

PROF. MAXIMILIANO RUSCONI. ¿CRISIS DE LOS PRINCIPIOS DE HECHO Y DE ACTO EN EL DERECHO PENAL? 261-284. REVISTA CENIPEC. 34. 2022. ESPECIAL ANIVERSARIO. ISSN: 0798-9202
DOI: <https://doi.org/10.53766/RECENI/2022.34.09>

PROF. MAXIMILIANO RUSCONI

**¿CRISIS DE LOS PRINCIPIOS DE HECHO Y
DE ACTO EN EL DERECHO PENAL?**

Recepción: 06/06/2023. **Aceptación:** 03/07/2023.

Prof. Maximiliano Rusconi
marusconi@gmail.com
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
BUENOS AIRES - ARGENTINA

Resumen

El escenario sobre el cual trabajan los juristas. Los ejes centrales del trabajo procesal: acción, norma, correspondencia y actividad probatoria. La trascendencia del principio de hecho. El hecho en la evolución de la dogmática penal: y su paulatino desdibujamiento. Las trampas para evitar la centralidad del hecho histórico. El alejamiento de las exigencias fácticas en la imputación objetiva, en el dolo, en la autoría, en las omisiones, en la imputación del error, etc. Lo que desnudan las neurociencias. Trampas legislativas y judiciales.

Palabras claves: hecho, prueba, autoría, dolo, imputación.

Is there a crisis regarding the principle of actus reus in criminal law?

Abstract

The focus of lawyers' work. The central elements of criminal procedure work: action, norm, correspondence and evidentiary work. The transcendence of the principle of actus reus. The act in the evolution of criminal law: and its gradual dilution. The tricks for avoiding the centrality of the historical act. The weakening of factual requirements in objective imputation, in harm, in responsibility in omissions, in the imputation of error, etc. What the neurosciences show. Legislative and judicial tricks.

Key words: act, proof, responsibility harm, imputation.

Crise des principes de fait et d'acte en droit pénal?

Résumé

Le scénario sur lequel travaillent les juristes. Les axes centraux du travail procédural : l'action, la norme, la correspondance et l'activité probatoire. La transcendance du principe de fait. Le fait dans l'évolution de la dogmatique pénale : et son effacement progressif. Les pièges pour éviter la centralité du fait historique. L'éloignement des exigences factuelles dans l'imputation objective, dans l'intention de nuire, dans la paternité, dans les omissions, dans l'imputation de l'erreur etc. Ce que révèlent les neurosciences. Les pièges législatifs et judiciaires.

Mots clés: fait, preuve, paternité, malveillance, imputation.

Crise dos princípios de fato e de ato no direito penal?

Resumo

O cenário em que trabalham os juristas. Os eixos centrais do trabalho processual: ação, norma, correspondência e atividade probatória. A transcendência do princípio do fato. O fato na evolução da dogmática penal: e sua gradual indefinição. As armadilhas para evitar a centralidade do fato histórico. O afastamento dos requisitos factuais na imputação objetiva, na fraude, na autoria, nas omissões, na imputação de erro, etc. O que a neurociência revela. Armadilhas legislativas e judiciais.

Palavras chave: fato, prova, autoria, dolo, imputação.

1.- Planteo del problema. A modo de introducción: ¿Sobre qué bases trabajamos los juristas

Este trabajo tiene objetivos austeros; puede parecer una descomposición, librada de incógnitas, del trabajo de los juristas y de sus necesidades de soporte discursivo. Sin embargo, pretendo alertar sobre el potente desarrollo de una tendencia hermenéutica y operativa que, más allá de las fragmentaciones estéticas necesarias, puede ser presentada aquí y allá como moderna, evolucionada, etc, y que, sin embargo, lleva en sí misma ciertos gérmenes que, a la larga, pueden dañar algunos datos de una actividad jurídica o judicial en materia penal, por así decirlo, sana: nos referimos a la seguridad jurídica, la previsibilidad y la interpretación restrictiva.

La tendencia que exponemos y sometemos a análisis mostrará, si tenemos buena luz en nuestra explicación, a una teoría del delito demasiado dispuesta, casi de un modo caprichoso a sacudirse a todo aquello que condicione su trabajo. ¡Claro!, cuando estos condicionamientos son de origen constitucional, esas sacudidas pueden salir muy caras en moneda de libertad.

1.1.- Acción, norma, correspondencia y actividad probatoria

Si existiera la chance de explicar desde un imaginario, en pocas palabras, a un lego, bajo que parámetros opera el sistema de justicia penal deberíamos decir que son visibles dos columnas metodológicas sobre las cuales se asienta casi todo el sistema. Cada una de estas columnas trabaja con un par de dimensiones y la búsqueda obtención de cierta verdad depende de la destreza con la cual se desempeñe el intérprete. La primera columna sostiene la relación entre acción o hecho y norma, las herramientas con las cuales se expresa la actividad de la subsunción.

La segunda columna sostiene la relación entre acción o hecho y su prueba, las herramientas con las cuales se expresa la verificación. De este modo el sistema de enjuiciamiento penal es el contexto institucional escenográfico en el cual no sólo se afirma con autoridad que determinada acción se corresponde con determinada norma jurídico penal, sino que se presenta asimismo como el escenario en el cual se establece, con la misma autoridad, que ese hecho ha sucedido, efectivamente, en la realidad.

La perfecta subsunción del hecho en la norma y la perfecta demostración de que el hecho probadamente ha sucedido efectivamente en la realidad, configuran posiblemente las dos grandes actividades de los juristas en el ámbito de un proceso penal.

Que califiquemos como “perfectas” esas dos correspondencias ni fue un exceso ni fue casual. Es más, el jurista sacará pecho y afirmará con solvencia que ambos viajes vienen garantizados por estrictos principios constitucionales: la idea de no condenar a nadie que su hecho no este verificado con certeza y que ese mismo hecho no se corresponda idealmente de modo perfecto con lo descrito en la norma.

La teoría del delito y la teoría de la prueba conforman los dos ámbitos científicos que han sostenido estos procesos entre los juristas¹

El sistema del hecho punible, organiza un conjunto de pasos sistemáticos para concluir en la ansiada correspondencia entre hecho/acción y norma jurídico penal sobre la base de filtros en gran medida coADN constitucional y la segunda busca establecer que ese hecho es “la verdad”, luego de una organizada y limitada (también constitucionalmente) actividad probatoria.

Como vemos en el punto siguiente, esas dos actividades, hoy más que nunca, se entiende que vienen regidas por axiomas que se extraen de los llamados principios constitucionales o provenientes de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos (la máxima jerarquía normativa que pueden ostentar las reglas estatales).

1.2.- La observación desde los principios

Afirmada esta primera visión panorámica de nuestra actividad es seguramente útil remarcar un proceso que, si bien en ciertos sectores del pensamiento latinoamericano se ha transformado en usual desde la madurez de los procesos de organización constitucional, llamativamente no había logrado tanta difusión, por lo menos previa a la segunda guerra mundial, en pensamientos jurídicos sin duda mucho más consolidados y exitosos como

¹ Sobre las influencias recíprocas ver en Corcoy (2012).

el de la ciencia jurídica alemana. Nos referimos a la denominada en la actualidad “argumentación en base a principios”.

Sin lugar a dudas este proceso debe ser visto positivamente. Se trata de exponer y aplicar de modo visible las consecuencias del resguardo de las garantías de nivel constitucional. Sin esta argumentación se corre el riesgo de debilitar la presencia operativa de los axiomas de máxima trascendencia normativa. Durante mucho tiempo el acudir al texto de una garantía para resolver un problema, lejos de ofrecer una perspectiva de autoridad hermenéutica, fue considerado casi un atajo de mal gusto sistemático, de bajo nivel e indigno del preciosismo que había conseguido la dogmática jurídico penal. Ello logró que hoy se ubiquen en primer lugar de análisis las perspectivas críticas basadas en los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, principio de hecho, etc.

Pues bien, para tranquilidad de todos, podemos decir que la imagen de la dinámica que de modo provocativamente simple hemos expuesto no depende del voluntarismo de los jueces que resuelven con autoridad el “caso”, sino que viene garantizado por textos, afirmaciones, proclamas de la máxima categoría normativa, incluso con una legitimidad “off shore” (en el buen sentido) que permite evitar el desvío global de la jurisprudencia de un país hacia el sentido incorrecto.

1.3.- El principio de hecho en el Derecho penal

En el proceso que acabamos de describir el protagonismo principal le toca al principio de hecho, por lo menos desde el punto de vista teórico. La referencia transparente, no cambiante, informada al imputado, en todas sus dimensiones (descripción fáctica precisa, valor normativo del suceso -ambas dimensiones legítimas para el desarrollo estratégico del imputado o su defensa- y condiciones de verificabilidad -prueba-) es posiblemente el pacto ético más trascendente de los actores del proceso (juez, víctima, fiscal e imputado). De este triángulo organizado del discurso salen incluso consecuencias aún más concretas:

- a)** Definición precisa en términos fácticos (qué, cuándo, donde y cómo) **b)** Aclaración del impacto normativo del hecho; **yc)** Definición precisa y no

tramposa de las pruebas de cargo al momento de trasladar las imputación. Valoración que debe ser actualizada si es actualizable.

Ahora bien, ¿qué implica la vigencia del principio de hecho o de acción en la dogmática penal?

Posiblemente una parte de la respuesta a esta altura del desarrollo de este relato transite por caminos de obviedad: la identificación del hecho o la acción del sujeto activo es uno de los primeros mojones en la necesaria perspectiva referencial que adquiere, entre acción y norma, el derecho penal.

La definición de la acción del autor constituye una triple referencia: aquello que hay que verificar a través del sistema probatorio, aquello de lo cual debe defenderse el imputado desde el punto de vista del derecho de defensa y aquel segmento desde el mundo fáctico que hay que subsumir en la norma jurídico penal.

Esta pequeña y, por ahora superflua caracterización, nos permite ya tener por acreditada la trascendencia del hecho en la vigencia del entramado de garantías constitucionales y en las chances de contar con un sistema de resolución de casos que se haga cargo de las exigencias del Estado de derecho.

Para decirlo de modo sencillo, sin un compromiso con el hecho, el manipuleo arbitrario del Estado sobre la imputación penal sería ya de costos incalculables.

Desde otro punto de vista también demuestra las dificultades con las que cuenta el Estado.

1.4.- Hecho, norma y dogmática penal

Como dijimos, es relativamente usual ver la actividad del intérprete de las reglas y los casos del derecho penal, como un permanente viaje de ida y vuelta entre dos islas de tierra más o menos firme. La primera isla representa los hechos, el sector del mundo fáctico sometido a intervención, la segunda isla representa las normas, el mundo normativo y el viaje de ida y vuelta es el proceso de subsunción, el camino metodológico que nos propone el sistema del hecho unible o la teoría del delito, en particular para sortear de un modo no intuitivo uno de los principales problemas que tenemos como juristas: el

desorden normativo y la indiscriminación, la falta de ponderación fáctica. Si luego de una clase nos fuéramos a nuestras casas con la encomienda de resolver un caso penal y solo nos lleváramos hechos y normas, es seguro que ingresaríamos en un angustiante proceso de impotencia.

La seducción del camino intuitivo, más corto, no argumental, sería casi irresistible.

De este modo, la teoría del delito se presentaría como un sistema, con vocación práctica innegable, destinado a calmar nuestras neófitas ansiedades y proponernos una secuencia ordenada y cronológica de exploración simultánea del mundo de los hechos (que se va recortando a medida de las necesidades normativas) y el mundo normativo (que se expone mediante categorías reconocibles en el mundo fáctico).

Es así como se van sorteando los niveles propios de la constatación de la presencia de un ilícito culpable.

Este ordenamiento metodológico entre hechos y normas luego pasará a cumplir un rol similarmente trascendente en el sistema de enjuiciamiento. También allí casi nada es comprensible sin entender que una cosa es el hecho y otra la norma, más allá de las necesidades comunicacionales de ambas dimensiones.

1.5.- La importancia del hecho en el modelo causalista y en el finalismo

Aunque en modos alternativos, hay que decir que, si uno observa los dos grandes modelos explicativos del ilícito que dominaron la escenografía de la ciencia penal durante el siglo 20, el modelo clásico o causalista y el modelo finalista, tanto uno como el otro, han brindado un claro homenaje al hecho como referencia central del ilícito.

El hecho, con todos sus problemas y si por ahora se nos deja prescindir de las verdaderas razones que motivaron el pasaje de un modelo a otro, logró estar en la primera fila de los protagonismos esenciales de cada relato.

El causalismo ostentaba una envidiable alianza con el proceso de lesión y el finalismo, brindó una explicación del ilícito en donde la acción en si

misma se encontraba en primer lugar. Ninguno de los modelos, llamativamente, pudo ganar la totalidad de las batallas dogmáticas que se brindaron sobre esta temática. Pero, por ahora, alcanza con que se conceda que la debacle explicativa del hecho no nació en esa disputa sino en décadas posteriores. El hecho estaba en primer lugar y sólo variaban las plataformas teóricas de las aproximaciones. En el caso del finalismo y el post finalismo inmediato se podrá decir que parcialmente se desprendieron del hecho cuando pensaron en un autor que podía responder de atrocidades del aparato estatal organizado de poder sin haberse vinculado quizá nunca con los procesos físicos o lesivos individuales. Pero ello podría ser la respuesta a otro “ninguneo” del hecho, propio del positivismo jurídico que anidaba en las teorías formal objetivas de la autoría que apañó el causalismo. Ni una cosa ni la otra, pero en ambas la referencia fáctica del hecho estaba lejos de desaparecer. El problema estaba en el futuro, es decir, para los distraídos, en nuestro presente.

2.- La triple trampa: dogmática, legislativa y judicial

Frente a este problema el sistema penal de casi todo el mundo y de casi todas las épocas ha recurrido a tres estrategias visibles, según puedo observar. Se trata siempre de una multidimensional construcción de caminos de evitación de los tranquilizadores estándares probatorios.

En primer lugar la evolución histórica de la parte general y del sistema de dogmática jurídico penal se ha concentrado en la generación de conceptos que puedan “gambetear” las exigencias probatorias extremas. Es decir, han procurado facilitar la prueba.

En segundo lugar, el legislador, a través de la redacción de más y nuevos tipos penales ha encontrado lamentablemente técnicas legislativas que han servido para el mismo objetivo: facilitar el camino probatorio por el camino de cierta lesión de garantías.

En tercer lugar el propio proceso penal generó los anticuerpos para combatir a la incómoda certeza: no dejó espacio procesal para la vigencia práctica del *in dubio pro reo* y generó acuerdos legitimantes de la pena que no requerían la demostración de prácticamente nada.

Ahora bien, lo mismo ha sucedido en el ámbito del sistema de enjuiciamiento: la historia comenzó con un claro ninguneo de *in dubio pro reo* y de sus consecuencias. La duda no es un escenario que pueda objetivarse y generar que oriente sus consecuencias favorables al imputado. Es una sensación privada del juez. Inutilizable por el imputado!! Por otro lado la jurisprudencia se ha encargado de que quede claro que en la duda....¡se avanza!.

Sin embargo en esta ocasión es prudente ampliar un poco la mirada y ocuparnos también de cierta evolución de la parte especial: aquí parece que nuevamente lo único importante ha sido no complicar a la justicia con “banales problemas probatorios”.

2.1.- El problema en la teoría del delito. La trampa dogmática

2.1.1.- El paulatino desdibujamiento del hecho en las nuevas formulaciones del sistema del hecho punible

Sobre la evolución de la dogmática no hace falta que vuelva: en más de una ocasión he referido obsesivamente a una evolución del sistema del hecho punible destinada y motivada en facilitar la comprobación de los extremos de la imputación. Según esta visión, las necesidades político criminales coyunturales del proceso penal han venido a ser salvadas raudamente por una ciencia dogmática que ha manifestado quizá cierto servilismo (Rusconi, 2013: 25),² oculto detrás de pomposas invocaciones a reglas hermenéuticas, estructuras lógico objetivas, vinculaciones con teorías sistémicas, teorías de justificación del castigo, etc, etc.

Esto es bastante claro: casi todas las grandes decisiones metodológicas del sistema del hecho punible 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.

En primer lugar, y sólo para hacer un paneo con rapidez, un 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, es identificable ya en la propia configuración dialéctica, en el propio método,

del sistema de teoría del delito. No es inocente que las diferentes etapas del sistema se configuren de modo negativo. Ello nos induce a instalar la idea de que normalmente lo que hay que demostrar es el obstáculo o eximente. ¿Un modo de subvertir *elonus probandi*?

El paso del causalismo al finalismo también puede ser explicado desde esta óptica: ¿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 tiene (Sancinetti, 1990: 15).

Ahora bien, si el cambio no se manifestaba en las consecuencias del modelo conceptual de adjudicación de pena, ¿dónde se encontraba?. Posiblemente el segundo efecto, menos visible, pero quizá mucho más importante, hay que verlo en que ahora ya no hace falta probar un conocimiento actual sobre la antijuricidad, 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 antijuricidad logró una simplificación notable.

2.1.2.- De la reconstrucción histórica de la causalidad al pronóstico sobre el riesgo

Incluso líneas evolutivas con “excelente prensa” o “buena imagen”, como la que acompañó a la crisis del dogma causal y su paulatino retroceso frente a los sistemas de atribución en el tipo objetivos del resultado basados en criterios normativos (la llamada imputación objetiva), terminaron, si uno observa el problema desde una prudente distancia (lo cual a veces permite “ver el bosque”) realizar un gambito entre la relación causalidad histórica - un dato concreto- y resultado que sale de escena para que ingrese una relación, en verdad mucho más manipulable o, por lo menos difícilmente medible: el llamado riesgo - solo un mero pronóstico- en su relación con el resultado.

Pretendo que se conceda solamente que, más allá de la infinidad de casos y argumentaciones que se nos vienen a la mente y que nos recuerdan que los criterios causales explicaban bastante poco del universo penal y con resultados

a veces insostenibles, esa evolución no es otra cosa que un prescindir de un hecho pasado, existente en el mundo, definido o por lo menos definible con parámetros objetivos, investigable como suceso histórico, por una percepción, de difícil medición, ubicada no en el pasado sino en el futuro, que puede ser deseada, esperada, preocupante o no, que, si uno se coloca donde debe, es decir en una posición *ex ante*, no puede ser reconocible como un hecho y por lo tanto tampoco investigable como tal.

En este sentido se me debería permitir dudar de que el derecho penal, que siempre ha tenido serias dificultades para investigar hechos pueda como por arte de magia convertirse en una herramienta social saludable y certera para emitir pronósticos vinculados con la economía futura de los bienes jurídicos. Pero sobre todo, hay que advertir sobre una cosa: el autor puede responder por el pasado, puede ofrecer pruebas, puede defenderse pero lo que no puede es hacerse cargo de aquello que ni él, ni los jueces, ni los testigos vieron: el futuro.

Para un derecho penal basado en el riesgo, casi todo está en una zona desconocida, el futuro. Un derecho penal del riesgo es un derecho penal que se ha desprendido del hecho.

2.1.3.- El debilitamiento del dolo

También, algo de ello es comprobable en el ámbito del dolo. La exigencia probatoria que representaba el lado subjetivo del hecho siempre fue un grave problema para un sistema de enjuiciamiento con una tradicional incapacidad para investigar ya simplemente las manifestaciones externas². Ahora bien, nadie puede desconocer que todo hecho tiene un lado subjetivo, que es parte de ese producto fáctico, que es parte de la imputación, en la medida que sea jurídico-penalmente relevante. Si el lado objetivo del hecho mostró su resistencia a dejarse reconstruir esa resistencia, propia del principio de acto y de hecho en el derecho penal, se encontró siempre fortalecida en lo que concierne al dolo. No sería, creo, muy conspirativo suponer que a ello se ha debido la continua evolución del concepto de dolo en la dogmática

² Ayuda a ver este problema utilizar la perspectiva del "diálogo procesal": nadie puede imputar el futuro y nadie puede defenderse del futuro (Rusconi, 2017: 93 y ss.).

³ Interesantes reflexiones sobre este problema en Hruschka (2009: 181).

moderna que, si ha tenido algún eje permanente, ha sido la búsqueda de la simplificación probatoria. No es posible hacer un relato completo de esta evolución que, por lo demás es suficientemente conocida: del enorme debilitamiento sistemático del dolo que significó el tránsito entre causalismo y finalismo que canceló al 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.

2.1.4.- El autor: ¿protagonista o solo garante?⁵

Asimismo, y para continuar con este simple paneo, en el ámbito de la teoría del delito, como sabemos, la teoría de la autoría ha sido una de las que mayores transformaciones ha sufrido en la evolución del sistema del hecho punible.

En el marco del desafío que consistía en el obtener consecuencias de la teoría del dominio del hecho para la solución de casos complejos o de trascendencia político criminal, la dogmática jurídico penal ya le había hecho al sistema de justicia propio del mundo procesal algunas ofrendas que también hoy deben ser vistas como debilitando el compromiso del sistema con el hecho histórico: 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.

⁴ Cfr., en Otto (2017: 140): "... Aquellos que, según la propia concepción del autor, se halla fuera de las posibilidades de incidencia, bien lo puede desear o esperar, pero no puede realizarlo. En consecuencia, el querer está directamente vinculado con el elemento cognitivo..."

⁵ Véase en Roxin (1998: 267 y ss.).

Sin embargo, ese modelo podía solucionar la prueba en un porcentaje de los casos pero no en algunos supuestos de los llamados “delitos especiales”. Como sabemos, en los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención es indiferente.⁶ Aquí la independencia del hecho tiene tintes provocativos.

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

2.1.5.- Acción y omisión

La evolución recién mencionada sobre el concepto de autoría ha facilitado otra gran transformación no sólo expansiva sino de superación de las exigencias argumentales del *molesto* hecho histórico y consecuentemente de las *caprichosas* exigencias propias del estándar probatorio admisible por el Estado de Derecho: 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 atribución procesal y una trascendente violación del principio de congruencia: nadie se defiende del mismo modo de una imputación omisiva o de una activa.

⁶ Por todos, Sánchez-V era Gómez-Trelles (2002: 27 y ss.).

2.1.6.- ¿La consciencia de la antijuridicidad o un deber general de información?

Aunque con niveles menores de éxito que en los restantes intentos quizá más globales, también hay que rescatar críticamente a las tendencias consistentes en los intentos de esquivar las consecuencias de los errores de prohibición (un déficit subjetivo que se encuentra en el mundo real), como mínimo evitando la calificación de inevitabilidad, a través de los inefables deberes generales de información. Pareciera que siempre hay un espacio para atribuir un déficit informativo a la violación anterior de un deber fantasmal de saber aquello que hubiera permitido un sujeto subjetivamente imputable. De este modo o el sujeto es subjetivamente imputable porque sabía o lo es porque su *no saber* es criticable. El hecho de que en ningún lado exista semejante deber de información general es un dato, parece, menor

2.1.7.- Del conocimiento efectivo al conocimiento potencial

Como estamos viendo, el lado subjetivo del hecho o de la acción también tuvo que conceder mucho y desprenderse cada vez más de lo realmente sucedido, para concentrarse en “lo exigible”, “en si debió saber”, etc. Por ello no sorprendió ni a propios ni a ajenos que en cuanto el conocimiento real de la oposición al derecho fuera un problema tanto dogmático como procesal, se lo sustituyera con buenas convicciones por uno “potencial”. Por uno que se define en la “mesa normativa”.

2.1.8.- El conocimiento paralelo en la *esfera del lego*

Algo muy similar pasó ya no con el nivel de certeza sobre el conocimiento sino en cuanto al nivel de precisión de aquello que debía ser comprendido: la relación entre hecho y norma. Frente a este problema también *se cortó por lo sano*: ya no era necesario el conocimiento técnico de la antijuridicidad del sujeto de carne y hueso, sino que la cuestión se definía en un parámetro genérico: el que se hubiera tenido en un tal, conocimiento no individual, sino paralelo y propio de una tal “esfera del lego”.

2.1.9.- La corrección normativa del dato empírico: el error evitable

Las necesidades político criminales de cada momento consolidaron la tendencia a producir correcciones a efectos de orientar la solución del caso a esa

necesidad. Claro que el terreno de los hechos es un poco arisco. Es por ello que se crean categorías alejadas de los hechos, que a veces incluso niegan la solución sugerida por la nuda acción y permiten contradecir normativamente aquello que surge ojos vista fácticamente. Ello ha sucedido con la caracterización de algunos errores de prohibición o incluso de tipo como evitables. El error de prohibición, ya el error, es incompatible con la exigencia de determinado estándar de culpabilidad. El error está en el hecho, la evitabilidad solo es una corrección normativa que todavía debe explicar la razón por la cual un caso de error es tratado con una reacción punitiva que es difícilmente explicable en términos del principio de culpabilidad. Un nuevo alejamiento del hecho.

2.1.10.- Culpabilidad y neurociencias: el hecho de la no libertad⁷

El nivel de receptividad y las reacciones inmediatas de los dogmáticos frente al embate de los planteos neurocientíficos es una buena pauta de cuanto nos ha importado en los últimos años el hecho real, el caso real.

Una de las preguntas posibles es, ¿los aportes recientes de las neurociencias no están dejando al desnudo que al sistema de justicia penal le ha faltado cierto nivel de precisión, para captar de modo mas minucioso, los colores, las texturas, los olores del hecho de la vida real?. ¿No hemos jugado en demasía a la estandarización?. No nos hemos enamorado demasiado del modelo de caso que usamos en la enseñanza universitaria?. ¿Cuanto puede enseñarnos de la tarea judicial el caso “X mata Y”?

Hoy día forma parte de los desafíos más trascendentes de la ciencia penal dedicada a la dogmática jurídico penal, la necesidad de mejorar el sistema de vinculación de estructuras y normas con los sectores de la vida real sometidos a evaluación.

El hecho verificable de que la dogmática penal se ha construido en las últimas décadas sobre la base de supuestos de hecho teóricos liberados de cualquier tipo de complejidad o textura real⁸ no sólo ha transformado gradualmente al sistema en un modelo con herramientas un tanto rústicas, sino que, además,

⁷ Ver en Rusconi (2017: 227 y ss.).

⁸ A ello y a sus consecuencias se ha referido adecuadamente Hassemer (1984).

ha aumentado las chances de parálisis operativa cuando el caso real se presenta con toda su particularidad y la solución exige que esos detalles sean tomados en cuenta.

Hay un riesgo de acostumbramiento al trabajo con instrumentos de medición poco precisos, con incapacidad para medir datos un poco más sutiles.

Algo anda mal cuando evaluamos que cada ilícito se encuentra teñido de particularidades propias de cada caso, de cada contexto socio-cultural y económico, no sólo en el círculo del autor sino también en el círculo de la víctima, una enorme cantidad de datos que hacen a cada conflicto penal único, irrepetible, y que, sin embargo, activa y desencadena procesos y reacciones meramente estándar del Estado. Esta estandarización, no sólo de la pena sino de todo el proceso de reacción es, posiblemente, obligada por carencias propias de los sistemas filosóficos, lingüísticos y científicos que administra la justicia penal.

2.2.- Las trampas judiciales

Estas dimensiones de alejamiento del hecho en los caminos argumentales del sistema del hecho punible, han estado potenciadas por un conjunto de decisiones o tendencias judiciales⁹ que, seríamos muy injustos si quisiéramos atribuirles a las tendencias o escuelas dogmáticas. Se trata de soluciones exóticas en el marco de las cuales es difícil encontrar apoyos científicos. En todas ellas, sin embargo, es muy sencillo deducir que todas han elegido el camino del desprendimiento de las exigencias fácticas que planteaba el principio de hecho.

2.2.1.- Las coautorías por defecto

En ocasiones no es posible, justamente por este desprendimiento del hecho, determinar con argumentos fidedignos quien es el autor y quien es el partícipe. ¿La solución?, muy sencilla: ¡coautoría para todos!. Cuando desde diversos planteos procesales se intenta que el juzgador advierta que la caracterización de coautoría no facilita sino que complejiza la relación con el hecho ya que hay que demostrar que existe un plan común, una decisión común y una

⁹ En este apartado me refiero a tendencias jurisdiccionales en Argentina, aunque no se puede descartar que descubramos coincidencias con el problema en otros países de Europa central.

división de tareas que debería culminar en un co-dominio del hecho, aquello por lo cual se nos permite excepcionalmente que pasemos por delante del principio de personalidad de la pena estatal, aparecen meras reacciones abúlicas y llenas de incompreensión por parte del juez de las reglas que rigen el problema.

2.2.2.- Un juicio con partícipe y sin autor

En la administración de justicia penal de mi país se ha extendido un lamentable modo de reaccionar frente a instrucciones incompletas, desviadas, manipuladas o directamente prevaricantes: elevar la causa a la etapa de Juicio oral imputando vagamente a Juan, Pedro o María el ser partícipes del delito X (por ejemplo homicidio), sin que en ese proceso haya habido ninguna imputación adicional a nadie.

Los intentos de que el Juez a cargo de las respectivas investigaciones preliminares comprendan que la participación en el derecho penal es accesoria, tanto de modo interno como externo, de que el hecho del partícipe requiere del hecho de autor como referencia esencial, etc, son normalmente consideradas reacciones dilatorias. Desde el punto de vista procesal es necesario que se comprenda que el imputado o acusado como partícipe puede defenderse haciendo eje en el autor principal (no ha comenzado el principio de ejecución, la acción del autor principal no es típica, etc).

2.2.3.- Del “hecho” de la imprudencia al “no hecho” del riesgo

Los delitos de resultado, obviamente, siempre deben exigir que ya en términos causales o ya en términos de la mas moderna teoría de la imputación objetiva, el resultado quede expuesto como una consecuencia de la acción desplegada por el mismo autor. En innumerable cantidad de ocasiones, por buenas razones o malas, la imputación del resultado fracasa por el propio imperio de los déficit de investigación criminalística. La salida que el legislador ha encontrado es anticipar la intervención ya a la generación de un peligro desaprobado y consciente: todo aquello que ya satisface a las exigencias del peligro concreto.

Con este camino la desorientación político criminal llega a lo intolerable: los juristas nos hemos convencido que nadie nos preparó para investigar hechos del pasado, pero nos dejamos seducir con la posibilidad de anticipar el futuro. Algún

día deberemos recordar que peligro y riesgo son traslados hacia el presente de instancias ubicadas en el futuro, en la dimensión de lo todavía no sucedido.

2.2.4.- Del no hecho del riesgo a la objetivación anticipada de la nada misma: el ¿peligro? abstracto

Un ejemplo ya clásico lo tenemos en los delitos de peligro abstracto que ya en la ciencia dominante vienen definidos como el prescindir 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 de legitimidad de la intervención legislativa. No cabe duda que la legitimidad de estas estructuras ha sido motivo de vivas discusiones. Pero más allá de ello, nadie puede negar que estas figuras fortalecen una lectura solo normativa del hecho y prescinden de los pormenores fácticos.

2.3.- Las trampas del legislador

Sin duda, todos podríamos esperar una conclusión contundente y que emita un juicio de valor sobre si está bien o mal que la evolución científica de la dogmática jurídico-penal, por ejemplo, tome como impulso cíclico la necesidad de sortear complejas exigencias probatorias y para ello desprenderse de modo drástico de las molestas necesidades de verificación que a viva voz reclama el hecho como suceso histórico. Sin embargo, por ahora podemos solamente expresar nuestra 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 podemos ocultar, se profundiza cuando se recuerda que estos objetivos de *zigzagueo* de las exigencias o estándares probatorios y de independencia de las exigencias del principio del hecho, la ciencia penal o, en general, el derecho penal lo busca, y normalmente lo consigue, también a través de determinadas políticas legislativas que usualmente definen estructuras ilícitas pensando en la necesidad de liberar a la imputación y a la misma condena de complejas certificaciones de reconstrucción históricas. El fenómeno no es nuevo, sólo que ahora se invita a observarlo desde la perspectiva que plantea el trabajo.

2.3.1.- Los delitos de sospecha

Durante el dominio inquisitivo la ausencia de certeza sobre el hecho no tenía el efecto devastador que merece de acuerdo al principio de la duda. Mientras que se pudiera predicar distintos niveles de sospecha ello implicaba distintos niveles de pena: esa estrategia tenía el sello distintivo de la política criminal mas puramente inquisitiva, Nada de esto ha desaparecido, pues el legislador ha enfrentado la “falta de certeza”, por ejemplo, en el llamado homicidio en riña de la legislación argentina. Dice el art. 95 del Código Penal Argentino: “Cuando en riña o agresión en que toman parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, *sin que constare quiénes las causaron*, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte, y de uno a cuatro en caso de lesión”.

A no engañarnos: se trata de una estructura para sancionar a un sujeto respecto del cual no hay certeza del hecho base. Un déficit de prueba no obstaculiza la condena, sino que se traslada a un déficit de pena.

2.3.2.- Multiplicidad de verbos típicos

En el mismo sentido, y a efectos de facilitar el encuadre a cualquier costo probatorio, el legislador se ha encandilado con la posibilidad de romper la tradición proporción un tipo= un verbo. De este modo se permite escapar de los estándares probatorios que sugieren las precisas fronteras tradicionales. Esos listados alternativos sugieren imputaciones mucho mas globales y menos precisas, para lo cual se reducen drásticamente las exigencias de prueba.

Un ejemplo importante ha consistido el modelo de legislación global del blanqueo de capitales en verdad, en casi todo el mundo; la referencia *que convierte, transfiriere, administrar, vendiere, gravare, disimulare, etc*, ha destrozado la referencia a un hecho y las posibilidades de lograr precisión en el hecho imputado. Se trata de tantos verbos que pareciera que sólo se ha querido evitar ser legislativamente transparente y exponer en negro sobre blanco cual era el verdadero objetivo: la directa punición de un delito de tenencia (que por otro lado ello se corresponde bastante bien con los patrones que posee la autoridad de prevención).

2.3.3.- Los delitos de tenencia

En las últimas décadas hemos sido informados de ciertos déficit constitucionales de las estructuras típicas de la tenencia como acción típica.

Se trata de otra de las figuras típicas que ejercen una inexplicable seducción por parte del legislador

El “tener” no refiere como sabemos a ninguna acción (Struensee, 1998: 107), pero legitima sin investigaciones complejas la intervención policial de modo brutalmente anticipado. El hecho en el sentido tradicional pasa, como exigencia, a un segundo plano.¹⁰ La tenencia es un estado y por ello se independencia de las exigencias del principio de hecho.

Hasta aquí sólo algunos pocos ejemplo de las aquí denominadas “trampas legislativas” para sortear las exigencias garantías del principio de hecho. Algo parecido sucede con los delitos de organización o asociación: allí también se trata de procesos de desnutrición del hecho individual.

3.- Las consecuencias: un alejamiento multidimensional del mundo normativo de las garantías constitucionales y de los principios fundamentales de protección de los derechos humanos

Llegados hasta aquí, sólo debemos recordar que las consecuencias del abandono paulatino del principio de hecho y con ello de las racionales referencias fácticas, no sólo se expresan en el mundo de los detalles dogmáticos, sino que erosionan hasta hacer desaparecer todo el sistema de garantías constitucionales que rigen el proceso penal. Sin hecho no hay diálogo institucional con el imputado y sin diálogo institucional, el imputado vuelve a ser una fuente probatoria privilegiada y ya no un sujeto procesal.

4.- Conclusiones

Este trabajo pretende concluir en una advertencia: existen razones para pensar que uno de los principios más esenciales del sistema del derecho penal (en sus

¹⁰ Tempranamente crítico Malamud (1979).

manifestaciones dogmática y procesal), el principio de hecho, axioma que ordena todo el sistema de atribución penal en un estado constitucional de derecho, atraviesa una crisis casi terminal. Ninguna razón político criminal puede justificar semejante capitulación del derecho penal liberal.

La idea del la consolidación material del hecho imputado apoyado en la verdad histórica genera el escenario que permite la vigencia del resto de las garantías constitucionales. Si la distribución del castigo se desprende de la centralidad de un hecho histórico expuesto, verificado, transmitido y que organiza el diálogo procesal, entonces el poder penal es pura violencia irracional sin ningún sustento ético.

Referencias bibliográficas

- Corcoy, M. (2012). "Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales", en Mir Puig-Corcoy Bidasolo -dirs-. *Constitución y sistema penal*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Barcelona: España, pp. 170 y ss.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona: España.
- Hruschka, J. (2009) "Sobre la difícil prueba del dolo". Traducción de Ramón Ragués i Vallès, en: Hruschka, Joachim. *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*". BdF, Montevideo.
- Malamud, J. (1979). "La tenencia de Estupefacientes para propio consumo: Objeciones a la estructura del tipo." En: *Doctrina Penal, Año II, 1979*. Buenos Aires, pp. 859 y ss.
- Otto, H. (2017). *Manual de derecho penal*. (7a. ed.). Traducción del alemán por José R. Béguelin. Atelier. Barcelona: España.
- Roxin, C. (1998). Autoría y dominio del hecho en el derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, SA. Madrid.
- Rusconi, M. (2017). "La libertad entre realidad y consciencia: ¿Un nuevo desafío para el derecho penal de culpabilidad?". En: Crespo Demetrio,

Fragmentos sobre neurociencias y derecho penal. BdF, Buenos Aires/ Montevideo, pp. 227 y ss.

_____ (2017). *Sistema de enjuiciamiento en materia penal. Los riesgos neo inquisitivos.* Hammurabi. Buenos Aires.

_____ (2013). *El sistema penal desde las garantías constitucionales.* Hammurabi. Buenos Aires.

Sancinetti, M. (1990). *Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino.* Hammurabi. Buenos Aires.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación.* Madrid-Barcelona.

Struensee, E. (1998). "Problemas capitales del derecho penal moderno." [Libro homenaje a Hans Welzel]. Hammurabi. Buenos Aires.