pronunciar la condena.

La exigencia institucional de construir sentencias basadas en la verdad sobre los hechos ha sido siempre una preocupación de tan alto grado y estima que incluso en épocas de poco resguardo a la dignidad del ciudadano sometido a proceso se ha mantenido incólume. Un ejemplo digno de mejores causas lo constituye la propia inquisición: la reconocida incapacidad investigativa del inquisidor (no sólo personal, sino institucional), y la irrenunciable búsqueda de la verdad real o material, llevaron al primer plano probatorio al testimonio, al relato de lo sucedido. Ese relato debía ser producido en primer lugar por lo protagonistas (autor y víctima) y se transformaba en la gran obsesión del modelo procesal inquisitivo. De este modo, la negativa del autor del hecho a confesar, tenía que ser superada por un complejo y reglamentado sistema de aplicación de dolor (tortura).

Puede llamar legítimamente la atención que un sistema que no veía un problema en la tortura, evidentemente se podría haber permitido varios lujos procesales, pero nunca se permitió la osadía de abandonar la búsqueda de la verdad.

Más allá de su enorme influencia en Europa Central y el posterior traslado de la cultura inquisitiva a América Latina y el Caribe, estos puntos de partida se han mantenido incluso bajo sistemas que hoy son denominados de modo diverso como modelos *mixtos*, o *acusatorio formales*, etc.

Este complejo escenario, posiblemente haya generado la necesidad de exigir sigilosamente la producción de conceptos en el terreno de la dogmática penal que simplificaran al máximo no sólo el proceso lógico imputativo, sino ya la necesaria comprobación en el mundo de los hechos aún para las exigencias de los estándares probatorios vigentes desde el iluminismo.

Si esta hipótesis no es sólo plausible, sino correcta, entonces el sistema procesal o sistema de enjuiciamiento como escenario institucional y el derecho procesal penal como escenario académico, no habrían hecho honor al rol sólo instrumental que le ha adjudicado tradicionalmente la ciencia penal, sino que al contrario habrían configurado las pautas político criminales y necesidades operativas y de directa punición que han venido a ser salvadas raudamente por una ciencia dogmática que ha manifestado quizá cierta flexibilidad, ocultada detrás de pomposas invocaciones a reglas hermenéuticas, estructuras lógico objetivas, vinculaciones con teorías sistémicas, teorías de justificación del castigo, etc, etc.

Esa tendencia puede ser intuita, como adelantamos, ya cuando se observa que en gran medida, casi todas las grandes decisiones metodológicas del sistema del hecho punible, si uno hace un paneo evolutivo, han venido a facilitar el trabajo de confirmación procesal y casi nunca al revés. Se ha tratado en la mayor cantidad de casos de reducir el listado de requisitos probatorios a favor de ciertas inducciones, presunciones, etc., etc.

VI. ALGO DE REALISMO SOBRE LOS LÍMITES PROCLAMADOS DEL DERECHO PENAL

Ahora bien, uno podría oponer enérgicamente a este avance del desarrollo una hipótesis tan provocativa, con sólo recordar que tamaño trayecto histórico-funcional de la dogmática jurídico penal, no podría nunca haberse dado ni en la práctica ni, mucho menos, en el discurso, debido principalmente a que ello es incompatible con un derecho penal limitado por las consecuencias de un conjunto de garantías constitucionales. Una dogmática jurídico penal que tiene como función manifestar en su expresión casuística un conjunto sumamente expresivo de límites constitucionales como el principio de subsidiariedad (de carácter fragmentario), legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de *in dubio pro reo*, el principio de acto, el principio de proporcionalidad, etc, etc, no podría estar atenta a satisfacer las exigencias del sistema procesal penal y sus dilemas de eficacia probatoria.

Para decirlo en términos muy coloquiales: el sistema de dogmática jurídico penal, no podría bailar dos ritmos al mismo tiempo. El ritmo de las garantías tiene una melodía muy distinta al ritmo de las necesidades político criminales vinculadas con la superación del nivel de exigencia de certidumbre probatoria.

Pero es que, bien mirada la evolución del sistema del hecho punible, justamente, debemos decir que ha hecho poco honor a la tarea de ser o de transformarse en una manifestación sistemáticamente organizada de los límites constitucionales. Que ello es así es evidente, en cambio las razones que explican esta desvinculación no aparece con tanta claridad. Pero antes de arriesgar una explicación posible, deberíamos diagnosticar con mayor precisión.

VII. ¿GARANTÍAS EN EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE?

¿Hoy podríamos decir que el sistema del hecho punible ha contribuido a una limitación socialmente adecuada del uso del poder penal? En verdad, ¿hoy sabemos bien que queremos decir cuando explicamos a los alumnos que el derecho penal es fragmentario, subsidiario o de *ultima ratio*? Sin duda, no se trata de algo que sea tan evidente como repetido¹⁶. Como bien hoy se pregunta un sector de la doctrina: “¿Fragmentos de qué? ¿Subsidiario respecto a qué? ¿*Ultima ratio* en relación a qué otras rationes? Se trata de cuestiones sencillísimas sobre las que, en cambio, jurisprudencia y dogmática sólo aportan escasa información. El hecho de que esta falta de claridad no parezca molestar a nadie, hace sospechar que a lo sumo estamos ante posiciones programáticas”¹⁷.

¿Hoy podemos decir que el principio de culpabilidad encuentra su lugar adecuado de resguardo en el sistema del hecho punible? Sería muy arriesgado afirmar esto con elocuencia, sólo alcanza con un ejemplo, en un tema muy actual, de un autor normalmente muy preocupado por los límites del derecho penal, veamos: “...la conexión con otras estructuras del estatus social se manifiesta aún hoy en forma de que una posición vinculada en muchos casos con un dominio individual del suceso se generaliza, así, por ejemplo, en forma de responsabilidad del comandante militar, según el art. 28 del Estatuto de Roma sobre el Tribunal Penal Internacional. Lo mismo cabe decir de la tendencia de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán que imputa los comportamientos ejecutados desde una organización jerárquicamente estructurada directamente a la cabeza de esta organización y, por consiguiente, en una empresa económica, al Consejo de administración. Si se analiza fríamente, semejante Derecho penal es, más que irracional, descuidado –en comparación, es fácil de manejar y parece generalmente “acertar” (esto es, haber emitido la decisión fundamental en relación a la producción del acontecimiento indeseado)–. Este embastecimiento del lado subjetivo de la imputación implica, en verdad, una suplantación parcial del principio de culpabilidad, cuya observancia no sólo es irrenunciable para la legitimación de la pena frente al afectado, sino también para una concepción que ve al Derecho penal como una medida apropiada en una sociedad racional *stricto sensu*, dado que el comportamiento no culpable no es evitable mediante

¹⁶ Ver, PRITTWITZ, Cornelius, El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿*Ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y los límites de los principios limitadores del Derecho penal, CASTIÑERA PALOU, María Teresa (trad.), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.) y ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), La insostenible situación del Derecho Penal (Granada, 2000), pp. 427 y ss.

¹⁷ PRITTWITZ, Cornelius, ob.cit.

planificación y, por esa razón, tampoco se puede evitar con éxito mediante la amenaza de la imposición de una pena”¹⁸.

Ahora bien, en forma inmediata, luego de tan fuerte declaración de principios, con un realismo sorprendente, el mismo autor aclara:

“Sin embargo, un derecho penal ideal de culpabilidad se encuentra hipotecado en lo que respecta a la validez de su sanción con enormes problemas de prueba, por tanto, es discutible desde el punto de vista de su racionalidad instrumental”¹⁹.

Entonces, según esto, daría la deprimente sensación de que las garantías constitucionales rigen en la medida que no sean antisistémicas en lo que respecta a las exigencias vinculadas con un específico estándar probatorio. Dicho más crudamente, será función del sistema del hecho punible interpretar las consecuencias de las garantías y límites constitucionales de manera que no generen demasiada impunidad. Se eleva al primer lugar axiológico un principio, como el de racionalidad instrumental, que, más allá de su pavorosa ambigüedad, parece reconducir todo y a todos a un pragmatismo pretendidamente utilitarista y de poca monta. A este problema, exactamente, me quiero referir en lo que sigue.

Como venimos observando hay buenas razones para pensar que no ha sido una causalidad que, en la propia evolución del sistema del hecho punible y de sus consecuencias dogmáticas para la solución de lo que la filosofía anglosajona denomina “casos difíciles”, siempre se descubre una tendencia a facilitar la superación de una exigencia probatoria que plantea el sistema de enjuiciamiento. De esto hay, lamentablemente, varios ejemplos.

Ahora bien, es prudente preguntarnos aquí la razón por la cual la vía argumental de las garantías, por ejemplo, de los textos constitucionales, no ha tenido la fuerza como para haberse transformado en la gran fuerza motora de las evoluciones del sistema dogmático de la teoría del delito.

El problema es complejo y la respuesta no puede prescindir de una atenta mirada a la relativa indiferencia que le ha prodigado la ciencia penal alemana que se ha ocupado de la dogmática penal, a la argumentación a través del sistema de garantías constitucionales. La explicación allí debe subrayar que antes de que apareciera muy modernamente un texto constitucional con chances de influir en este tipo de evoluciones, la filosofía, ética, y la ciencia jurídica alemana ya habían alcanzado, sin ningún auxilio constitucional, una madurez y precisión dignos de elogio.

¹⁸ Ver, SCHÜNEMANN, Bernd, Protección de bienes jurídicos, última ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho Liberal, RIGGI, Eduardo Javier y ROBLES PLANAS, Ricardo (trads.), en VON HIRSCH, Andrew *et al.* (ed. alemana) y ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española), *Limites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (Barcelona, 2012), p. 65.

¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, *ob. cit.*

Como lo describe Klaus Tiedemann: “La influencia del derecho constitucional y, sobre todo, de las normas constitucionales garantizadoras de los derechos humanos, ha sido notable durante los años siguientes a la puesta en vigencia de la Ley Fundamental alemana de 1949 y, particularmente, desde la creación del Tribunal Constitucional Federal (TCF) en 1951. Mientras que las Constituciones alemanas anteriores, así como la Declaración francesa de derechos humanos de 1789, se dirigían sólo a los legisladores y no tenían un carácter político, la Ley Fundamental introdujo “catálogos” de garantías individuales destinadas a ser self-executing, limitando de modo directo y, en sentido jurídico, todos los poderes del Estado”.²⁰

De este modo se advierte que si el comienzo de esta relación data del año 1949 y advertimos el nivel de profundización que había alcanzado el pensamiento jurídico en Alemania, hay buenas razones para comprender esta indiferencia recíproca.

VIII. ¿ES O HA SIDO ABSOLUTAMENTE INOCENTE LA INSTALACIÓN DE UN SISTEMA DE COMPROBACIÓN NEGATIVA EN LAS CATEGORÍAS DE LA ACCIÓN, ANTIJURICIDAD, CULPABILIDAD Y PUNIBILIDAD?

Un primer escenario para pensar que la evolución del sistema dogmático de imputación jurídico penal siempre ha tomado en cuenta las necesidades probatorias de modo por demás comprometido con la eficacia del sistema de justicia penal,

²⁰ TIEDEMANN, Klaus, La constitucionalización de la materia penal en Alemania, en Anuario de Derecho Penal (1994), vid. en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1994_03.pdf. Pero incluso, hoy en día se sigue discutiendo sobre los fundamentos teóricos de la influencia de las garantías constitucionales sobre el derecho penal, según Tiedemann: “De acuerdo con la idea de la unidad del orden jurídico las diversas ramas del derecho no deben contradecirse. Un efecto más bien positivo de interpretación del derecho “simple” en consideración de las decisiones contenidas en el derecho constitucional es producido por la imagen propuesta por la Escuela de Viena (Kelsen, Merkel): el derecho se forma progresivamente por grados, de manera escalonada, de modo que la Constitución es la norma suprema; la misma que constituye la razón de existir de la norma ordinaria, influenciando por esto su contenido. Algunos autores parten más bien de la idea que la ley penal es una ley de ejecución de la Constitución, lo que parece dudoso en el orden jurídico alemán que ha codificado de manera más o menos autónoma el derecho material y el formal (contrariamente a lo que sucede en los EE.UU.). Ahora bien, el TCF ha aceptado ampliamente la doctrina del constitucionalista Konrad Hesse sobre el efecto recíproco y la necesidad de una concordancia práctica entre la Constitución y el derecho ordinario. No sólo los derechos constitucionales influyen mediante la garantía de la libertad de expresión, el derecho penal, así, por ejemplo, en materia de injurias; sino que la existencia del derecho penal, en consecuencia la tipificación de los delitos, influye y limita las garantías constitucionales. Lo que supone un método de ponderación recíproca de valores e intereses. Método que lleva sin duda a juicios frecuentemente vagos, poco previsibles; lo que perjudica la idea de seguridad jurídica, especialmente, en materia procesal donde, en la práctica, medidas, que implican limitaciones de los derechos fundamentales, deben ser tomadas rápidamente”.

es identificable ya en la propia configuración dialéctica, en el propio método, del sistema de teoría del delito.

Cuando repetimos incansablemente que el camino del sistema de imputación de la teoría del hecho punible facilita que se demuestre que nos encontremos con una acción, típica, antijurídico, culpable y punible, esto es, parcialmente, falso. Por lo menos en lo que concierne a las categorías de la acción, de la antijuricidad, culpabilidad y punibilidad (es decir, casi todas), el modelo funciona de modo inverso a lo que requeriría un sistema de comprobación y verificación activo: en principio hay acción, hay antijuricidad, hay culpabilidad y también punibilidad, salvo que se demuestre en el caso uno de los supuestos característicos que posibilitan obstaculizar la atribución de aquello que pretende adjudicar cada categoría sistemática.

Sólo frente a la evidencia de una circunstancia excluyente de la acción, de una causa de justificación, de un error de prohibición o de una excusa absolutoria, es que el intérprete está autorizado a problematizar sobre la inexistencia de la calidad sistemática del hecho que se conecta a cada categoría. De este tipo de afirmaciones a pensar que la duda es un escenario no de éxito, sino de fracaso del acusado, hay un solo paso y muy pequeño. Que el tipo de formulación dogmática del sistema ha servido al tránsito procesal de las atribuciones queda claro, incluso, cuando se recuerda qué lugar se ha resguardado para el *favor rei* en el sistema de enjuiciamiento. Pero no sólo eso, también hay inversiones de la carga probatoria que se exportan de una categoría a otra: Algo de ello ha sucedido en la evolución de la tipicidad como indicio de la antijuricidad en Binding y el rol de la esa categoría como *ratio essendi* de la antijuricidad en el edificio neo-clásico de Mezger.

Excedería a este trabajo detenernos en las reales posibilidades que posee el sistema de imputación en la actualidad, o incluso en el futuro, de generar sistemas positivos de comprobación de cada enjuiciamiento dogmático parcial en cada categoría. De sólo pensar que la ciencia del derecho penal actual debería desarrollar, por ejemplo, un sistema activo de comprobación de los casos en los cuales hay una acción como fenómeno que posibilita legítimamente la adjudicación personal a un ciudadano, nos embarga una tendencia a ser pesimistas sobre este tópico; lo mismo nos sucede cuando pensamos en la adjudicación de una tal conciencia potencial de la antijuricidad; pero ello no debe ocultar que entre un modelo y otro sólo hay ventajas para la tesis de la acusación en el marco del sistema de enjuiciamiento penal.

Quien crea que al diagnóstico se le adjudica una gravedad exagerada, debido a que en el ámbito de la confirmación de la tipicidad como materia de la prohibición o mandato, la comprobación, en cambio, es positiva, no debería festejar antes de tiempo: allí también, pero por otras razones, el sistema ha desarrollado su propia capacidad para sortear las exigencias probatorias lesionando el *in dubio pro reo*: sin ir más lejos ese ha sido el costo del trabajo con hipótesis que proponía la teoría del

comportamiento alternativo conforme a derecho y los enjuiciamientos más tranquilizadores que provenían de una descuidada teoría del incremento del riesgo²¹.

Por otro lado, más allá de que es posible ver en el desarrollo de una teoría de la imputación normativa un conjunto trascendente de conceptos limitadores de la tipicidad, no deberíamos negar que en gran medida estos caminos han recibido un gran impulso a partir de los dilemas generados luego de las dificultades probatorias advertidas a partir de los casos llamados de “causalidad general”, como el procedimiento “Contergan”²², en los cuales el principal problema pasaba por las limitaciones de los procesos investigativos para determinar una causalidad definida en términos físicos. Entre una causalidad indeterminada y un incremento del riesgo definido en términos meramente normativos, hay un gran aumento de la tranquilidad probatoria.

IX. ¿NECESIDAD DE UNA LECTURA ADICIONAL DE LAS RAZONES DE LA EVOLUCIÓN CAUSALISMO- FINALISMO? EL PROBLEMA DE LA NECESIDAD DE UN CONOCIMIENTO ACTUAL EN EL DOLO

Es ya tradicional repetir la historia oficial sobre las razones de la gran revolución sistemática que representó la irrupción del finalismo. Es indudable que la producción filosófica de Welzel colaboró para que los penalistas no sólo observemos el lugar en donde se ubicaba el dolo, sino la compleja fundamentación *ius* filosófica que el profesor de Bonn daba como punto de partida. Es también posiblemente cierto que el edificio sistemático, bajo el nuevo modelo, adquiriría una racionalidad indiscutible. Ahora bien, ¿los efectos puntuales en la solución de los casos justificaban la tremenda publicidad que se le otorgó al cambio? Posiblemente no, si es que uno no le otorga al caso del error de prohibición evitable, sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, cuando no está previsto el tipo imprudente, una dimensión estadística que, en verdad, no tiene²³.

Ahora bien, si el cambio no se manifestaba en las consecuencias del modelo conceptual de adjudicación de pena, ¿dónde se encontraba? Posiblemente el segundo cambio, menos visible, pero quizá mucho más importante, hay que verlo en que ahora ya no hacía falta probar un conocimiento actual sobre la antijuridicidad, sino que alcanza con uno potencial. Al trasladar el dolo y su actualidad al ámbito de la tipicidad, la prueba sobre la conciencia de la antijuridicidad logró una simplificación notable.

²¹ Ver, *infra* nro. XV.

²² Ver, *infra* nro. XIV.

²³ Ver, SANCINETTI, Marcelo, Relatividad de las teorías de error, en del mismo, Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino (Buenos Aires, 1990), pp. 1 y ss.

Con ello no se quiere afirmar que éste haya sido el objetivo, sino sólo subrayar por ahora que la principal consecuencia del tan notable salto del causalismo al finalismo no ha sido sistemático-conceptual, sino probatoria.

X. ¿DOLO SOLO COMO CONOCIMIENTO?

¿RAZONES VINCULADAS AL RESPETO AL PRINCIPIO DE HECHO?

Sin embargo, las exigencias probatorias que representaba el lado subjetivo del hecho siempre fueron un grave problema para un sistema de enjuiciamiento con una tradicional incapacidad para investigar ya simplemente las manifestaciones externas. No sería, creo, muy conspirativo suponer que a ello se ha debido la continua evolución del concepto de dolo en la dogmática moderna que, si ha tenido algún eje estable, ha sido la búsqueda de una permanente simplificación probatoria. No es posible hacer un relato completo de esta evolución que, por lo demás es suficientemente conocido: del enorme debilitamiento sistemático del dolo que significó en el tránsito entre causalismo y finalismo que se cancele el juicio de antijuricidad como objeto referencial, se pasa, ya entrados los últimos 30 años a cuestionar la tradicional definición del tipo subjetivo de la tipicidad como conocimiento y voluntad, para, incluso con referencias garantistas a Ulpiano (*Cogitationis poenam nemo patitur*), circunscribir la atribución al mero conocimiento y, ya en los últimos años, comenzar a instalar la idea de que a determinados niveles de riesgo asumidos, entonces, la demostración del conocimiento es superflua.

No cabe ninguna duda que esta evolución tiene tanto impacto en la actividad del Ministerio Público Fiscal como cualquier aumento presupuestario destinado a las actividades de las fiscalías.

Se tiende a que el emblemático desafío de la prueba del dolo se vaya transformando en una anécdota formal que no plantea ningún obstáculo verdadero a la atribución en el ámbito del sistema de enjuiciamiento.

Lo cual lleva a preguntarnos cuánto hay de cierto a la hora de definir las exigencias conocidas del principio de culpabilidad y el ideal científico que siempre remite a la idea de que las normas (por lo menos aquellas que establecen deberes, de actuar o de omitir) tienen una función comunicativa y de determinación. Sin una demostración de que el sujeto conoce que ha ingresado en el ámbito fáctico que activa la función reguladora de la norma (aquello que era asegurado por la instancia del dolo), no hay ninguna comunicación y mucho menos actividad de determinación normativa sobre el ciudadano.

XI. EL ÚLTIMO GUIÑO AL PROCESO: EL DOLO SÓLO COMO LO DETERMINABLE EN EL PROCESO

Pero el dolo ha seguido siendo un problema por ello, el último guiño del desarrollo del concepto de dolo por los dogmáticos al proceso penal y sus nece-

sidades se ha producido en los últimos 15 años y tiene su reflejo más evidente en la monumental investigación de Ragués I Vallés sobre “el dolo y su prueba en el proceso penal”.²⁴

Según el autor catalán: “Una vez establecida la existencia de unas reglas sociales de imputación del conocimiento y constatada la necesidad de que éstas sean empleadas en el momento de la determinación procesal del dolo, conviene ahora plantearse si tales reglas tienen una mera naturaleza procesal o si, por contra deberían tomarse en cuenta ya al enunciar el propio concepto de dolo”.²⁵

Según este autor: “...de acuerdo con estas ideas, toda afirmación de que una conducta ha sido efectivamente llevada a cabo de forma dolosa requiere de tres presupuestos: que se sepa qué es el dolo, que se sepa como determinarlo y que se cuente con una base objetiva que permita afirmar que alguien ha actuado dolosamente. Ciertamente puede pensarse que, dado el carácter práctico del Derecho penal, los dos primeros momentos podrían agruparse en uno sólo, de tal modo que todo aquello que no pudiera determinarse procesalmente no merecería siquiera la pena incluirlo en el concepto inicial”.²⁶

Se trata de saber si a la dogmática le debe interesar “el análisis de todas las condiciones que tienen que darse en la práctica para que se afirme de modo efectivo la comisión de un delito”.²⁷

Claro que ello es lo mismo que decir que los conceptos iniciales van a definirse de acuerdo a su determinabilidad procesal. Pero, si ello es así, el concepto estará integrado o influido por razones propias del proceso de verificabilidad.

La visión crítica, hay que decirlo, parte de afirmar que “concepto” y “prueba” pueden y deben ser separados. Por ejemplo, Volk es más bien escéptico frente a esta diferenciación: “Esta diferencia, no es forzosa ni evidente. En numerosos campos del conocimiento no se puede trabajar de esta manera. En esos ámbitos es el procedimiento de prueba el que decide sobre la “existencia” de ciertos fenómenos (cifras, estrellas, partículas elementales, etc). No obstante, los juristas consideran “lo correcto” conceptualmente más importante que el problema de su realización y prueba”.²⁸

El comentario de Volk es sin duda provocador, sin embargo en él se desdibujan las similitudes y las diferencias de los ámbitos científicos que administra para el ejemplo. “Ciencia jurídico-penal” y “Ciencias duras” coinciden en algo: también

²⁴ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona, 1999).

²⁵ *Ibidem*, p. 363.

²⁶ *Ibidem*, p. 363.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ VOLK, Klaus, *La verdad sobre la verdad y otros ensayos*, SARRABAYROUSE, Eugenio (trad.) (Buenos Aires, 2006).

en las ciencias duras el concepto es anterior, como mínimo cronológicamente, a la comprobación empírica: de otro modo no podríamos definir el campo metodológico del proceso de verificabilidad. Es decir sólo ensayo la prueba sobre un concepto que como idea ha nacido antes que su verificación. El proceso empírico es inimaginable prescindiendo de la referencia. Ya ello demuestra, para todas las ciencias, que “concepto” y “prueba” deben separarse. El concepto de cisne blanco debe haber nacido antes que el conteo de cada uno de los integrantes de ese grupo y el chequeo de que no hay uno sólo que sea negro. Si el camino científico luego tiene imposibilidad de demostrar que efectivamente todos son blancos, ello no dice nada acerca del concepto mismo.

Ahora bien, lo más notable son las diferencias. En la ciencia jurídico penal el tránsito entre hechos y prueba viene guiado por un conjunto de garantías constitucionales. Si aquello que la ciencia define como dolo y que incluye conocimiento y voluntad, luego de que no puede ser probado, es transformado, tomando en cuenta este problema de eficacia en la distribución del castigo, en un nuevo dolo, pero que ahora incluye solamente el conocimiento, no sólo he establecido un diálogo entre hecho y prueba, sino que he definido que la imputación que antes era un fracaso es ahora un éxito.

En su muy importante investigación doctoral sobre el dolo eventual, el profesor cordobés, Gabriel Pérez Barberá, describe dos intentos conceptuales de definir el dolo eventual “a partir de dificultades probatorias”.²⁹ Allí se hace cargo de las tesis de Hruschka y Hassemer. En el primer caso se trata de objetar que el dolo sea un hecho y por lo tanto que no es algo que se deba constatar y, en el caso de Hassemer, se trata de que el dolo, según él es un hecho interno “no observable”.

No es este el lugar para terciar en este debate, pero sí para advertir lo que está sucediendo: por una vía o por otra se trata de ofrecerle soluciones al proceso penal, ya argumentales, ya conceptuales, que tengan claramente el efecto de la tranquilidad probatoria.

XII. EL PERMANENTE INCREMENTO DE LA DEBILIDAD DE LOS REQUISITOS PROBATORIOS PARA IMPUTAR AUTORÍA. DOMINIO DEL HECHO. AUTORÍA COMO INFRACCIÓN DE UN DEBER

Como sabemos, la teoría de la autoría ha sido una de las que mayores transformaciones han sufrido en la evolución del sistema del hecho punible.

En el marco del desafío que consistía en obtener consecuencias de la teoría del dominio del hecho para la solución de casos complejos o de trascendencia político

²⁹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual* (Buenos Aires, 2011), p. 585.

criminal, la dogmática jurídico penal ya le había hecho al sistema de justicia propio del mundo procesal algunas ofrendas: Las necesidades propias de los crímenes del nacionalsocialismo alemán motivaron el desarrollo del concepto de autoría por dominio subjetivo de un aparato de poder. Que la idea traiga una enorme carga de energía políticamente correcta no puede hacer olvidar que ya aquí se trataba de quitarle la responsabilidad al sistema de enjuiciamiento de demostrar probatoriamente la vinculación de quienes conducían el aparato de poder con el hecho puntual de la atribución: algo que hoy vemos como natural, pero que, debemos coincidir, se trataba del eje del sistema de justicia penal.

Sin embargo, ese modelo podía solucionar la prueba en algunos casos pero no en los supuestos de delitos especiales: frente a este desafío la dogmática penal moderna no dudó en afirmar que:

“Comparando el concepto de autor en los delitos de dominio y de los de infracción de deber, son las diferencias las que primero saltan a la vista: el criterio de dominio del hecho resulta de las singularidades del curso concreto del suceso. En cambio, en los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención es indiferente: basta cualquier causal de la índole que sea, de manera que, en lo que se refiere a la irrelevancia de las formas externas de conducta, cabe advertir una concordancia con el concepto extensivo de autor”.³⁰

Como lo recuerda Sánchez Vera:

“...en los delitos de infracción de deber, lo relevante para la descripción típica del delito no es –como en los delitos de dominio– la naturaleza externa del comportamiento, sino la lesión del deber extrapenal. De esto se deduciría que sólo cumple el tipo penal quien quebranta el deber y, a su vez, quien quebranta el deber cumple siempre por ello con la descripción típica³¹ y es, por tanto, siempre, autor. Es suficiente, pues, todo “ocasionamiento” del delito en posición de infracción del deber, para que pueda ser afirmado que el especialmente obligado es autor”.³²

³⁰ ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trads. de la sexta edición alemana) (Barcelona, 1998), p. 412.

³¹ En la moderna doctrina de América Latina esta solución se ha expandido rápidamente. Ver, en Perú, VILLAVICENCIO, Felipe, Derecho Penal. Parte General (Lima, 2007): “parece que lo más conveniente es considerar que el *intraneus* es autor inmediato”. p. 491.

En el mismo sentido, en Chile, CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal. Parte General (Santiago, 2004): En los delitos de infracción de un deber, sólo puede ser autor el *intraneus*, esto es, aquel a quien le incumbe el deber mediante cuyo quebrantamiento se da origen a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico respectivo; y ello prescindiendo de si cuenta o no con el dominio del hecho”. p. 617.

³² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva (Madrid, 2002), p. 32.

En lo que respecta a las omisiones esta concepción, seguramente, significará un apoyo a la ya desarrollada tendencia a ver omisiones punibles incluso más allá de sus respectivas regulaciones expresas:

“puesto que en el delito de infracción la base de responsabilidad es la lesión de un deber específico, sería de todo punto irrelevante si la lesión se produce por acción o por omisión”.³³

Aunque en verdad no todos los autores creen que esta teoría deba ser interpretada como la directa anulación de cualquier exigencia de dominio.

Por ejemplo en Jescheck-Weigend³⁴, puede leerse:

“...de ello no se sigue que todo titular del deber tenga que ser autor; para ello debe, más bien, o poseer el dominio del hecho o dominarlo en parte o ser autor mediato si coopera con un instrumento no cualificado”.

Pero, como vimos, ello significa, para la teoría de la autoría como infracción de deber, una directa petición de principio.

Incluso Stratenwerth³⁵ ha advertido el problema al preguntarse si el especialmente obligado también puede ser autor, aun cuando él haya intervenido en el hecho en alguna forma, sin haber tenido el dominio sobre el acontecer del hecho. La respuesta del profesor de Basel no se hace esperar demasiado, según él:

“...si esto significa que se está en favor de la autoría para cualquier intervención del *intraneus* en una acción que –de ejecutarse por él mismo– cumpliría el tipo, aun por distante que sea esa intervención, existiría allí una clara infracción al principio *nullum crimen sine lege*”.

Como veremos, no se trata sólo de una infracción al principio de legalidad. En efecto, luego veremos de qué modo la punición de quien no domina el hecho es una manifestación, posiblemente, de responsabilidad objetiva y de lesión al principio fundamental de un derecho penal de acto (la responsabilidad se funda en el mero estar cerca del hecho y se construye un sistema de imputación según el cual se responde por lo que se es y no por lo que se hace (¿Una retorno tardío al derecho penal de autor?).

Claro que si la forma externa del hecho no interesa, entonces será mucho más sencillo instalar un cuadro probatorio convincente: es objeto de la prueba sólo la situación que desempeña el, por ejemplo, funcionario y nada más.

Una herramienta conceptual que en un contexto de tradicional ineficacia de los sistemas de enjuiciamiento en la investigación de los delitos de corrupción de funcionarios públicos, se transforma en indispensable, casi festiva.

³³ *Ibidem*, p. 32.

³⁴ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, Tratado de derecho penal, OLMEDO CARDENOTE, Miguel (trad. de la 5ª ed. alemana) (Granada, 2002), p. 701 y ss.

³⁵ STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. Parte General, SANCINETTI, Marcelo y CANCIO MELIÁ, Manuel (trads. De la 4ª ed. alemana) (Buenos Aires, 2005), p. 377 y ss. (especialmente, párrafos 23 y 38).

Una nueva muestra de un sistema dogmático que produce evoluciones conceptuales pensando en su impacto probatorio-procesal.

XIII. EL ENCANDILAMIENTO QUE HA PRODUCIDO ADVERTIR QUE PARA IMPUTAR OMISIÓN DEBO PROBAR MENOS QUE PARA IMPUTAR COMISIÓN

La evolución recién mencionada sobre el concepto de autoría ha facilitado otra gran transformación no sólo expansiva sino de superación de estándar probatorio: el transformar imputaciones a comportamientos activos en imputaciones a comportamientos omisivos. Esto genera un enorme impacto procesal. En primer lugar en términos de exigencias probatorias. Es indudable que frente a las dificultades que genera demostrar que “X” ha conducido el curso lesivo, mucho más sencillo es demostrar que el sujeto no lo ha evitado en posición de garante. En realidad, se trata casi de una inversión de la carga de la prueba.

Sin embargo el impacto es dual: la confusión conceptual, aunque prolijamente presentada, entre imputaciones a la acción e imputaciones a la omisión, genera de modo indudable una tremenda indefinición del hecho a la hora de la imputación y una trascendente violación del principio de congruencia: nadie se defiende del mismo modo de una imputación omisiva o de una activa. Aquí se verifica el dato por demás llamativo de que no sólo la prueba ya es superflua, sino que también se torna innecesario verificar la sostenibilidad de la condición de precisión de la imputación.

XIV. LA CRISIS DEL DOGMA CAUSAL: CAUSALIDAD GENERAL Y EL PROCEDIMIENTO CONTERGAN³⁶. LAS RAZONES DEL SURGIMIENTO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La causalidad siempre fue entendida durante mucho tiempo como un elemento esencial de los tipos penales. El pensamiento clásico estaba adecuadamente reflejado en Engisch: “Lesión de los intereses y puesta en peligro de los intereses hallan su sustrato real, en general, en la producción (causación) de modificaciones en el mundo exterior (especial o ajeno a lo psíquico).³⁷

A través de un fundacional trabajo de Armin Kaufmann, tempranamente traducido al español, hemos conocido los alcances de una sentencia trascendente en

³⁶ Auto LG Aachen de 18 de febrero de 1970;

³⁷ ENGISCH, Karl, La causalidad como elemento de los tipos penales, SANCINETTI, Marcelo (trad.) (Buenos Aires, 2008), p. 23.

la evolución de la crisis del hasta ese momento dominante dogma causal y de la incipiente paralela evolución de la teoría de la imputación objetiva.³⁸

En este caso, en verdad, el primero de una serie muy importante de supuestos similares en Alemania, España e Italia, se sometió a análisis, entre otros temas, qué hacer en los casos en los cuales la información proveniente de las ciencias auxiliares pueden ayudarnos a determinar la certeza entre determinados factores de riesgo y la enorme cantidad de resultados disvaliosos sometidos a proceso. En definitiva la tan consolidada idea de la causalidad sometía al sistema penal a un estándar probatorio, a una idea de certeza, francamente imposible de sostener empíricamente. Para el buen lector el futuro ya iba siendo visible: paulatinamente se irían abandonando las clásicas teorías causales. Lo que no se puede comprobar deja de ser una exigencia conceptual diría el axioma de modo. El riesgo *ex ante* remite simplemente a un pronóstico, la causalidad *ex post* exige un sistema probatorio.

Según Cancio Melia³⁹: “La segunda cuestión planteada –el problema causal– es la que mayores repercusiones ha generado. En el fondo, se trata de un problema muy antiguo, la cuestión de una posible responsabilidad injusta por el resultado, que se plantea desde una nueva perspectiva por la génesis de una nueva situación: la existencia de múltiples riesgos nuevos, producidos por la generalización de productos químicos –como, en este caso, un medicamento– poco conocidos. Se trata, entonces, de determinar qué requisitos cabe plantear a la determinación judicial de responsabilidad por un delito de resultado cuando el conocimiento de los posibles efectos de la sustancia en cuestión no es completo y por ello no resulta pacífico en la disciplina científico-natural competente. Como señala PUPPE, este problema implica, en realidad, tres cuestiones distintas: en primer lugar, cuál es el contenido que debe exigirse respecto de la ley causal; en segundo, cómo ha de introducirse en el proceso judicial esa ley causal; en tercer lugar, cuál es la relación entre la afirmación de la relación causal en el caso concreto y la ley general de causalidad correspondiente”⁴⁰.

Continua Cancio: “Como se ha visto, el LG afirmó la causalidad: respecto de la primera de las cuestiones, no llega a pronunciarse por la terminación del proceso, pero da a entender que sería posible afirmar también la causalidad singular una vez probada la ley causal, respecto de la segunda, afirma que quedó convencida la Cámara por aquellos peritos que establecieron la existencia de una relación causa-

³⁸ KAUFMANN, Armin, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung, en JZ (1971), pp. 569 55_ Traducido al castellano, como, “Tipicidad y causación en el procedimiento contergan: Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación”. 1973. Mes: enero-marzo. Pag: 7-35. Número: 1. Vol. 2.

³⁹ CANCIO MELIA, Manuel, Caso Contergan, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), Casos que hicieron doctrina en el derecho penal (Madrid, 2011).

⁴⁰ *Ibidem*.

efecto, y en tercer lugar, sostiene que incumbe al tribunal dar por probada una de las posiciones sostenidas en la ciencia conforme a su convicción. El elemento diferencial frente a otros supuestos de cursos causales inciertos planteados en el pasado estribaba pues en que en este caso, no se trataba de determinar si la conducta concreta de X o Y había resultado causal para un concreto resultado, sino que, con carácter previo, no era clara –por las diversas posiciones adoptadas por los peritos– la existencia de una ley causal que explicara la génesis de las polineuritis y malformaciones, es decir, no podía formularse una causalidad general –aquella cuyo conocimiento es presupuesto de la aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non*– que estableciera que la ingestión de talidomía generaba las lesiones.⁴¹

En el futuro todo sería más sencillo, las teorías del riesgo (de las que se nutre la teoría de la imputación objetiva) posiblemente no requieran la comprobación científica de una teoría de la causalidad general. El concepto de peligro o de riesgo remiten, justamente, a aquello sobre lo cual existe un porcentaje de desconocimiento, de sorpresa, de ausencia de dominio, la idea del riesgo busca imputar aun sin saber si ese proceso lesivo iría a producir el daño efectivamente.

Ello posiblemente explique el enorme desarrollo del derecho penal del producto bajo el amparo de las modernas teoría no causales de la imputación.

XV. LAS FÓRMULAS HIPOTÉTICAS DE LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD FRENTE A LAS TEORÍAS DEL INCREMENTO DEL RIESGO

Un ejemplo notable de cómo la evolución de la dogmática penal ha tenido como objetivo operativo el solucionar dificultades probatorias en el proceso y, por ello mismo, ha sustituido concepciones que han facilitado la imputación en casos de “prueba difícil”, se advierte, nuevamente en el marco de la teoría de la imputación objetiva, en el desarrollo del criterio de imputación propio del principio del comportamiento alternativo conforme a derecho. Allí frente a la posición que hace depender la imputación de la respuesta que otorgue el trabajo con hipótesis, respuesta que requería comprobar como mínimo que con una probabilidad rayana en la certeza el resultado se habría evitado, si, por ejemplo el dueño de la fábrica de pinceles hubiera desinfectado los pelos de cabra como lo mandaba la normativa de calidad, Claus Roxin, particularmente, ha propuesto prescindir de ese juego de hipótesis mediante la teoría del incremento del riesgo.⁴²

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² Para resolver estos supuestos, frente a la doctrina tradicional que exige la concurrencia de una probabilidad rayana en la certeza respecto de la evitación de haberse comportado el autor correctamente, un nutrido grupo de autores –encabezado precisamente por Roxin– propone imputar el resultado aunque no sea seguro que la conducta ajustada a Derecho hubiera evitado el resultado. Conforme a esta “teoría del incremento del riesgo”, una vez que se ha comprobado

El derecho penal con el abandono de las hipótesis va renunciando a la ardua tarea de comprobar si el sujeto efectivamente ha empeorado el contexto de supervivencia de los bienes.

XVI. MÁS ALLÁ DE LA ÉTICA CIENTÍFICA DE LA DOGMÁTICA PENAL: ¿ES NECESARIO INCLUIR ESTA PREOCUPACIÓN EXTERNA O SE TRATA DE ÁMBITOS EN LOS CUALES LA PALABRA LA PUEDE TENER LA PARTE ESPECIAL? LOS ADELANTAMIENTOS, EL JUZGAMIENTO DE HECHOS POSTERIORES Y LOS DELITOS DE SOSPECHA

Sin duda, todos podríamos esperar una conclusión, aquí, contundente, que emita un juicio de valor sobre si está bien o mal que la evolución científica de la dogmática jurídico-penal tome como impulsos cíclicos la necesidad de sortear complejas exigencias probatorias. Sin embargo, yo puedo aquí solamente expresar mi preocupación y en todo caso, subrayar la necesidad de que estas coincidencias se investiguen a efectos de encontrar patrones y luego discutirlos.

Ahora bien, la tendencia a una visión crítica, que en verdad no puedo ocultar, se profundiza cuando se recuerda que estos objetivos de zigzagueo de las exigencias o estándares probatorios, la ciencia penal o, en general el derecho penal lo busca y normalmente lo consigue a través de determinadas políticas legislativas que normalmente definen estructuras ilícitas pensando en la necesidad de liberar a la imputación y a la misma condena de complejas certificaciones históricas. El fenómeno no es nuevo, sólo que ahora se invita a observarlo desde la perspectiva que plantea el trabajo.

Todo lo que nos hemos acostumbrado a denominar, siguiendo en este punto de Jakobs, como adelantamientos de la criminalización en estadios previos a la lesión de bienes jurídicos, ha estado destinado a lograr imputaciones con estándares probatorios bien bajos por lo menos en los sectores cercanos a la lesión. Un ejemplo ya clásico lo tenemos en los delitos de peligro abstracto que ya en la ciencia dominante vienen definidos como que prescinden de una demostración de peligro en el caso individual: como sabemos aquí alcanza con la atribución del carácter peligroso a una clase de acciones, en todo caso el carácter de peligroso de esa clase de acciones pasará de ser una exigencia probatoria en el proceso a una condición

que el autor generó un riesgo desaprobado -y que no es seguro que su ausencia no hubiera evitado el resultado- debe imputarse el resultado como realización del riesgo típico, ya que no sería lícito disgregar artificiosamente el riesgo que se realiza en el resultado en un segmento permitido (en el caso referido: el riesgo derivado -por la constitución delicada del paciente- de la administración de cualquier medicamento, específicamente, de los medicamentos indicados por la *lex artis*) y uno no permitido (la administración de un medicamento no indicado). Ver, CANCIO MELIA, Manuel, Aproximación a la teoría de la imputación objetiva, en DÍAZ-ARANDA, Enrique y CANCIO MELIÁ, Manuel, La imputación normativa del resultado a la conducta (Santa Fe, 2004), pp. 15 a 43.

de legitimidad de la intervención legislativa. No cabe duda que la legitimidad de estas estructuras ha sido motivos de vivas discusiones.⁴³

Pero no sólo se trata de adelantamientos, sino también de criminalización en el estadio posterior: un ejemplo claro lo constituye la polémica figura del enriquecimiento ilícito que, por propia confesión de su inspirador, Ricardo Núñez, sabemos que ha nacido como resultado de la resignada certeza de que iba a ser casi imposible probar los hechos configuradores de cohechos pasivos o activos en el ámbito de los delitos de funcionarios públicos. Ello hacía nacer la necesidad de esta especie de, para decirlo con las palabras del mismo autor cordobés, “juicio de residencia”⁴⁴.

Repasados estos caminos, más allá de la crítica constitucional o político criminal, no parece que sea muy sano adicionalmente acoplarle a este modelo una ciencia penal que estructura sus conceptos de imputación incorporando como eje referencia a su viabilidad probatoria.

XVII. ¿EL COLMO DEL NORMATIVISMO?

Como sabemos, desde hace poco más de treinta años la dogmática jurídico-penal ha ingresado en una etapa en la cual se ha ido desprendiendo con firmeza de cualquier anclaje ontológico. A esta etapa, liderada por las plumas de Roxin y Jakobs, nos hemos acostumbrado en denominarla como “normativista”. Nadie podría decir que ambos modelos son idénticos, todo lo contrario, en cada uno de estos caminos anidan puntos de partida y objetivos diametralmente opuestos. El planteo de Roxin parte de un sistema abierto y el de Jakobs de uno cerrado, autorreferente.

En un trabajo sumamente importante, el profesor Santiago Mir Puig, quizá el representante más importante del derecho penal español de los últimos 35 años,

⁴³ A favor, SCHUNEMANN, Bernd, Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio (Lima, 2006), pp. 63 y ss. 3 KINDHAUSER, Urs, Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, en *InDret* (2009). En contra, HASEMMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, La Responsabilidad por el Producto (Valencia, 1995). También, Blanca Mendoza: “el desvalor objetivo material de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto. En consecuencia, sólo cabe adelantar la tutela penal de forma legítima al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico; teniendo además en cuenta las exigencias propias de la atribución de responsabilidad penal, ello no debe determinarse en abstracto por la pertenencia a una clase de acciones, sino que exige que sea evidente tal peligrosidad objetiva al menos en el momento de realizar la conducta”. MENDOZA BUERGO, Blanca, La configuración del injusto (objetivo) de posdelitos de peligro abstracto, en *Revista del Derecho Penal y Criminología* (2002), 68.

⁴⁴ Sobre el origen de la figura en el derecho penal argentino ver, BRUZZONE, Gustavo A. y GULLCO, Hemán, Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (Buenos Aires, 2005), p. 92.

demostró que algunos de estos planteos normativistas (en particular el del Jakobs) no es científicamente necesario y priva al derecho penal de límites⁴⁵.

En ese texto el profesor de Barcelona busca encontrar esos límites apoyándose en los trabajos del filósofo John Searle sobre la construcción de la realidad social.⁴⁶

Del planteamiento de Searle, Mir Puig obtiene las siguientes consideraciones: “1) Todo hecho social, incluso los más complejos, como los institucionales, requiere alguna base física. En la terminología que solemos usar los penalistas: no hay nada puramente normativo. 2) Todos los hechos institucionales tienen algo de normativo, puesto que presuponen reglas constitutivas que son las que les atribuyen su sentido específico. 3) Las normas jurídicas son hechos institucionales creados por los legisladores que a su vez operan como reglas constitutivas de otros hechos institucionales, como la asignación del *status* de delito a determinadas conductas, pero que pueden (y generalmente creemos que deben) operar también como reglas regulativas que tratan de influir empíricamente (y no sólo simbólicamente) en los comportamientos físicos y sociales de los ciudadanos. 4) Los seres humanos son el soporte físico y mental de los hechos sociales, incluidos los institucionales, cuya propia existencia se debe al acuerdo de seres humanos”.⁴⁷

Ello genera un camino de limitación del ámbito universal de intervención del derecho penal condicionado por lo que denominamos “realidad social”.

Ello tiene consecuencias visibles, a saber, para decirlo nuevamente con las propias palabras de Mir Puig: “Si el Derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad –como la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio, etc., ya sean mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales –como la Administración de Justicia u otras instituciones estatales–. Los bienes jurídico-penales han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho penal. Así entendidos, han de constituir la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho”.⁴⁸

Ahora bien, es posible pensar que en el marco de todo este esfuerzo recién descrito para devolverle al derecho penal un conjunto de límites racionales, hay

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago, Límites al normativismo en el Derecho Penal, en REYES ALVARADO, Alfonso (ed.), Dogmática y criminología: dos visiones complementarias del fenómeno delictivo: homenaje a Alfonso Reyes Echandía, Alfonso Reyes Alvarado (Bogotá, 2005), p. 371.

⁴⁶ SEARLE, John R., La construcción de la realidad social, presentación y traducción de DOMÉNECH, Antoni (trad.), (Barcelona, 1997).

⁴⁷ MIR PUIG, ob. cit., pp. 379 y ss.

⁴⁸ MIR PUIG, ob. cit., p. 384.

buenas razones para entender que no se debería llevar bien un camino argumental que incorpore como nueva dimensión del normativismo su viabilidad probatoria. Es decir, de este modo el normativismo influiría en dos niveles: en primer lugar al adjudicar el concepto a un sector de la realidad, sin tomar en cuenta, por ejemplo, los límites propios de esa realidad. En segundo lugar, el normativismo de segunda generación influiría a la hora de volver a trastocar ese concepto, cuya conexión ontológica ya ha estado desdibujada, pero ahora para quitar dimensiones que dificulten su tránsito probatorio o procesal. ¿Algo que podríamos definir como “el colmo del normativismo”?

XVIII. ¿FALSA ALARMA? ¿HAY UNA VERDADERA INFLUENCIA DE LA DOGMÁTICA EN LAS DECISIONES JUDICIALES?

Más de un lector, rápido de reflejos, podría adjudicar a este diagnóstico un nivel de dramatismo francamente injustificado: para ello se podría apelar a una muletilla deprimentemente difundida en el sentido de que no tan usualmente la jurisprudencia nacional acude a las nuevas herramientas que va proponiendo la evolución de la dogmática penal. Un prejuicio muy difundido en nuestra región, quizá con razón, en las décadas de los años 70 y 80. Si ello fuera cierto, no habría razones para alarmarnos debido a que esa mirada al proceso penal por parte de la dogmática no tendría correspondencia por parte de los operadores judiciales que, en cambio, no mirarían tanto a la dogmática jurídico penal. El debilitamiento conceptual al que aludimos en este trabajo iría por andariveles diversos a los que informan el funcionamiento operativo del proceso penal.

En verdad hoy la dogmática penal y los sistemas judiciales ostentan relaciones intensas y de notable actualización, por lo menos en Alemania, España, Italia y la mayor parte de Sud-América (aunque con diversos niveles de profundidad), ello, incluso, se ha visto acentuado justamente en las épocas en las cuales se han notado los hitos evolutivos de la ciencia penal que describimos, es decir, aquellos que se han configurado atendiendo a las necesidades de superación de los obstáculos probatorios. No puedo aquí justificar empíricamente con seriedad este extremo, pero hay muy buenas razones para pensar que, por ejemplo, en los delitos tributarios y en los delitos de funcionario público, la falta de obstáculos probatorios que ofrece la teoría de la autoría como infracción del deber ha sido recibida con un beneplácito contagiante.

XIX. ¿DE QUÉ SE HABLA CUANDO SE HABLA DE UN SISTEMA INTEGRAL DEL DERECHO PENAL?

En los últimos años se viene proponiendo, bajo el sugerente prólogo de “una determinada forma de hacer dogmática, a caballo del Derecho penal sustantivo, el

Derecho procesal penal y el Derecho constitucional”, el desarrollo de un sistema integral del Derecho penal. La propuesta siempre se transforma inicialmente en una idea altamente sugerente, y también siempre, instala el temor de que nuevamente se trate de construir un sistema dogmático que, como primera medida, tenga como objetivo central hacerse solidario con el tránsito probatorio del “caso difícil”.

El problema ha estado correctamente definido por Silva Sánchez: “el sistema de la teoría del delito es, todavía, insuficientemente abierto. No sólo, en primer lugar, por la insuficiente apertura a los grupos de casos problemáticos; no sólo, en segundo lugar, por su insuficiente apertura a las fronteras borrosas de los conceptos; sino también, en tercer lugar, por su insuficiente apertura a aquello que sucede más allá del *Rubicón* de la culpabilidad. Y se convendrá que esto último no es sino una evidencia que se manifiesta en la incapacidad de la teoría del delito para informar de modo completo la actividad judicial orientada a la imposición o no de una pena a un sujeto determinado”.⁴⁹

La tendencia⁵⁰ no es desechable en la medida que se advierta que una cosa es conectar teoría del delito y proceso penal y otra cosa es que los límites conceptuales que administra la teoría del delito pierdan sustancia a favor de la aplicabilidad procesal del sistema de imputación.

Sin perjuicio de ello, que la conexión comentada puede ser sana lo demuestra lo que hoy sucede en el nivel de la determinación judicial de la pena, en el marco del cual, por ejemplo, la cuantificación punitiva ha dejado de ser insensible, a través del instituto de la pena natural, al sufrimiento procesal propio de la prisión preventiva.

XX. CONCLUSIÓN

En este texto sólo se busca establecer de modo muy simple una hipótesis de trabajo. Ella requiere una gran profundización, pero sin lugar a dudas invita a una reflexión sobre dos ejes fundamentales:

- a. Es necesario una investigación más profunda y menos “aséptica” sobre las verdaderas razones que han guiado ciertas instancias de la evolución dogmática en materia jurídico penal.
- b. Es muy probable que no sea ya justificado referirse a un rol instrumental del sistema procesal penal.

⁴⁹SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito, en WOLTER, Jürgen y FREUND, George (eds.), El sistema integral del derecho penal (Barcelona, 2004), p. 19.

⁵⁰Sobre el tema de un “sistema integral”, ver FREUND, George, Sobre la función legitimadora de la idea del fin en el sistema integral del derecho penal, en WOLTER, Jürgen y FREUND, George (eds.), El sistema integral del derecho penal (Barcelona, 2004), p. 93.

c. Hay posiblemente buenas razones para que el pensamiento garantista no sólo dirija su preocupación a la llamada “expansión” del derecho penal⁵¹, sino que también hay otra “inflación” del poder penal que pasa por reducir las exigencias propias de los estándares probatorios necesarios⁵².

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, Principios constitucionales del derecho penal (Buenos Aires, 1999).
- BELING, Ernst, Derecho Procesal Penal (Barcelona, 1943).
- BRUZZONE, Gustavo A. y GULLCO, Hernán, Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (Buenos Aires, 2005).
- CLARIA OLMEDO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, t. 1
- CANCIO MELIA, Manuel, Aproximación a la teoría de la imputación objetiva, en DÍAZ-ARANDA, Enrique y CANCIO MELIÁ, Manuel La imputación normativa del resultado a la conducta (Santa Fe, 2004).
- CANCIO MELIA, Manuel, Caso Contergan, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), Casos que hicieron doctrina en el derecho penal (Madrid, 2011).
- CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal. Parte General (Santiago, 2004).
- ENGISCH, Karl, La causalidad como elemento de los tipos penales, SANCINETTI, Marcelo (trad.) (Buenos Aires, 2008).
- FREUND, George, Sobre la función legitimadora de la idea del fin en el sistema integral del derecho penal, en WOLTER, Jürgen y FREUND, George (eds.), El sistema integral del derecho penal (Barcelona, 2004).
- FOUCAULT, Michael, Vigilar y castigar (Buenos Aires, 2002).
- GÖSSEL, Karl-Heinz, La verdad en el proceso penal. ¿Es encontrada o construida?, en del mismo autor, En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales” (México, 2002).

⁵¹ Sobre este concepto, ya clásico, SILVA SÁNCHEZ, José María, La expansión del derecho penal (Montevideo, 2006).

⁵² Ello, en verdad, puede verse en un doble sentido. En primer lugar hoy es materia de estudio en el mundo anglosajón la relación entre los modelos de estándar probatorio y el modo en que ellos impactan en la cantidad de delitos cometidos en una época. Al mismo tiempo, es materia de análisis, el efecto preventivo general (a mí no me queda claro si negativo o positivo) que producen esos cambios en los ciudadanos.

Ver este problema, en LAUDAN, Larry, El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal (Buenos Aires, 2011), pp. 247 y ss.

- JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, Tratado de derecho penal, OLMEDO CARDENOTE, Miguel (trad. de la 5ª ed. alemana) (Granada, 2002)
- HASEMMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, La Responsabilidad por el Producto (Valencia, 1995).
- KAUFMANN, Armin, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung, en *JZ* (1971).
- KINDHAUSER, Urs, Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, en *InDret* (2009).
- LAUDAN, Larry, El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal (Buenos Aires, 2011).
- LEONE, Giovanni, Trattato di Diritto Proessuale Penale. I. Dottrine Generali (Napoli, 1961).
- MAIER, Julio, Derecho procesal penal, t. 1 (Buenos Aires, 1996), MAIER, Julio, Política Criminal, derecho penal y derecho procesal penal, en *Revista Doctrina Penal* (1978).
- MANCINI, Vincenzo, Tratado de derecho procesal penal, t. 1, SENTIS MELENDO, Santiago (trad.), Buenos Aires, 1951).
- MENDOZA BUERGO, Blanca, La configuración del injusto (objetivo) de posdelitos de peligro abstracto, en *Revista del Derecho Penal y Criminología* (2002).
- MIR PUIG, Santiago, Límites al normativismo en el Derecho Penal, en REYES ALVARADO, Alfonso (ed.), Dogmática y criminología: dos visiones complementarias del fenómeno delictivo: homenaje a Alfonso Reyes Echandía, Alfonso Reyes Alvarado (Bogotá, 2005).
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, El dolo eventual (Buenos Aires, 2011).
- PRITTWITZ, Cornelius, El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y los límites de los principios limitadores del Derecho penal, CASTIÑERA PALOU, María Teresa (trad.), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.) y ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), La insostenible situación del Derecho Penal (Granada, 2000).
- ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis (trads. de la sexta edición alemana) (Barcelona, 1998).
- ROXIN, Claus, La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (trad. del capítulo correspondiente) (Valencia, 2000).

- ROXIN, Claus, Política criminal y sistema del derecho penal, MUÑOZ CONDE, Francisco (trad.), 2ª ed. (Buenos Aires, 2000).
- ROXIN, Claus, Strafverfhrensrecht, CÓRDOBA, Gabriela y PASTOR, Daniel (trads. de la 25ª ed.) (Buenos Aires, 2000).
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada, en HURTADO POZO, José (Dir.) y SAN MARTÍN, César (coord.), La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004 (Lima, 2004), trabajo accesible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_08.pdf.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal (Barcelona, 1999).
- RUSCONI, Maximiliano, Derecho Penal. Parte General. 2ª ed. (Buenos Aires, 2009).
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva (Madrid, 2002).
- SANCINETTI, Marcelo, Relatividad de las teorías de error, en del mismo, Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino (Buenos Aires, 1990).
- SCHUNEMANN, Berd, Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio (Lima, 2006).
- SCHÜNEMANN, Bernd, Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victi-modogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho Liberal, RIGGI, Eduardo Javier y ROBLES PLANAS, Ricardo (trads.), en VON HIRSCH, Andrew *et al.* (ed. alemana) y ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española), Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo (Barcelona, 2012).
- SEARLE, John R., La construcción de la realidad social, presentación y traducción de DOMÉNECH, Antoni (trad.) (Barcelona, 1997).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito, en WOLTER, Jürgen y FREUND, George (eds.), El sistema integral del derecho penal (Barcelona, 2004).
- STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. Parte General, SANCINETTI, Marcelo y CANCIO MELIÁ, Manuel (trads. de la 4ª ed. alemana) (Buenos Aires, 2005).
- SILVA SÁNCHEZ, José María, La expansión del derecho penal (Montevideo, 2006).
- TIEDEMANN, Klaus, La constitucionalización de la materia penal en Alemania, en *Anuario de Derecho Penal* (1994).
- VILLAVICENCIO, Felipe, Derecho Penal. Parte General (Lima, 2007).

VOLK, Klaus, La verdad sobre la verdad y otros ensayos, SARRABAYROUSE, Eugenio (trad.) (Buenos Aires, 2006).

ZAFFARONI, Enrique Raúl, Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad, en, del mismo (coord.), El proceso penal, Sistema penal y derechos humanos (México, 2000).