

## *La sujeción del derecho procesal penal al derecho penal y su separación práctica\**

### Dos mitos a desterrar

Por Agustín T. Márquez<sup>1</sup>

*“Derrumba todas tus ideologías y creencias.  
Es mejor saber que estas solo en el océano, pero flotando,  
que vivir ahogado en una falsa realidad”*  
Carlos Dómine

#### 1. Presentación

Como punto inicial, pretendo dejar sentado que, en este ensayo académico, el lector se encontrará con una mirada crítica en relación a las enseñanzas y creencias tan aferradas en el ámbito jurídico-penal, respecto de que el derecho procesal penal siempre ha estado y está supeditado a las evoluciones teóricas del derecho penal –lo cual se puede inferir, ya que el título es bastante indicativo– y también la separación analítica que impera entre ambos, lo que, no considero acertado, ni que tenga razón de ser. Más allá de esto, partiré de armonizar ambos derechos –penal y procesal penal–, y establecer sus nexos, para así poder erigir ciertas apreciaciones negativas vinculadas a esta falsa creencia –teórica y práctica– tan arraigada, cuando la realidad crítica demuestra totalmente lo contrario.

No obstante, este escrito será una especie de pequeño crisol, en el que encontrarán breves artilugios teóricos conceptuales –adjetivos como sustantivos– de los que me valdré para dejar impresa mi visión crítica respecto a la temática que he traído a colación.

Por último, quisiera dejar planteado dos interrogantes para que, el receptor de las ideas que plasmaré en esta oportunidad de manera lacónica y sucinta, pueda efectuarse al principio de la lectura del presente y luego, nuevamente hacérsela al final, para así, poder meditar y pensar si sigue creyendo lo mismo.

¿Es válido escindir al derecho penal material del derecho procesal penal? ¿Las exigencias del derecho penal subordinan el alcance y actuación del derecho procesal penal o sucede lo contrario?

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Diplomado en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad Católica de Santa Fe); estudiante avanzado de Derecho (Universidad Católica de Santa Fe); autor de publicaciones académicas vinculadas al derecho penal y procesal penal en sitios webs nacionales (Hammurabi, Ad-Hoc, Pensamiento Penal, Terragnijurista.com, JurisOnline y MicroJuris), extranjeros (Juristas con futuro de España y Legis.pe de Perú) e internacionales (Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Económicos); expositor en encuentros y congresos relacionados al derecho penal, procesal penal y filosofía jurídica; practicante en el Servicio Público Provincial de Defensa Penal (S.P.P.D.P.) de Santa Fe. Contacto: agustinmarquez150498@gmail.com.

## 2. “La Cenicienta” en Carnelutti

Como puntapié inicial, en este lacónico escrito académico, considero de suma valía, traer a colación la ejemplificación lúcida y elocuente, con la que, el gran Francesco Carnelutti ha explicado –de forma un tanto literaria diría– la relación entre el derecho procesal penal y el derecho procesal civil, pero –y es lo que más me interesa en esta oportunidad– principalmente su vínculo con el derecho penal. Antes de inmiscuirme concretamente en la exposición de Carnelutti, quiero dejar impreso que, la óptica analítica teoría y práctica, con la que enfoca dicho nexo, es la misma que de forma directa o indirecta, la mayoría de los estudiosos de esta disciplina, conciben a la misma. Es decir que, la misión que me he encomendado a mí mismo a la hora de confeccionar este ensayo, es tratar de desenmascarar que, el derecho procesal penal no está tan relegado o subordinado al derecho penal como siempre se creyó, sino, según lo entiendo, es a la inversa.

Es por esto que –lo vuelvo a recalcar– me valdré de este jurista italiano, para sintetizar este mito tan teórico y tan práctico, que impera con gran vehemencia en el saber jurídico-penal.

Carnelutti, en el año 1946 publica “*La Cenicienta*” en la “*Revista di Diritto Processuale*”. En esta escuetísima obra –me refiero a obra no por su extensión, sino por la claridad analítica y ejemplificativa con la que plasma, la visión que la mayoría de los adeptos al derecho, principalmente el penal, conciben la relación de la ciencia jurídica adjetiva con la ciencia jurídica sustantiva– reseña como hay tres hermanas, las cuales son: la ciencia del derecho penal, la ciencia del proceso penal y la ciencia del proceso civil. A su vez, cuenta que la segunda –la ciencia del proceso penal– había tenido una infancia y una adolescencia desdichada. Por su parte, con la primera –la ciencia del derecho penal– le tocó compartir la misma habitación, por la que, aquella –la ciencia del derecho penal– retuvo todo lo bueno y lo mejor<sup>2</sup>. Respecto, de la otra hermana –la ciencia del proceso civil–, Carnelutti evoca que tenía una relación “*residual*” –el encomillado y el rótulo me pertenecen–, y el vínculo que las unía, era la utilización de la ropa por parte de Cenicienta, que le sobra a la otra hermana<sup>3</sup>.

Bien, de lo expuesto por este eximio jurista, creo que es dable que me circunscriba a tratar de parafrasear, porqué, en principio, la ciencia del derecho penal se quedó con lo mejor y con lo bueno, en relación a la ciencia del proceso penal. Entiendo que Carnelutti, manifiesta esto, por el simple hecho de que, en la época, había un mayor desarrollo dogmático respecto a la ciencia del derecho penal –principalmente en Alemania– ya que, respecto a la ciencia del proceso penal, no tenía la repercusión académica de nuestros días, ya que se estaba tratando de salir de un mero procedimentalismo penal –en el ámbito procesal civil, ya se había producido ese éxodo tan deseado, lo que permitió, construir los lineamientos bases de una teoría general del proceso, y es por eso que, Carnelutti subraya que la ciencia del proceso penal se debe conformar con los vestidos usados de la ciencia del proceso civil, por ejemplo, el

---

<sup>2</sup> Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, tr. Santiago Sentís Melendo, Bs. As., El Foro, 1950, p. 15.

<sup>3</sup> Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal*, p. 18.

concepto de acción, competencia, jurisdicción, entre otros, podrían ser estos viejos vestidos aludidos—.

Como prieto corolario de lo hasta aquí vertido, Carnelutti sintetiza esta relación de subordinación o sujeción de la ciencia del proceso penal a la ciencia del derecho penal —que es la relación con la hermana que me interesa en este caso y no tan así con la ciencia del proceso civil—, resaltando que la misma es la que se queda con lo mejor, por ende es la que le impone el contenido a la ciencia del proceso penal o cuales son los andariveles por los que tiene que manejarse, por lo que, considero que es parcialmente incorrecto. Es por ello que, tratare de demostrar la afirmación que he hecho con antelación, plasmando ciertas ideas rectoras a lo largo de este periplo analítico que he trazado hasta aquí y continuaré hasta el final.

### 3. Derecho procesal penal

Juzgo sumamente pertinente ir dejando plasmados elementos conceptuales de las principales ramas del derecho protagonistas aquí o de los principales actores del sistema penal. Es por ello que, es necesario elucubrar ¿Qué es el derecho procesal penal? Y ¿Qué es el proceso penal?

Por mi parte, pienso que es conveniente, comenzar el desarrollo de este acápite citando a Vázquez Rossi para responder el primer interrogante que he planteado. Este mentado conocedor del derecho procesal penal, indica que el mismo es “el conjunto de disposiciones jurídicas que organizan el poder penal estatal para realizar (aplicar) las disposiciones del ordenamiento punitivo. Para ello estructura normativamente el aparato de investigación y juzgamiento y los procedimientos seguidos desde que se tiene información sobre un hecho presuntamente delictivo hasta la resolución conclusiva y posterior ejecución de lo dispuesto”<sup>4</sup>.

Por su parte Claus Roxin y Bernd Schünemann, se encarrilan en una dirección muy similar a la que plantea Vázquez Rossi. Para ellos el derecho procesal penal *stricto sensu* —el cual lo podemos entender en términos más coloquiales, como lo indican los autores aludidos como “teoría del derecho procesal penal”— implica que “la teoría del derecho procesal penal son las normas según las cuales se desenvuelve el proceso penal son analizadas científicamente; esto es, se tipifican, sistematizan, concretizan e interpretan”<sup>5</sup>. Otros autores reducen<sup>6</sup> al derecho procesal penal —con suma

---

<sup>4</sup> Vázquez Rossi, Jorge E., *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, t. I, p. 34 y 35.

<sup>5</sup> Roxin, Claus - Schünemann, Bernd, *Derecho procesal penal*, tr. Mario Amoretti y Darío Rolón, 29ª ed. alemana, Bs. As., Didot, 2019, p. 66.

<sup>6</sup> No indico que esta reducción sea peyorativa o negativa, al contrario, considero que es una forma sana de resumirlo.

lucidez y elocuencia— concibiéndolo como “el termómetro o sismógrafo de la Constitución de un Estado”<sup>7</sup> o como “derecho constitucional aplicado”<sup>8</sup>.

Por todo ello, puedo decir que, el derecho procesal penal, tiene naturaleza en principio realizativa respecto al derecho penal material o sustancial —lo cual, nadie lo discute— y que —repito— estaría subordinado a lo que éste le mande a realizar o que se materialice. Ahora bien, esto último, no creo que sea del todo así, ya que, las exigencias del mismo derecho procesal penal, principalmente aquellas ligadas al ámbito probatorio, son las que le van delimitando el terreno a la dogmática penal —sustancial— para que en ciertos casos, intente forzar ciertas elucubraciones, para así poder llegar a hermenéuticas legitimantes de ciertos institutos o teorías jurídicas, que implican una laxitud o facilidad probatoria respecto a las anteriores. Sobre este tema, volveré luego con mayor detenimiento.

Otro aspecto a destacar en este punto es precisamente tratar de esbozar ¿Qué es el proceso penal? Para ello diré que es, una serie concatenada, sistematizada, progresiva y circunstanciada de actos jurídicos procesales, ejercidos por los sujetos procesales intervinientes dentro del mismo —proceso penal en particular—, manejándose dentro de las facultades, deberes y límites que le impone la ley. A su vez, como todo proceso, tiende a ir desde un punto inicial hasta un punto final, transcurriendo por distintas etapas —v.gr., lo que sucede con un proceso infeccioso o un proceso económico, etc.—. Este punto final, es precisamente lograr una sentencia firme favorable. No obstante, es una finalidad —*prima facie* diría— un tanto más propia de las partes, por lo que, me resta decir que, el proceso penal, en realidad persigue una finalidad tripartita, es decir, el enfoque teológico que persigue en sí mismo, esta fraccionado en tres tipos de finalidades o tres perspectivas, las cuales son: inmediata, mediata y última o ulterior.

Por finalidad o perspectiva inmediata, me refiero a la persecución de lograr desentrañar la verdad, la misma dependerá de qué tipo de sistema procesal penal se esté inmiscuido, ya que, si nos encontramos en un sistema de corte inquisitivo, se buscará un verdad real o histórica, es decir, “*lo que realmente sucedió*”, lo cual, como bien lo señala Luigi Ferrajoli, esto es una verdadera entelequia o una cuestión prístinamente esotérica, ya que nunca se puede descubrir al cien por ciento lo que sucedió y de qué forma. Esto se debe a que siempre habrá ciertos sesgos cognitivos que la nublen<sup>9</sup>. Por su parte, si se enrola dentro de un sistema acusatorio, la verdad que se buscare es la formal o procesal o en palabras de Ferrajoli nuevamente, la jurídica objetiva, la cual, es necesario que la información que acreditará la existencia de la misma —la verdad— en el proceso, se logra siguiendo los recaudos legales pertinentes. Respecto a la finalidad enfocada desde una perspectiva mediata, puedo decir que implica, la aplicación correcta y justa del derecho penal sustancial.

<sup>7</sup> Goldschmidt, James, “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal”, p. 109 y ss., citado por Maier, Julio B. J., *¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?*, “¿Más Derecho?”, t. I, Bs. As., Di Plácido, 2000, p. 277.

<sup>8</sup> Henkel, Heinrich, “Strafverfahrensrecht”, Prólogo, p. V, citado por Maier, *¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?*

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón”, p. 50, citado por Ciano, Ariel, *¿Existen límites para la libertad probatoria en el proceso penal?*, “Pensamiento Penal del Sur”, t. III, Bs. As., Di Plácido, 2009, p. 52.

Por último, la perspectiva ulterior finalística del proceso penal, es precisamente el mantenimiento o restablecimiento de la paz o del orden social.

#### 4. Derecho penal

En esta ocasión me valdré de las enseñanzas de los juristas alemanes Eric Hilgendorf y Brian Valerius de la Universidad de Würzburg –uno profesor y otro egresado de dicha casa de estudios–, los cuales indican que, el derecho penal es “el arma más drástica del Estado”<sup>10</sup>. Por su parte, Hans Welzel, nos ha enseñado que, el derecho penal es “aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad”<sup>11</sup>.

Ahora bien, adentrándome en la doctrina vernácula, creo que le asiste suma razón, a la conceptualización brindada por el maestro Antonio Terragni, al mencionar que, el derecho penal “se trata de un conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que señalan cuales son los hechos que acarrearán sanciones más gravosas que puede imponer y de qué manera los individuos que lo protagonizan pueden llegar a ser castigados”<sup>12</sup>.

En lo que a mí respecta, como ya lo he mencionado en otra publicación académica, el derecho penal es la rama del derecho público interno, que regula la potestad estatal de castigar, determinando lo punible y sus consecuencias, aplicando sanciones –penas– y medidas de seguridad –si se adopta un modelo de la doble vía, excluyendo la vigente tendencia dogmática que propugnan una tercer vía, que es la reparación del daño<sup>13</sup>– a los agentes intervinientes –autores y en el caso que se respete el principio de accesoria, partícipes– de las infracciones castigables en sede penal<sup>14</sup>.

#### 5. Una mirada reinterpretativa y negacionista de su separación práctica

A lo largo del tiempo, se ha intentado separar estas dos ramas científicas, intentando autonomizarlas o generar una suerte de independencia entre ellas, lo cual, desde este momento, quiero expresar que no me parece correcto el esfuerzo ejecutado por varios teóricos y prácticos adheridos a las ciencias penales. Empero, pienso que es necesario dejar volcado –brevemente– cuáles han sido algunos de estos intentos de lograr escindir estas ramas del conocimiento jurídico.

<sup>10</sup> Hilgendorf, Eric - Valerius, Brian, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed. alemana, 2015, München, tr. Leandro Díaz y Marcelo Sancinetti, Bs. As., Ad-Hoc, 2017, p. 3.

<sup>11</sup> Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 11ª ed. alemana, 1969, Bonn, tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago, Jurídica de Chile, 1997, p. 1.

<sup>12</sup> Terragni, Marco A., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., La Ley, 2012, t. I, p. 1.

<sup>13</sup> Sueiro, Christian C., *La naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal*, Bs. As., Di Plácido, 2006, p. 46.

<sup>14</sup> Márquez, Agustín T., *El impacto de las neurociencias en el derecho penal sustantivo y adjetivo. Breves nociones básicas*, link: [http://cieje.com/el-impacto-de-las-neurociencias-en-el-derecho-penal-sustantivo-y-adjetivo-breves-nociones-basicas/?fbclid=IwAR33uEUxhe3AgVGu8cp4aWEIHA-boixOWiXiVYt8xAllUpQuuaadc\\_Lx\\_BEo](http://cieje.com/el-impacto-de-las-neurociencias-en-el-derecho-penal-sustantivo-y-adjetivo-breves-nociones-basicas/?fbclid=IwAR33uEUxhe3AgVGu8cp4aWEIHA-boixOWiXiVYt8xAllUpQuuaadc_Lx_BEo), p. 2 y 3.

Como punto de partida, antes de introducirme en las teorías tentativas separatorias del derecho penal material del formal, es plausible recurrir a su génesis, para ello, es de suma valía remontarse a la época de Ilustración y escudriñar, como estaban compuestas las disposiciones legales. Estas, se encontraban divididas en dos áreas del enjuiciamiento criminal. Por un lado, había normativas procesales penales y por otro normativas penales sustanciales o materiales consignadas en cuerpos legales distintos<sup>15</sup>.

Anteriormente, esta cuestión no era tan así, por ejemplo, si nos retrotraemos al 1532, donde detentaba plena vigencia la *Constitutio Criminalis Carolina* u otras épocas, donde regía la *Ley de Responsabilidad Penal juvenil alemana* o las *Siete Partidas de Alfonso X*, las cuestiones penales sustantivas y adjetivas, eran tratadas en un cuerpo único<sup>16</sup>. Por lo que, se puede avizorar, el cimiento de este fenómeno que aquí me encuentro criticando –la separación dentro de estas ramas integrantes de un mismo sistema– tiene su razón de ser, desde una perspectiva estructural. Parafraseando lo vertido con anterioridad, me refiero a una perspectiva estructural, en el sentido de como diagramar u organizar el sistema metodológicamente, dividiendo por un lado las disposiciones penales procesales y por otro las estipulaciones penales materiales.

Ahora bien, esta problemática, sucede principalmente en ordenamientos jurídicos de corte continental europeo, por lo que puedo decir que, en el derecho del *common law*, la realidad es otra, la cual, se caracteriza por haber un sistema penal homogéneo y evitan estas discusiones estériles y bizantinas tratando de separar uno de otro.

Otro aspecto que tributo en gran medida a que esta separación se solidifique, fue –como derivado directo de la Ilustración que he mencionado *ut supra*– las elaboraciones dogmáticas *stricto sensu*<sup>17</sup> que se gestaron principalmente en Alemania, en la época de las vivencias de Von Liszt, Beling y compañía.

Ha habido y hay, como lo he manifestado, distintas teorías bifurcadoras del derecho penal sustantivo y adjetivo, las cuales, ninguna está exenta de ciertas falencias. A continuación, las expondré muy sucintamente –algunas de ellas, ya que el presente tema no se reduce o agota a este escueto trabajo académico–, para que el lector, pueda juzgar individualmente si son convincentes o no su escisión.

En primer lugar, tenemos el criterio de la *aplicación judicial del derecho penal*, el cual consiste en asignarle supremacía al derecho procesal penal en relación al derecho penal material. Esta inteligencia emerge del entendimiento de que el proceso penal es el único periplo para que se materialice un verdadero derecho penal judicial.

La faz negativa de este criterio o punto de vista, radica en si solo se considera al *derecho penal judicial* como tal, la pena no tendría razón de ser, ni tampoco la norma

<sup>15</sup> Vera Sánchez, Juan S., *Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 44, n° 3, 2017, p. 831 a 855.

<sup>16</sup> Vera Sánchez, *Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 44, n° 3, 2017, p. 831 a 855.

<sup>17</sup> Vera Sánchez, *Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 44, n° 3, 2017, p. 831 a 855.

penal sustancial, ya que –principalmente la pena–, la misma “no previene ni intimida, de momento que los procesos penales se sustancian conforme a un acto que infringe la norma penal”<sup>18</sup>.

En segundo término, resaltare el criterio de la *pertenencia al complejo del hecho penado*, el mismo implica comprender que, la complejidad propia que contiene intrínsecamente el hecho penado o punible, es lo que tiñe pertinente el abordaje principalmente centrado en el derecho penal de fondo. Caso contrario, si son cuestiones que ostentan naturaleza adjetiva, y no rozan con la estructura del hecho punible mencionado, se encarrilara por las vías del derecho procesal penal –si recurrimos al razonamiento kantiano, podemos decir que, las normas penales se encasillan en lo que este filósofo rotulaba como *imperativos categóricos*, y las normas procesales penales como *cargas*<sup>19</sup>–. La crítica a este criterio o teoría explicativa para la separación de estas ciencias, está reflejado en que dicho criterio diferenciador no es del todo efectivo, ya que ostenta innumerables casos excepcionales, por ejemplo, el sobreseimiento que puede tener una naturaleza mixta entre aspectos propios del hecho punible y propios del ámbito procesal penal<sup>20</sup>.

En último lugar o tercer término, podemos observar el criterio del *merecimiento y necesidad de pena*. En este, debemos tener presente que lo relevante se avizora en que, aquellos aspectos que son coetáneos al merecimiento de pena, están íntimamente vinculados con el derecho penal sustancial, ya que, cuando se habla de este tipo de merecimiento, conlleva a una mirada general o un juicio global del desvalor arrojado por el hecho materializado, ya que mismo es pasible de ser subsumido como un injusto culpable, especialmente grave. En la otra vereda se encuentra la necesidad de pena, la que se la relaciona inmediatamente con el derecho procesal penal. Esta implica, un juicio un tanto más particular o un análisis de idoneidad respecto de quien recaerá la pena. La crítica a esta posición separadora –según las enseñanzas de Vera Sánchez– radica en que, hay un déficit de consenso respecto a su aplicabilidad ya que, este criterio distintivo puede estar inmerso en una norma penal como también procesal penal, por ejemplo los casos de lesividad mínima –debe entenderse como un óbice a la operatividad del sistema penal, ya que, no supera el baremo del principio de mínima suficiencia o como es más conocido, como el principio de insignificancia, el cual, en otro ensayo lo consideré como una mera teoría auxiliar interpretativa<sup>21</sup>, de la cual me retracto– que puede ser materializado mediante el principio de oportunidad de naturaleza procesal<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Vera Sánchez, *Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 44, n° 3, 2017, p. 831 a 855.

<sup>19</sup> Vera Sánchez, *Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 44, n° 3, 2017, p. 831 a 855.

<sup>20</sup> Vera Sánchez, *Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 44, n° 3, 2017, p. 831 a 855.

<sup>21</sup> Márquez, Agustín T., *Teoría de la insignificancia. Operatividad en el derecho penal sustancial y adjetivo de la provincia de Santa Fe*, “Juris Online”, código de búsqueda: DJuris603, p. 5.

<sup>22</sup> Vera Sánchez, *Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 44, n° 3, 2017, p. 831 a 855.

Como ya he mencionado en reiteradas oportunidades, no encuentro provecho alguno, ni razón de ser a la división entre derecho penal y procesal penal que se ha intentado –y aún se intenta– trazar a lo largo de la historia, es por ello que, para echarles más luces a esta mirada crítica que ostento respecto a este tópico conflictivo traído a colación, me abocaré a intentar poner de manifiesto una mirada integral y sistemática que aglutine estas ciencias y su vinculación constante y entrelazada. Por último, quiero aclarar que sería muy arrogante de mi parte considerar que esta cuestión se reduce o se limite a lo que he indicado con antelación y volcaré en las próximas líneas, ya que es un tema de amplio debate y gracias al mismo pueden derramarse mares y mares de tinta.

### a. Análisis integral del sistema de justicia penal

Tratare de no expandirme en demasía en esta cuestión, no porque no lo amerite o porque piense que es un tema que se agota con suma facilidad, al contrario, creo que es una cuestión jurídica muy rica en cuanto a su desarrollo y las disyuntivas académicas y prácticas que puede generar.

Ahora bien, como ya lo he dado a entender a lo largo de esta redacción doctrinaria, considero que, esforzarnos por delimitar o separar aquellos aspectos que pertenecen al derecho penal o al derecho procesal penal, no nos conduce a buen puerto, ya que, lo más provechoso, desde un aspecto –principalmente– pragmático, es unificar estos dos subsistemas jurídicos –derecho penal material y formal–, lo que implicaría un cumplimiento cabal de las garantías, principios y límites característicos de este sistema jurídico de *ultima ratio* –derecho penal *lato sensu*–.

A modo de ejemplo, me parece pertinente traer a esta exposición, una institución jurídica que genera controversias en cuanto a su naturaleza, y en cuanto a los efectos que puede derramar según la esencia que se le asigne. Este instituto es la prescripción de la acción penal o de la pena –principalmente la de la acción penal–. Como bien lo indica Ramón Ragués i Vallés, el instituto de la prescripción ha producido mucho revuelo a nivel académico-dogmático, primordialmente en relación a los crímenes cometidos en los años que imperó el régimen nacionalsocialista. Básicamente este debate se centró en determinar cuál es la naturaleza del instituto que he nombrado con anterioridad –es decir, si ostenta naturaleza procesal o material en sede penal–, ya que, si se le atribuye naturaleza penal sustancial, la misma no se puede aplicar retroactivamente cuando implique un perjuicio para el imputado –en el supuesto que ciertos delitos sean designados por una ley posterior como imprescriptibles, la ley vigente al momento de cometerlo, no contemplaba esta cuestión, la misma, es decir, la futura, no podía aplicarse retroactivamente–, en cambio, si se le asignara naturaleza procesal penal a dicho instituto, se debe aplicar –siguiendo el ejemplo que traje a colación en las anteriores líneas– la ley que se encuentra vigente al momento de que se produzca el juzgamiento, sin importar que al momento de cometer el ilícito había una ley más benigna, la cual, siguiendo el raciocinio penal sustancial, permitiría

aplicarla ultractivamente<sup>23</sup>. Esto sucede porque –por lo menos en Alemania en esa época– imperaba el principio solventado en el aforismo latino *tempus regit actum*<sup>24</sup>.

Como solución a esto, el jurista aludido, brinda una eventual solución loable para armonizar esta discusión, y reforzar la idea de integridad que debe ostentar el sistema de justicia penal. Expone que, ante este supuesto de prescripción, y su análisis respecto a que naturaleza detenta y que consecuencias se derivarían de ello, es conveniente que también las reglas procesales sean abarcadas por el principio de legalidad de fondo –*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, la cual tiene que respetar los caracteres de *lex stricta, certa y scripta*<sup>25</sup>– lo que, conllevaría a la posibilidad de que las disposiciones procesales también se torne operativa la máxima de irretroactividad de la ley penal, excepto que se más beneficiosa para el imputado<sup>26</sup>.

## b. Íntima relación entre ambas ramas

Este acápite transita en idéntica sintonía que los anteriores, ya que, aquí convergen las exposiciones antedichas. No obstante, me parece de suma utilidad, tratar de dejar sentada algunas vinculaciones que guardan estas ramas.

Entre ellas, por supuesto, no puede faltar el carácter instrumental del derecho procesal penal respecto del derecho penal, con lo cual, no debe entenderse como una relación dividida entre ellos, sino a *contrario sensu*, es decir, se lo debe tomar como un aspecto que suma a la integridad de ambas ramas, que coadyuvan a solidificar la unidad del sistema de justicia penal. Esta relación instrumental o realizativa, se puede ver graficada en la finalidad mediata que persigue el proceso penal, es decir la correcta y justa aplicación de la ley sustancial, lo cual, le permite al derecho penal, lo que Beling subrayaba como una especie de déficit que ostentaba el derecho penal, que es precisamente, que el mismo no le toca un pelo al delincuente. Es a través del derecho procesal penal, circunscriptamente, en manos del proceso penal que logra tocarle un pelo al agente del delito.

Otra relación que guardan ambos, es la especificidad de la materia que tratan. Son las únicas ramas del derecho que se encuentra en juego la libertad de las personas y en virtud de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad, lesividad y mínima suficiencia permiten que sean catalogados –por lo menos desde la perspectiva analítica científica– como de *ultima ratio*.

---

<sup>23</sup> Ragués I Vallés, Ramón, “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: Hacia una visión integrada”, en *La reforma al proceso penal peruano*, “Anuario de Derecho Penal”, 2004, p. 135.

<sup>24</sup> Ragués I Vallés cita como convalidante de este aforismo “la decisión legislativa contó con el beneplácito del Tribunal Constitucional alemán (cfr. BVerfGE, vol. 25, p. 269 y ss.)”. (“Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: Hacia una visión integrada”, en *La reforma al proceso penal peruano*, “Anuario de Derecho Penal”, 2004, nota 20).

<sup>25</sup> Márquez, Agustín T., *Principios de legalidad y criterios de oportunidad: vinculación e importancia de su aplicabilidad*, [www.hammurabi.com.ar/marquez-principios-de-legalidad](http://www.hammurabi.com.ar/marquez-principios-de-legalidad).

<sup>26</sup> Ragués I Vallés, “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: Hacia una visión integrada”, en *La reforma al proceso penal peruano*, “Anuario de Derecho Penal”, 2004, p. 137.

### c. Breves aproximaciones conclusivas sobre el tópico en cuestión

A modo de reflexión conclusiva de este punto, puedo decir que, es sumamente conveniente analizar íntegramente o unificadamente al sistema de justicia penal o al derecho penal *lato sensu*, ya que genera mayor seguridad jurídica, y especificidad de tratamiento. Caso contrario, como ocurre por ejemplo en España, más allá que desde la faz académica el estudio sea bifurcado, es decir, por un lado, derecho penal sustancial y por otro derecho procesal –incluyendo al civil–, las consecuencias de ellos repercuten en la práctica, porque los procesalistas, conocen de manera reducida el derecho penal material, pero muy bien el proceso en general –independientemente de la rama que sea–, y caso contrario sucede lo mismo. Es por ello que, le resta especificidad al sistema de justicia penal, y conlleva a que se arribe a varias soluciones prácticas, un tanto atentatorias de principios penal –por ejemplo, el supuesto mencionado del caso de la prescripción y su debate respecto que naturaleza ostenta, lo cual lleva a consecuencias pragmáticas disimiles si no se amparan bajo el ala del principio de legalidad de fondo o sustancial–.

Por último, considero de suma pertinencia y lucidez, que las elucubraciones político-criminales, y las hermenéuticas ponderantes entre costos y beneficios que se confeccionen, no deben ser de aplicación privativa o exclusiva para el derecho penal material sino, debe extenderse a todo el sistema de justicia penal, principalmente a la faz procesal penal. Esta idea no es nueva –en cuento a su rotulación– ya que fue planteada por Von Liszt, y consistió en afianzar una ciencia global del derecho penal. Empero, la misma, no había sido erigida por el citado jurista alemán, con la intensidad o extensión que aquí pretendo dejar sentada, ya que, solo se reducía a entenderse como un conglomerado de diversos conocimientos afines –política criminal, criminología, penología, dogmática penal, derecho procesal penal, etc.–, lo que conllevaba a que se construya una especie de enciclopedia de las ciencias penales<sup>27</sup>. Es por ello que, esta cuestión solo tendría fines de metodología académica, y no el deseo que pretendo que quede materializado aquí, ya que, el alcance que persigo es con fines prácticos, y unificados para una mayor, mejor y justa resolución de casos jurídicos-penales.

## 6. La sujeción del derecho procesal penal al derecho penal, un verdadero mito a desterrar

Aquí comienza la segunda parte o etapa del presente artículo académico, en la cual, trataré de desterrar el segundo mito, pero, antes de comenzar con el abordaje específico, quisiera dejar aclarado de la forma más elocuente posible, que es lo que pretendo aquí y que es lo que me abocare a criticar –de forma académica por supuesto, y evitando generar cualquier confrontación paupérrima, pueril o irrespetuosa que pueda llegar a suscitar, ya que sus fines no se erigen para sembrar discordia, sino construir un debate respetuoso respecto al tema seleccionado–.

Como una suerte de preámbulo diré que, mi intención aquí, es desterrar el mito de que el derecho procesal penal, esta relegado y limitado a las creaciones

---

<sup>27</sup> Ragués I Vallés, “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: Hacia una visión integrada”, en *La reforma al proceso penal peruano*, “Anuario de Derecho Penal”, 2004, p. 162.

dogmáticas estructuradas por el derecho penal, no solo por la crítica a la separación de ambas que he hecho, sino también, a la falsa creencia que se ha ido transmitiendo de que –por ejemplo como lo expone Carnelutti en *La Cenicienta*– el derecho procesal penal es un mero materializador de lo que el derecho penal le impone. Lo que pienso, es que esto se da en un sentido contrario, ya que, las invenciones dogmático-penales, están relegadas a satisfacer los estándares probatorios, y no al revés como siempre se ha indicado. Es decir, a modo de paráfrasis de lo antedicho, ante las creaciones dogmáticas, el derecho procesal penal, principalmente el derecho probatorio, no se adecua a los estándares de prueba que estas teorías penales de fondo les impone, sucede todo lo contrario. Es el derecho probatorio, que ante los déficits estructurales que ostenta, limita o demarca por donde deben moverse las estructuras dogmáticas, por lo cual, generan que su evolución, se encarrilen por los andariveles que el derecho probatorio le impone, y serán válidas cuando “se puedan probar”.

Ahora bien, no pretendo criticar que esto sea correcto o erróneo –es decir, que el derecho probatorio le delimite el terreno a la dogmática penal–, ya que, sin ir más lejos, el famoso dicho: “*Nada más práctico que una buena teoría*”, ostenta suma vigencia aquí, pero, la teoría será buena cuando se pueda materializar en la praxis. En este caso específico, la misma será buena cuando pueda ser probada, por lo que, considero razonable, esta demarcación de los límites por el derecho probatorio –desde una perspectiva práctica o político-criminal probatoria que se haga–, lo cual, no es el objeto de mi crítica, sino, la misma radica, en generar en el lector, una comprensión inversa de la realidad que se ha enseñado hasta ahora, respecto de esta pseudosujeción –la que no creo que exista, porque apunto a una visión integral del sistema de justicia penal– que hay entre el derecho procesal penal respecto del penal, lo cual, no considero acertado y tratare de esbozar resumidamente, algunos supuestos convalidantes de mi punto de vista crítico.

a) Hermenéutica dogmática jurídico-penal sustancial a lo largo de la historia en pro del derecho procesal penal (principalmente en favor del derecho probatorio)

La dogmática penal –desde sus orígenes consolidados allá por el año 1906, cuando se perfecciona la construcción de la teoría del delito conocida como “modelo Liszt-Beling”<sup>28</sup>– clásica, ha sido la pionera en el ámbito de la construcción teórica, ordenada y sistematizada del delito. Fue la primera en diagramar la tan conocida teoría del delito. Fue en un principio Franz Von Liszt, el que enunció como andamiaje primario que el delito debía ser analizado siguiendo la estructura de la geología, es decir, su estudio debe darse elucubrando estratos. Esto se produce como consecuencia de que, Von Liszt y compañía, pretendían darle un enfoque teórico al delito, propio de las ciencias duras, ya que en su época estaban en pleno auge los estudios y teorías newtianas y darwinianas. Esta construcción primaria, se cimentaba de cuatro estratos o estamentos, los cuales eran: a) la acción; b) la antijuridicidad; c) la culpabilidad, y d) la punibilidad<sup>29</sup>. Como se puede ver, este estudioso del derecho penal, concebía a la punibilidad dentro la teoría del delito y no mencionaba a la tipicidad. Es por ello que,

---

<sup>28</sup> Sueiro, Carlo C., *Los paradigmas del derecho penal*, Bs. As., Di Plácido, 2011, p. 223.

<sup>29</sup> Sueiro, *Los paradigmas del derecho penal*, p. 219 y siguientes.

en 1906, Ernst Von Beling, confecciona su famosa obra “*Die Lehre vom Verbrechen*”<sup>30</sup> en la que incluye “*Die Lehre vom Tatbestand*”<sup>31</sup> y permite perfeccionar la teoría del delito, quedando estructurada con los siguientes estamentos: a) la acción; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad, y d) la culpabilidad –algunos siguieron conservando la punibilidad<sup>32</sup>–.

Otro aspecto notable a destacar es que, el delito podía ser dividido verticalmente, dejando de un lado un ilícito penal objetivo –acción, típica y antijurídica– y por otro costado la culpabilidad sumamente subjetiva, en la cual, se incluía al dolo y a la culpa –o mejor dicho imprudencia–. Al hablar de una división vertical me refiero a que, la partición o la fracción del delito entro lo objetivo y lo subjetivo, se produce en forma recta y no horizontal –como si ocurría ya con las ideas finalistas de como concebir a la teoría del delito, la cual, esta bifurcación objetivo/subjetivo, trasciende a todos los estamentos analíticos–. Esta inteligencia primaria de estos teóricos del delito, rotulada como causalismo clásico o de primera generación, no estuvo exenta de críticas negativas, ya que, las mismas radicaban por ejemplo, en la inexistencia –en ciertos delitos– de relación psicológica alguna entre la conducta desplegada y el resultado. Esto sucedía –según Zaffaroni– en los casos de los inconscientes, particularmente en los denominados “delitos de olvido”<sup>33</sup>. Esta ineficacia o déficit que arroja la objeción mencionada al causalismo clásico, prístinamente radica en los intrínquilis probatorios que ocasionaba, lo cual la tornaba bizantina en estos supuestos. Aquí se puede ver cómo, es el derecho probatorio el que le pone un límite a la dogmática penal, lo cual dio paso a otra corriente “*superadora*” en algunos aspectos respecto a esta, catalogada como neocausalismo, causalismo de segunda generación o neokantismo.

En esta nueva corriente, podemos destacar como sus máximos exponentes a Edmund Mezger, James Goldschmidt y Berthold Freudenthal<sup>34</sup>, la cual se caracterizaba por tratar de incorporar elementos objetivos a la esfera de la culpabilidad, tal es así que Reinhart Frank, intenta darle una concepción normativa, para poder escapar de aquella estructura psicológica que ostentaba en el causalismo clásico. Esta construcción normativa propugnada por Frank consistía en ejecutar un juicio de reproche normativo-jurídico por no haberse motivado en la norma cuando le era exigible, lo que, a simple vista, puedo decir que era muy contrario a lo que sucedía en el causalismo clásico, en el que, el nexa subjetivo entre conducta y resultado se establecía desde –como ya lo he mencionado *ut supra*– una visión psicológica<sup>35</sup>. Otra faceta a destacar de esta corriente dogmática, son los cambios que intentó instaurar en el estrato de la acción, aquí fue Gustav Radbruch, el que normativizó el concepto de dicho estamento,

---

<sup>30</sup> Días, Horacio L., *Evolución del concepto de ilícito penal*, Bs. As., Di Plácido, 1999, p. 53 y 54.

<sup>31</sup> Terragni, *Tratado de derecho penal*, p. 105 y 106.

<sup>32</sup> Sueiro, *Los paradigmas del derecho penal*, p. 223.

<sup>33</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1986, p. 262.

<sup>34</sup> Oroño, Néstor A., “Evolución histórica del derecho penal. Principales antecedentes” (capítulo segundo) en Gentile Bersano, Fernando M. (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Santa Fe, Librería Cívica, 2019, p. 67.

<sup>35</sup> Sueiro, *Los paradigmas del derecho penal*, p. 224.

intentando abandonar una contemplación Lisztiana –por catalogarla de alguna manera–, la que se destacaba por tener una estructura naturalística o mecanicista<sup>36</sup>.

Los defectos propios de esta teoría, son analizados principalmente a nivel de la culpabilidad, principalmente en el terreno del dolo. Ya sea que se siga la teoría estricta o restringida del mismo –las cuales me adentraré en el próximo punto a.1–. Las complicaciones que se manifestaban, rozaban la dificultad probatoria que se generaban en materia de los errores que se podían suscitar.

Dejando apartada esta corriente dogmática, comienza a adquirir vigencia, las ideas revolucionarias del finalismo, y quien lleva el estandarte principal de esta forma de razonar el delito, es el mentado jurista Hans Welzel. Welzel, allá por la década del 30 –precisamente el 1930–, comienza a reestructurar el sistema teórico del delito partiendo de premisas realista –lo que conlleva a que se deje de lado la mirada filosófica idealista que ostentaban las dos ramas anteriores–, que condujo a caracterizar al finalismo welzeliano o clásico como óntico-ontológico, ya que, se partía de que las cosas no son creaciones jurídicas sino que dependen de su propia esencia –v.gr., Zaffaroni menciona que, el legislador puede crear la vaca jurídica y en la descripción de la misma puede establecer que, tiene dientes puntiagudos y filosos, detenta pelaje denso, aúlla y vive en la estepa. En realidad, cuando una persona vaya a ordeñarla se va a encontrar con un lobo, por más que el legislador indique que es una vaca–.

Para tratar de legitimar esta postura realista u ontológica, Welzel plantea que el legislador se topa con dos grandes rémoras u óbices ontológicos, los cuales son: a) las estructuras lógico-objetivas y b) la autonomía ética del hombre. En términos muy generales, para evitar dilatar exageradamente la extensión de este conciso ensayo, puedo decir que, las estructuras lógico-objetivas, siguiendo a Zaffaroni, son aquellas que ni partiendo del conocimiento ni del método, las mismas pueden crear el objeto –ejemplo de la vaca jurídica–, lo cual conlleva a la imposibilidad que se tiene de asignarle un valor al libre arbitrio de quien las crea –por lo general el legislador–. Además, las valoraciones que se efectúan sobre las mismas, deben respetar el ser del objeto a valorarse. Por último, su nombre –estructuras lógico-objetivas– está íntimamente vinculado al objeto que el legislador valorara, es decir, este sujeto político, no puede modificar el ser del objeto<sup>37</sup>.

En el otro extremo, se encuentra el obstáculo mencionado para con el legislador, que es, precisamente, la autonomía ética del hombre, esta consiste en que –siguiendo las palabras de su padre, o sea Hans Welzel– “la persona gracias a su autonomía ética, posee un valor propio, independiente de toda otra persecución de fines. Tiene que ser respetada en su propio valor por todos los demás. El hombre, según Kant, no puede ser utilizado como cosa. Allí donde el mandato legal degrada a la persona a simple cosa, será fuerza o terror, pero nunca derecho obligatorio válido”<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Sueiro, *Los paradigmas del derecho penal*, p. 224.

<sup>37</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1981, t. II, p. 300.

<sup>38</sup> Welzel, Hans, “Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico”, citado por Donna, Edgardo A., *El exceso en las causas de justificación*, Bs. As., Astrea, 1985, p. 68.

Antes de continuar exponiendo que otros cambios radicales introdujo el finalismo, quisiera mencionar –de forma limitada– que ha habido, además del finalismo clásico propugnado por Welzel, y defendido por Hans Joachim Hirsch<sup>39</sup> dentro de los más ortodoxos, otros finalismos, como por ejemplo, el finalismo monista defendido por August Thon, el cual en breves líneas puedo decir que era monista porque partía de la idea de los imperativos, lo que se diferenciaba del finalismo clásico o dualista donde había reglas imperativas y permisivas<sup>40</sup>. Otro que puedo mencionar en último lugar es el finalismo alternativo donde se los enrola a Jesús María Silva Sánchez, Edgardo Donna, Reinhard Maurach, Enrique Bacigalupo como finalistas alternativos<sup>41</sup>. Esta corriente, como lo indica su alternativa al finalismo clásico, consiste en lo mismo que el finalismo welzeliano en principio, pero se le agrega el estamento intermedio entre antijuridicidad y culpabilidad, de la atribuibilidad o responsabilidad por el hecho.

Recapitulando, quisiera resaltar que el finalismo –además de que Welzel introdujo esta mirada ontológica de esta corriente mediante las *estructuras lógico-objetivas* y la *autonomía ética del hombre*, y otros aspectos más– generó un giro copernicano en el andamiaje estructural de la teoría del delito. Ya que, por ejemplo, la acción dejó de ser vista desde una perspectiva naturalística o normativista, para ser enfocada desde una óptica teleológica o final –esto se podría resumir en el dicho que, el causalismo es ciego, ya que parte de una acción eminentemente causal y el finalismo es visionario, porque todas las conductas son encarriladas persiguiendo un fin, ya que es la esencia vital de la conducta humana. Por lo que Welzel expuso literalmente que “Por eso la finalidad es (dicho en forma gráfica) vidente, la causalidad ciega”<sup>42</sup>–. Otra modificación que introduce es que, se deje de observar verticalmente la partición del delito entre lo objetivo y lo subjetivo para ser concebida desde una mirada horizontal, es decir, no va a entenderse al ilícito penal como puramente objetivo y a la culpabilidad como genuinamente subjetiva, sino tanto la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, van a tener aspectos objetivos y subjetivos, por eso es horizontal y trasciende a todas las categorías analíticas. Consecuencia arraigada a esta hermenéutica, es precisamente que el dolo y la imprudencia, se trasladaron al ámbito de la tipicidad, generando una especie de tipo complejo, lo que la hora de imputar a una persona que cometió una conducta típica, es necesario no solo analizar los extremos objetivos, sino también avizorar si, el aspecto subjetivo está satisfecho, es decir, si actúa de manera dolosa o culposa –imprudente–.

Estas son algunas de las directrices instauradas por el finalismo, las cuales, no escaparon a las críticas, tal es así que, este sistema es puesto en jaque por corrientes funcionalistas –funcionalismo jurídico de Roxin, funcionalismo sistémico sociológico de Jakobs, funcionalismo con consecuencias planteado por los integrantes de la escuela de Frankfurt, entre ellos, Hassemer, Naucke, Prittwitz, Kindhäuser, entre otros, funcionalismo sin consecuencias de Schünemann, y funcionalismo teleológico de

<sup>39</sup> Sueiro, *Los paradigmas del derecho penal*, p. 236.

<sup>40</sup> Sueiro, *Los paradigmas del derecho penal*, p. 237.

<sup>41</sup> Sueiro, *Los paradigmas del derecho penal*, p. 238.

<sup>42</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 40.

Schmidhäuser<sup>43</sup>, entre otros—. Para precisar las críticas a dicho modo metodológico analítico, Roxin parte del cimiento de que, no considera acertado idolatrar y priorizar la utilización de las ciencias duras —como sucedía en el causalismo o neocausalismo— o de una mixtura de ciencias duras y blandas —como en el finalismo, que se utilizaba para cotejar los extremos objetivos con los saberes de las ciencias duras y para verificar las cuestiones subjetivas se valía de los conocimientos de las ciencias blandas— o solamente las ciencias blandas —como pasaba en las corrientes postfinalistas o subjetivistas, entre ellos Armin Kaufmann—. Para lograr este cometido, este jurista alemán reanaliza las enseñanzas de Franz Von Liszt e intenta separar metodológicamente, pero unificar funcionalmente al derecho penal con la política criminal.

Esta postura, me permite dejar impresa otra cuestión más respecto a que las exigencias probatorias de este andamiaje jurídico-penal, son un tanto más laxas en cuanto a los elementos de los que se valdrá para acreditar específicamente ciertos extremos. Lo que quiero decir es que, ya no serán estrictamente utilizados los conocimientos propios de las ciencias blandas o duras —no quiero decir que prescindan de ellas, lo cual creer esto, me convertiría en un total ingenuo—, sino se tendrá en primer lugar, en el caso concreto, lograr la mejor respuesta al mismo desde una faz político-criminal o teleológica respecto a la función que tiene que tener el derecho penal en ese caso concreto.

Por otro lado, encontramos al funcionalismo sistémico sociológico o normativista de Jakobs, el cual, pienso que es la corriente que —directa o indirectamente, no lo sé— más logra abonar —en términos generales— y le da mayor apoyatura a lo que vengo planteando, respecto a que el derecho probatorio, en cierta medida les traza los andariveles por los cuales se debe manejar la dogmática penal.

Considero lo expuesto de esta manera, ya que, al tratar de normativizar lo más posible el sistema, en cierta medida las exigencias probatorias solo emergen de la ley, y no es necesario recurrir a otros supuestos. Este punto de vista lo intentare dejar materializado en el siguiente acápite, cuando abordo algunas cuestiones del dolo. Juzgo que este elemento es el que mayor revela lo que vengo planteando a lo largo de este escrito.

a. 1) ¿Qué debe probarse respecto del aspecto subjetivo del delito doloso? Mirada crítica evolutiva

Como punto de partida, considero de suma pertinencia aclarar que, comencare este camino evolutivo del dolo, su concepción y como ha ido simplificándose en relación a los estándares probatorios de constatación del mismo, desde las reflexiones causalistas hasta las actuales enseñanzas funcionalistas.

Si nos remontamos hasta los enfoques causalistas, podemos vislumbrar que el dolo tenía una connotación mala —*dolus malus*—, lo cual se puede decir que fue reemplazado en cierta medida —por supuesto, no en su totalidad— de las enseñanzas antiguas. Esto se veía reflejado en las exposiciones de Ulpiano en el Libro IV, Título II, Ley 1° donde indicaba que “*Dolus malus est machetatio quaedam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur et aliud agitur*” —“Dolo malo es cierta maquinación para engañar

---

<sup>43</sup> Este catálogo de funcionalismo lo recibí de las enseñanzas de Sueiro (*Los paradigmas del derecho penal*, p. 248 y siguientes).

a uno simulando alguna cosa y haciendo otra”<sup>44</sup>–. Por lo cual, le asigna un carácter maligno al mismo, que esto es lo que lo toma el causalismo, no el contenido del mismo, ya que este, se asemeja más al dolo en el ámbito civil como vicio del acto voluntario que el mismo implica, un ardid subrepticio para lograr en el sujeto pasivo que tenga por cierto algo que no es, o alguna falacia como cierta. Además implica un menoscabo respecto del sujeto a perjudicar y el mismo debe ser empleado en la celebración del acto<sup>45</sup>.

Recapitulando, el dolo en el causalismo, en términos prácticos, implicaba tener conocimiento y voluntad de realizar el ilícito penal –acción, típica y antijurídica–, por lo que, para esta corriente de pensamiento, el hecho doloso, implicaba tener un conocimiento y una voluntad de ir en contra del ordenamiento jurídico, porque el agente sabía y quería cometer aquella conducta que, además de típica era antijurídica. Ahora bien, para aquellos casos donde medie un error en el conocimiento, surgieron las conocidas tesis estricta y restringida o limitada del dolo. Básicamente, la primera –la teoría estricta del dolo– consistía en que, el autor debe tener un conocimiento efectivo y actual<sup>46</sup>, y que a su vez, el contenido de este conocimiento radica en los elementos fácticos o externos –elementos del tipo– y en los jurídicos –conciencia de la antijuridicidad–<sup>47</sup>. Esta teoría trajo problemas de impunidad y de dificultad probatoria en casos de error de prohibición evitables<sup>48</sup>. Es por ello que, surge como un intento de remendar esta situación la teoría restringida del dolo. Lo medular de esta teoría es que, la conciencia requerida para que delito se torne doloso y no caiga sobre las reglas del error, es precisamente que la misma sea potencial y no efectiva<sup>49</sup>.

Como se puede ver, hasta este momento, las exigencias probatorias requeridas para determinar el dolo eran un tanto ambiciosas, ya que debía probarse el conocimiento y voluntad de realizar el ilícito penal, y las reglas del error eran un tanto laxas, ya que si no se tenía un conocimiento efectivo –tesis estricta– o potencial –tesis restrictiva– por parte del autor, se incurría en el misma, generando absolucón o disminucón de la sanción penal a imponerse.

Dejando a un lado estas apreciaciones causalistas y también neocausalistas respecto al dolo y cuál es el estándar probatorio requerido para las mismas, me abocaré a analizar como es este tema en el finalismo. Es por ello que, como ya lo he precisado antes, el dolo y la culpa se transfieren del ámbito de la culpabilidad, al estamento de la tipicidad. Consecuencia de ello, el dolo puede ser conceptualizado como

<sup>44</sup> Terragni, *Tratado de derecho penal*, p. 147.

<sup>45</sup> Rivera, Julio C. - Crovi, Luis D., *Derecho civil. Parte general*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2016, p. 788, 789 y 791.

<sup>46</sup> Maurach, Reinhart, “Derecho penal. Parte general”, citado por Sueiro, *Los paradigmas del derecho penal*, p. 226,

<sup>47</sup> Balcarce, Fabián I., *Introducción a la parte especial del derecho penal. Su vinculación con la parte general*, Bs. As., B. de F., 2009, p. 88.

<sup>48</sup> Balcarce, *Introducción a la parte especial del derecho penal. Su vinculación con la parte general*, p. 88.

<sup>49</sup> Balcarce, *Introducción a la parte especial del derecho penal. Su vinculación con la parte general*, p. 89.

conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo<sup>50</sup>. Esta definición, conlleva a entender que, para que una conducta sea reputada dolosa, solo basta acreditar que, el agente del delito, conocía y quería realizar las exigencias típicas enunciadas en la faz objetiva –no debe olvidarse que el tipo tiene una estructura compleja en el finalismo–. Es por ello que, la exigencia probatoria requerida por el causalismo de tener conciencia e intención de cometer un ilícito penal, solo se reducen a los elementos objetivos del tipo, y además, como derivación directa de lo vertido *ut supra*, se puede apreciar cómo se abandona la “*demonización*” que sufría el dolo en el causalismo al considerarlo como algo malo, a ser un concepto avalorado o neutro en el finalismo.

En último lugar, solo me resta introyectarme en como conciben las corrientes funcionalistas al dolo –en términos muy generales y tomando a algunos autores–, la cual, la podemos separar en dos grandes grupos. Por un lado, están aquellos que sostienen que el dolo es solo conocimiento –carece de relevancia el estudio de la voluntad ergo se pierde esta estructura binaria propia del finalismo, consistente en conocimiento y voluntad– entre ellos, Luis Greco<sup>51</sup>. Lo cual, convierte al dolo en conocimiento –efectivo– de la creación de un riesgo desaprobado. Es por ello que, como se puede ver a simple vista, las exigencias probatorias son mucho menores que las anteriores corrientes de pensamiento.

Otros funcionalistas, un tanto más normativistas, comparten esta teoría –entre ellos Jakobs<sup>52</sup>–, pero en casos donde la persona se coloca en un desconocimiento *ex profeso*, ya sea porque no quiere conocer o porque no le interesa conocer –supuestos de ceguera ante los hechos–, el dolo en estos supuestos sería la posibilidad de conocer la creación de un riesgo desaprobado en el caso concreto, por lo cual, se tiende en cierta forma a objetivar o a normativizar dicho instituto subjetivo del tipo. En lacónicas palabras Jakobs arguye este raciocinio, indicando que “acerca del conocimiento del tipo se reconoce en la doctrina reciente que para el dolo no basta el conocimiento meramente potencial; ello es, tras lo acabado de indicar en la ceguera ante los hechos (¡siempre conocimiento potencial!) dudoso materialmente, pero es lo único admisible desde el punto de vista del derecho positivo”<sup>53</sup>.

Es por ello que, desde una óptica procesal penal o probatoria, solo resta acreditar, la posibilidad que la persona tuvo de conocer en ese caso concreto y no si realmente conocía cabalmente la creación de ese riesgo desaprobado, por lo que, el estándar probatorio es sumamente reducido a comparación de las exigencias iniciales del causalismo.

a.2) ¿Cómo se determina la autoría en el ámbito de las probanzas? A propósito de las exigencias dogmáticas de la teoría del dominio del hecho y de infracción de deber

---

<sup>50</sup> Gentile Bersano (dir.), *Derecho penal. Parte general*, p. 174.

<sup>51</sup> Greco, Luis, *Dolo sin voluntad*, “Revista Nuevo Foro Penal”, vol. 13, n° 88, ene.-jun., 2017, p. 10 a 38, Universidad EAFIT, Medellín, tr. del portugués por Elisa Alemán. Cfr. In extenso dicho texto.

<sup>52</sup> Gentile Bersano (dir.), *Derecho penal. Parte general*, p. 176.

<sup>53</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. alemana, 1991, Bonn, tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 317.

Como punto de partida, solo me limitaré a exponer sobre las dos grandes teorías dominantes de cómo se determina o vincula a una persona como autor en un determinado acontecimiento delictivo. Estas dos teorías son la del dominio del hecho y la de infracción de deber –como se puede ver no me entrometeré en aquellas que se enrolan dentro de las teorías como por ejemplo la *formal-objetiva* dominante a fines del siglo XIX y principios del siglo XX en Alemania; la subjetiva donde lo relevante era determinar el *animus auctoris* para ser autor y el *animus socii* para asignarle la calidad de partícipe; también puedo mencionar la *teoría de la consideración total*, defendida por Schmidhäuser, la cual no tuvo gran relevancia, entre otras<sup>54</sup>–.

Ahora bien, avizorando en términos general la teoría del dominio del hecho, el cual, el principal personaje que la ha propugnado, estudiado, construido y renovado es sin dudas Claus Roxin. Debemos comprender desde un principio que –solo me limitaré a expresar sus aspectos más relevantes, ya que excedería en demasía el objeto de este trabajo desarrollar de forma pormenorizada esta gran teoría– será autor aquel que tenga las riendas de la causación del hecho –domina la causalidad para que su conducta inicial desemboque en la producción de un resultado lesivo o una puesta en peligro de uno o varios bienes jurídicos determinados–.

Por otro lado, Günther Jakobs sostiene que –de forma sumamente resumida– “El dominio del hecho caracteriza a la autoría porque, con su comportamiento de dominio de hecho, un partícipe configura su ámbito de organización a costa del perjudicado del delito: Fundamento de responsabilidad es la responsabilidad de que la propia organización no sea dañosa. Por eso el dominio del hecho como característica de la autoría ha de limitarse a delitos en los que la relación con el afectado se agota en que ésta no sea dañosa. Solo aquí –es decir, en la mayoría de los delitos– la responsabilidad es consecuencia de un acto de organización. Ejemplos lo constituyen los delitos de resultado comisibles por cualquiera, cuando los comete cualquiera”<sup>55</sup>.

Por su parte, para determinar quién es autor y quien es partícipe, es necesario analizar de la manera más elocuente posible. Para ello –como lo señala Vigo– “resulta decisivo en la mayoría de los delitos el dominio del acontecer que conduce a la realización del delito (dominio del hecho); por lo que quienes ejercen influencia en el acontecer pero no configuran en modo determinante su ejecución, resultan partícipes. Domina el hecho quien en su condición de personaje central, influye de manera determinante en el acontecimiento”<sup>56</sup>.

Dentro de esta teoría podemos encontrar tres tipos de autores, los inmediatos –dominio de acción– o directos, los cuales son aquellos que dominan por y para sí el curso causal lesivo u ofensivo, por lo que tiene un dominio total del hecho, por otro lado tenemos la autoría mediata la cual consiste en lograr el dominio de la voluntad del ejecutor –es decir, es el autor de atrás–, lo que puede ser logrado por coacción, error o –novedosamente introducido por Roxin en el año 1963– en virtud de aparatos organizados de poder. Por último, tenemos la coautoría, que es básicamente el

---

<sup>54</sup> Para un abordaje más acabado de cada teoría, Cfr. Vigo, Diego, “La tipicidad y su extensión a la participación delictiva” (Capítulo sexto) en Gentile Bersano (dir.), *Derecho penal. Parte general*, p. 274 y siguientes.

<sup>55</sup> Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 791.

<sup>56</sup> Vigo, *La tipicidad y su extensión a la participación delictiva*, p. 276.

codominio funcional del hecho. Para ello es necesario que se satisfagan dos requisitos objetivos y uno subjetivo por parte de los intervinientes. Los presupuestos objetivos radican en que, efectúen un aporte y que este aporte sea esencial y se materialice en faz ejecutiva. Por otro lado, el requisito subjetivo necesario es que, todos los intervinientes se encuentren conectados a un plan común<sup>57</sup>.

Dejando de lado la determinación de la autoría por dominio del hecho, me abocaré a describir, como funciona la determinación dogmática penal de quien es autor en el plano de la teoría de infracción de deber. Básicamente, esta teoría consiste en –como lo designa su nombre– el incumplimiento de un deber especialísimo que recaía en cabeza de una persona, que, en el caso que, producto de esa decidía fáctica se genere un resultado lesivo, la persona mencionada, será autora del delito, por infringir un deber que el ordenamiento jurídico –no solo el penal, ya que los deberes por lo general los encontramos en las orbitas extrapenales– le ha asignado o puesto en cabeza de esa persona puntual. Jakobs sintetiza esta cuestión enunciando que “también hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no solo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber)”<sup>58</sup>. En prietas palabras, se puede resumir todo lo expuesto –vinculado a como se determina la autoría en los delitos de infracción de deber–, trayendo a colación las palabras del colombiano William Torres Tópaga, cuando manifiesta que “autor era la persona que había infringido ese deber especial, sin importar en qué lugar o periferia se encontraba, ya que lo determinante no era el dominio sobre el hecho, sino la infracción de ese deber personalismo”<sup>59</sup>.

Por último, es dable aclarar que el mismo Roxin –al estudiar minuciosamente la parte especial del *Strafgesetzbuch* (StGB)<sup>60</sup>– separaba a los delitos según la forma en que debía determinarse su autoría, por eso recurrió a la mayoría a determinarlos siguiendo los parámetros de la teoría del dominio del hecho, algunos otros debían ser determinados por la teoría de infracción de deber y otros atendiendo a su esencia de delitos de propia mano<sup>61</sup>. Jakobs en momentos más antiguos –por ejemplo, en su obra de derecho penal, parte general del año 1991– no objetaba esta forma general de determinar la autoría, es decir, siguiendo la teoría del dominio del hecho –o si lo hacía, lo expresaba con una sutileza casi imperceptible–. Pero, en años más cercanos a la actualidad, comienza a exponer que se está produciendo un ocaso en la teoría del dominio del hecho, dando lugar a que la forma de determinar la autoría de los delitos, debe encarrilarse por las directrices propuestas por la teoría de infracción de deber –tal es así que rotuló específicamente un artículo académico con este nombre–. Es por ello que Jakobs, parte de una pregunta para poner en jaque esta forma de determinación de la autoría –por dominio del hecho–, la cual consiste en “¿cómo sería si el parentesco entre delito de deber y delito de dominio fuera más estrecho, si detrás del

---

<sup>57</sup> Torres Tópaga, William, *Autoría en los delitos de infracción de deber*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, Universidad Externado de Colombia, vol. 27, n° 77, 2005, p. 79 a 102.

<sup>58</sup> Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 791.

<sup>59</sup> Torres Tópaga, *Autoría en los delitos de infracción de deber*.

<sup>60</sup> Código Penal alemán.

<sup>61</sup> Vigo, *La tipicidad y su extensión a la participación delictiva*, p. 275.

criterio del dominio del hecho se ocultara algo normativo comparable a la infracción de deber?

Transformaré la pregunta en tesis –la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva– e intentaré explicar esta tesis y hacerla plausible<sup>62</sup>. En líneas generales concluye Jakobs que, la cuantificación del dominio del hecho, es decir, que cantidad o poder de dominio se tiene, en realidad, debe ser entendida como jerarquía del deber infringido, por lo que, de forma un tanto implícita, da a entender que, en realidad, deben primar el enfoque de los postulados de la teoría de infracción.

Antes de culminar este punto, quisiera dejar sentado, como ésta transformación, y legitimación de la utilización –en algunas cosas por Roxin, como por ejemplo lo supuestos de omisión impropia o de propia mano como subcategoría de los delitos de infracción de deber, como pueden ser aquellos cometidos exclusivamente por funcionarios públicos– de la teoría de infracción de deber, genera en el ámbito probatorio, un relajamiento de las exigencias que se requiere en las acreditaciones a la hora de establecer quien es autor. Como bien lo señaló Torres Tópaga –el cual he *citado ut supra* literalmente–, y parafraseando sus dichos, puedo decir que, en los delitos de infracción de deber, solo debo localizar un deber infringido y acreditar su inejecución o incumplimiento, en cambio, si se sigue la teoría del dominio del hecho, es necesario determinar la intervención fáctica que el sujeto activo ha tenido en la causación del hecho, y todas aquellas circunstancias espaciales y temporales, lo cual implica una labor más acabada de quien intenta acreditarla dentro de un proceso penal. Por lo que, aquí también se puede ver otro ejemplo de cómo la dogmática va modificando la hermenéutica analítica en favor de la simplicidad probatoria de las cuestiones teóricas.

a.3) De vuelta al tipo subjetivo ¿las actuales –o no tan actuales– teorías determinantes del dolo eventual, facilitan la labor de quien pretende probar su existencia?

Se han elaborados varias teorías que están enfocadas teleológicamente a lograr una diferenciación entre el dolo eventual y la culpa o imprudencia con representación –la gran mayoría son de cuño alemán–, lo cual, su determinación en el caso concreto tiene suma incidencia práctica, ya que en nuestro sistema de derecho de corte continental europeo, hay solo dos formas de imputar subjetivamente al autor la comisión de un delito, es decir, solo se puede cargar a la cuenta del autor desde un análisis casuístico subjetivo a título de dolo o imprudencia, a *contrario sensu* esta erigido el sistema penal de tinte anglosajón donde hay otras formas de imputar subjetivamente –v.gr., la *recklessness* o temeridad, como estamento intermedio entre la intencionalidad y la negligencia<sup>63</sup>–. En pocas palabras, la importancia pragmática que genera esta determinación, relativa a si el agente actuó de forma dolosa –condicionada en palabras de los alemanes o *eventual*<sup>64</sup> en términos más propios de nuestra estructura idiomática vernácula– o culposa, radica en que el poder punitivo

---

<sup>62</sup> Jakobs, Günther, *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, tr. Manuel Cancio Meliá, p. 4, disponible en [https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6904/mod\\_resource/content/1/7-JAKOBS-El\\_ocaso\\_del\\_dominio\\_del\\_hecho.pdf](https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6904/mod_resource/content/1/7-JAKOBS-El_ocaso_del_dominio_del_hecho.pdf).

<sup>63</sup> Terragni, *Tratado de derecho penal*, p. 190.

<sup>64</sup> Sobre esta eventualidad ya aclararé sobre que decide.

desplegado por el Estado mediante los fueros penales es de mayor entidad si a la conducta realizada se la cataloga como dolosa –sin importar que sea eventual–.

Antes de entrometerme en las teorías diferenciadoras de estas dos formas de imputación subjetiva, pienso que es necesario traerle a colación al lector, las enseñanzas de Terragni, cuando expone el verdadero alcance lingüístico que tiene el adjetivo *eventual* dentro del dolo. Este reconocido jurista entre nosotros, parte de la idea de que, lo que es eventual no es dolo sino el resultado en sí, que produce la conducta *prima facie* dolosa<sup>65</sup>. Esta equivocación ocurre por la denominación que se le dio en el idioma alemán, por lo que *Vorsatz* significa dolo y *bedingt* alude al adjetivo condicionado. Es por ello que se tomó la palabra eventual como sinónimo<sup>66</sup>.

Sorteando estas cuestiones un tanto gramaticales, me gustaría entrometerme específicamente en las teorías diferenciadores. Para ello me valdré de Hilgendorf y Valerius que sin mayores rodeos, indican liminarmente que son adeptos a la teoría dominante denominada “teoría del consentimiento o de la aprobación”<sup>67</sup>. Dicha elaboración científica consiste en que “el autor considera posible y no completamente remoto realizar el tipo legal mediante su conducta y asume esto aprobándolo o bien se conforma al menos con ello”<sup>68</sup>.

Por su parte, hay otras teorías como ya mencione, las cuales puedo indicar por ejemplo: 1) teoría de la posibilidad; 2) teoría de la probabilidad –estas dos teorías tienen objeciones relativas a que desprecian el componente volitivo del dolo<sup>69</sup>, por lo que se pueden enrolar dentro de las mismas, aquellos que consideran al dolo desde una mirada unitaria a contraposición de aquellas que lo estructuran binariamente al dolo, como sucede en el finalismo que el mismo se compone por el conocimiento y la voluntad–; 3) teoría de la indiferencia y la que ya traje a colación, pero la vuelvo a incorporar que es 4) teoría del consentimiento o de la aprobación, porque tanto esta como la que designe con el n° 3, se caracterizan por darle protagonismo al aspecto o elemento volitivo del dolo. Para otorgarle mayor precisión al lector, volcare muy resumidamente en que cosiste cada teoría. La teoría que situé en primer lugar consiste en que “el autor reconoce la posibilidad<sup>70</sup> concreta de una realización del tipo y actúa a pesar de ello”<sup>71</sup>. La teoría de la probabilidad<sup>72</sup> por su parte, radica en “la representación de un alto grado de probabilidad, ya que, si la representación fuese de una

<sup>65</sup> Terragni, *Tratado de derecho penal*, p. 154.

<sup>66</sup> Terragni, *Tratado de derecho penal*, p. 157.

<sup>67</sup> Hilgendorf - Valerius, *Derecho penal. Parte general*, p. 77.

<sup>68</sup> Hilgendorf - Valerius, *Derecho penal. Parte general*. Estos juristas a su vez remiten este razonamiento a lo expuesto por el Bundesgerichtshof –Tribunal Supremo Federal de Alemania– en cfr. BGHSt, t. 36, p. 1 (9).

<sup>69</sup> Hilgendorf - Valerius, *Derecho penal. Parte general*, p. 78.

<sup>70</sup> Por posibilidad –siguiendo a la Real Academia Española– debe entenderse a aquella aptitud, potencia u ocasión para que exista algo.

<sup>71</sup> Hilgendorf - Valerius, *Derecho penal. Parte general*, p. 78.

<sup>72</sup> Por probabilidad, la Real Academia Española entiende que consiste en como la verosimilitud o en una fundada apariencia de verdad –en este caso la verosimilitud o la apariencia de verdad, radican en la producción del resultado pernicioso–.

posibilidad pequeña y lejana, el hecho debería imputarse a título de culpa<sup>73</sup>. Dentro de aquellos juristas que son adeptos a esta estructura diferencial teórica, Viñas menciona como tributarios de la misma a Büniger, Kohler, Löffler, Miricka y Sauer<sup>74</sup>.

Antes de inmiscuirme en la teoría restante –porque ya expuse siguiendo las palabras de Hilgendorf y Valerius la teoría del consentimiento–, quiero destacar que, estas dos teorías, al negar en cierta medida la faz volitiva y solo se reduce al conocimiento representativo que tengan del riesgo lesivo que pueden generar, conlleva a reducir en cierta medida, la exigencia probatoria para que la conducta sea sindicada como dolosa y no como culposa.

Recapitulando, la teoría de la indiferencia, propugnada inicialmente por Engisch<sup>75</sup>, consiste o se puede materializar cuando el autor reconoce como posible la realización del tipo, pero le es indiferente, no le interesa evitarlo, lo deja librado a la suerte o abandonado al curso de las cosas –en palabras de Jescheck<sup>76</sup>– o en terminología de Frank, deja que “pase lo que pase”<sup>77</sup>.

Más allá de los criterios conceptuales hasta aquí expuestos sucintamente, considero que se puede avizorar, a grandes rasgos, como las teorías que niegan la faz volitiva del dolo, permiten al derecho probatorio una mayor facilidad a la hora de acreditar que la conducta es dolosa y no imprudente. Esto se produce como consecuencia de que en cierta medida, con estas teorías –de la posibilidad o de la probabilidad– se intenta objetivar la problemática –no del todo porque se apunta a representación, por lo que, queda latente el aspecto cognitivo del dolo incólume–, y hasta se podría llegar a forzar la hermenéutica y concebir desde una perspectiva que implique una representación del riesgo creado no efectiva analizado desde la faz prístinamente subjetiva, sino, avizorando los elementos con los que conto en el caso concreto –es decir externos al sujetos– para así, analizar el juzgador si tuvo la posibilidad o la probabilidad de representarse dicho riesgo, y posteriormente, imputar la conducta a título de dolo.

Por todo ello, puedo decir que estas construcciones dogmáticas tributan a realizar una actividad más relajada por parte del derecho probatorio.

a.4) Agente encubierto ¿Un vapuleador de principios y garantías constitucionales y penales, en beneficio de la sencillez probatoria de delitos?

El epígrafe de este acápite considero que es muy sugerente el interrogante planteado, el cual está íntimamente vinculado con el meollo central del presente ensayo –por lo menos con la segunda parte, que está enfocado siguiendo el anhelo de poder desterrar el mito de que el derecho procesal penal está relegado siempre al derecho penal–. Para intentar desentrañar este interrogante, me valdré del derecho positivo argentino, que regula esta institución jurídica de forma genérica –ley nacional 27.319–, también de las enseñanzas de la profesora alemana Imme Roxin y de los

<sup>73</sup> Viñas, Raúl H., *Derecho penal. Parte general*, Rosario, Nova Tesis, 2007, t. II, p. 147.

<sup>74</sup> Viñas, *Derecho penal. Parte general*, t. II, p. 147.

<sup>75</sup> Terragni, *Tratado de derecho penal*, p. 189.

<sup>76</sup> Citado por Viñas, *Derecho penal. Parte general*, p. 146.

<sup>77</sup> También citado por Viñas.

juristas coterráneos a la mencionada, Claus Roxin y Bernd Schünemann –sin perjuicio de que recurriré a otros autores en menor medida–.

Como pilar fundamental, el agente encubierto o en Alemania también tienen menuda importancia el instituto de la denominada persona de confianza –*Vertrauenspersonen* o *V-Leute*–, lo cual no son los mismos que llevan adelante la actividad prima facie investigativa. El agente encubierto –en palabras de la profesora Imme Roxin y confiando en la traducción del reconocido profesor John Zuluaga de la Universidad de Sergio Arboleda de Colombia– “corresponden a miembros del servicio policial, que bajo una identidad alterada (*legende*, entiéndase leyenda) se infiltran por un periodo limitado de tiempo en una escena criminal”<sup>78</sup>. Por su parte, la persona de confianza o *Vertrauenspersonen*, son “sujetos privados, es decir, no se trata de agentes de policía, y también son utilizados por las autoridades judiciales para sondear e investigar el entorno criminal. A menudo, se trata de los mismos delincuentes que en razón de su actividad de espionaje esperan un beneficio por los crímenes que ellos mismos han cometido”<sup>79</sup>. En el mismo orden de ideas se conducen Claus Roxin y Bernd Schünemann, al exponer que “el agente encubierto es un funcionario policial, que investiga bajo un nombre de cobertura, es decir, no bajo su propia identidad, sino bajo identidad conferida que tiene una cierta duración”<sup>80</sup>.

Ahora bien, adentrándome en las interpretaciones auténticas regnicolas que ha hecho el legislador argentino, es dable dejar impresas las formulaciones arrojadas por la ley nacional 27.319, precisamente en su art. 3, cuándo indica que el agente encubierto “Sera considerado... todo aquel funcionario de las fuerzas de seguridad autorizado, altamente calificado, que presta su consentimiento y ocultando su identidad, se infiltra o introduce en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de pruebas necesarios para la investigación con autorización judicial”<sup>81</sup>. En el ámbito nacional, no tenemos presente la persona de confianza o *Vertrauenspersonen* como si sucede en Alemania<sup>82</sup>, pero siguiendo el texto legal de la ley citada, podemos toparnos con el agente revelador, el cual según el art. 5, “Sera considerado... todo aquel agente de las fuerzas de seguridad o policiales designado a fin de simular intereses y/o ejecutar el transporte, compra o consumo, para sí o para terceros de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas implicadas

---

<sup>78</sup> Roxin, Imme, *La provocación del delito contraria al Estado de derecho y sus consecuencias jurídicas*, tr. Zuluaga, John, “Cuadernos de Derecho Penal”, ene.-jun., 2020, Bogotá, Tirant lo Blanch, p. 17 a 34.

<sup>79</sup> Roxin, *La provocación del delito contraria al Estado de derecho y sus consecuencias jurídicas*, p. 17 a 34.

<sup>80</sup> Roxin - Schünemann, *Derecho procesal penal*, p. 457.

<sup>81</sup> Art. 3 de la ley 27.319.

<sup>82</sup> Empero de no tener esta investidura jurídica, lo que si ostentamos en Argentina es el informante, que lo que comparte con la persona de confianza del sistema alemán es, que no pertenece al Estado, es decir, es un simple particular. Cfr. Arts. 13 y 14 de la ley 27.319.

en un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos.

En tal sentido, el accionar del agente revelador no es de ejecución continuada ni perpetua en el tiempo, por lo tanto, no está destinado a infiltrarse dentro de las organizaciones criminales como parte de ellas<sup>83</sup>.

Antes de abordar el punto neurálgico, quiero aclarar que, el agente encubierto, revelador –por algunos llamados agente provocador<sup>84</sup>– o persona de confianza, pueden ser tratados, desde un ángulo prístinamente dogmático, dentro de la faz de la autoría y participación, puntual o circunscriptamente a nivel de la instigación. En palabras resumidas Diego Vigo señala que “Se considera una inducción no punible la conducta de quien instiga con el objeto de que el autor principal despliegue la conducta delictiva hasta la tentativa. En caso de que el instigador contemple la posibilidad de que el provocado alcance la consumación o agotamiento con su conducta, debe admitirse la inducción punible, como lo tiene establecido la mayoría de la doctrina<sup>85</sup>”.

Dejando de lado ciertas conceptualizaciones –por rotularlos de alguna manera– y la ubicación dogmática que pueda tener el mencionado agente, es dable que me entrometa en el aspecto más álgido de este punto, el cual consiste en desentrañar como estas instituciones jurídicas –agente provocador, revelador, persona de confianza, etc.–, pueden llegar a embestir con ciertas máximas constitucionales o con artilugios relacionados a los principios rectores del sistema. Imme Roxin destaca que, hay que distinguir aquellos casos de provocación a un sospechoso o de provocación a un no sospechoso<sup>86</sup>. En los casos de provocación a un sospechoso, la función de estos agentes será válida siempre y cuando se encarrile dentro de los parámetros de una investigación pasiva, caso contrario, sería inadmisibles los elementos probatorios aportados. En el caso de que sea un no sospechoso el provocado, desde una faz “ideal” –es decir, desde el punto de vista de lo que “corresponde” o desde “el deber ser”– no se puede utilizar la información obtenida, ni continuar con la tramitación de la causa porque violenta el debido proceso.

Ahora bien, si partimos de una mirada general respecto a la materia, en relación a lo brindado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en la sentencia del caso “Furcht vs Alemania” de fecha 23/10/14, se deja entrever una mirada un tanto restrictiva del uso de este instituto –lo cual considero correcto–. Esto se puede vislumbrar centrando atención en la frase “El Estado debe impedir e investigar delitos, pero no provocarlos<sup>87</sup>”. De esta frase –más allá que pueda o no atender al texto integral del contenido de fallo, considero que detenta gran elocuencia, al entender que, construir artilugios para facilitar no tanto la investigación sino la actividad probatoria, podría en

<sup>83</sup> Art. 5 de la ley 27.319.

<sup>84</sup> Terragni, *Tratado de derecho penal*, p. 637.

<sup>85</sup> Vigo, *La tipicidad y su extensión a la participación delictiva*, p. 289.

<sup>86</sup> Roxin, *La provocación del delito contraria al Estado de derecho y sus consecuencias jurídicas*.

<sup>87</sup> Roxin, *La provocación del delito contraria al Estado de derecho y sus consecuencias jurídicas*.

cierta medida, fomentar –por más que se frene la actividad ilícita, quedando solo en grado de tentativa– conductas disvaliosas amparadas por el manto estatal.

Estas prácticas, donde se prioriza el caudal probatorio por sobre las garantías o derechos de un imputado, en algunos casos, puede ser dejado de lado ciertas garantías como la del debido proceso, lo cual, se puede ver afectado cuando, no se delimita el grado de la existencia o inexistencia de sospecha y se actúa igual. Es por ello que, las fronteras de la utilización de esta invención jurídica al encontrarse específicamente delimitada y protegiendo ciertas garantías, por ejemplo, en cierta medida no declarar contra sí mismo o el mismo debido proceso, debe tenerse presente y estudiarse en el caso concreto su respeto, por más que se intente luchar contra la criminalidad organizada o el narcotráfico –que es donde principalmente se utiliza–. Tal es así que, Claus Roxin y Bernd Schünemann concluyen que respecto de esta construcción jurídica “se debe decir que una fuente de conocimiento jurídicamente dudosa es traída a borbotones en una estructura jurídica de asunción de la prueba de una forma indeterminada”<sup>88</sup>.

En resumidas cuentas, esta creación jurídica, en cierta medida tributa a una de las tesis principales de este trabajo –precisamente la que intenta desterrar el mito de la sujeción del derecho procesal al derecho penal–, ya que surge como una herramienta que simplifica en cierto tipo de delincuencia, la actividad probatoria.

a.5) Delitos de peligro abstracto. Verdaderos artilugios generadores de como-didad probatoria

Como bien se sabe, la doctrina en términos generalísimos, clasifica a los delitos –según la modalidad aflictiva– como delitos de lesión o resultado material, de mera actividad y de peligro –concreto o abstracto–<sup>89</sup>.

A grandes rasgos puedo decir que, los delitos de lesión consisten –en palabras de Gentile Bersano– “una efectiva causación de lesión de un objeto material de modo que es verificable la modificación producida por la acción en el mundo exterior denominado resultado. Estos resultados forman parte del tipo objetivo, por lo que debe ser acreditado en el proceso”<sup>90</sup>. En relación a los delitos de mera actividad, el autor traído a colación, insiste que “Son aquellos que se agotan con la realización de la acción corporal. Es decir que la manifestación de conducta dura mientras el agente actúa por lo que no se requiere la comprobación de un resultado esto es la afección de algún objeto”<sup>91</sup>. Por último, nos topamos con los delitos de peligro, los cuales en líneas generales son clasificados como *delitos de peligro concreto* o *delitos de peligro abstracto*. Antes de inmiscuirme en esta gran clasificación –adelanto que abordare otras creaciones clasificativas y no me quedare solo con esta clásica–, debo pronunciarme respecto en qué consisten los delitos de peligro *lato sensu*, y como ya lo expuse en otro trabajo en calidad de comentarista de los arts. 211 y 212 del Código Penal argentino, esto delitos consisten en que, la conducta desplegada, en términos generales coloque en riesgo –después indicare que tipo de riesgo, lo cual es lo que permite

---

<sup>88</sup> Roxin - Schünemann, *Derecho procesal penal*, p. 462.

<sup>89</sup> Gentile Bersano (dir.), *Derecho penal. Parte general*, p. 151.

<sup>90</sup> Gentile Bersano (dir.), *Derecho penal. Parte general*, p. 151.

<sup>91</sup> Gentile Bersano (dir.), *Derecho penal. Parte general*, p. 151.

individualizar entre que tipo de peligro o peligrosidad se encuentran expuestos los bienes jurídicos susceptibles de tutela— al objeto sobre el cual recae la actitud tuitiva del Estado —en la órbita jurídico-penal puntualmente—, pero dicha conducta o acción humana, no debe generar un menoscabo efectivo o un resultado material, porque en ese supuesto, indubitablemente estaríamos ante la presencia de un delito de lesión<sup>92</sup>.

Ahora bien, como ya lo señalé con anterioridad, estos delitos de peligro pueden ser que generen un peligro concreto o abstracto. Los delitos de peligro concreto —o en sus términos propios “*delitos de concreta puesta en peligro*”— son aquellos que se centran en la indomabilidad del curso de la puesta en peligro<sup>93</sup>, es decir, donde la concreción del resultado no depende de su evitabilidad, y que dicha posible NO concreción —o como ya dije, evitabilidad— no pueda ser manejada de manera calculada<sup>94</sup>. En términos más coloquiales puedo decir que estamos ante un delito de peligro concreto cuando, el aludido sea efectivo, cierto o real<sup>95</sup>.

Me entrometeré de forma particular y separada en los delitos de peligro abstracto, los cuales, analizados de forma macroscópica, pueden ser considerados como delitos de abstracta puesta en peligro, los cuales invariablemente persiguen una conducta típicamente peligrosa por sí misma, sin que se necesite la producción de un resultado de peligro en el caso concreto<sup>96</sup>, por su parte, autores clásicos de alto calibre en el ámbito doctrinario argentino, como por ejemplo Núñez, señala que estos tipos de delitos, contienen internamente un peligro presumido legalmente, por considerarlo inherente al comportamiento<sup>97</sup>. De lo vertido hasta esta instancia del ensayo, se puede entrever que lo relevante en los delitos de peligro abstracto, es el énfasis que se le coloca al disvalor arrojado por la conducta, no así respecto del disvalor de resultado.

Para aportarle mayor elocuencia al lector, dejare impreso en las próximas y breves líneas siguientes, las distintas clasificaciones o agrupaciones que se han elaborado respecto a estos delitos en general —delitos de peligro— y en particular —delitos de peligro abstracto—.

Gentile Bersano en otra obra titulada *Tutela penal ambiental. Lineamientos dogmáticos y técnico-legislativos aplicados al régimen contravencional santafesino*, cita con gran lucidez las enseñanzas de Hans Joachim Hirsch, el cual reordena estos delitos de la siguiente manera: “Delitos de puesta en peligro (equiparable a los tradicionalmente concebidos como delitos de peligro concreto) y delitos de peligrosidad (acuñados históricamente como delitos de peligro abstracto), admitiendo esta última especie una subclasificación: delitos de peligrosidad concreta (o delitos de idoneidad)

---

<sup>92</sup> Márquez, Agustín T., “Intimidación pública e incitación a la violencia colectiva”, comentario a los artículos 211 y 212 del Código Penal argentino en el “Código Penal argentino comentado de acceso libre”, “Revista Pensamiento Penal”, [www.pensamientopenal.com.ar/comentadas/48697-art-211-212-intimidacion-publica-e-incitacion-violencia-colectiva](http://www.pensamientopenal.com.ar/comentadas/48697-art-211-212-intimidacion-publica-e-incitacion-violencia-colectiva).

<sup>93</sup> Roxin, Claus, *La imputación objetiva en el derecho penal*, tr. Manuel Abanto Vásquez, Lima, Grijley, 2014, p. 165.

<sup>94</sup> Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, p. 165.

<sup>95</sup> Márquez, *Intimidación pública e incitación a la violencia colectiva*.

<sup>96</sup> Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, p. 165.

<sup>97</sup> Núñez, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte general*, Córdoba, Lerner, 1975, p. 170.

y abstracta (mera desobediencia de la norma)<sup>98</sup>. Para dilucidar con mayor precisión lo antedicho, Hirsch recurre a la siguiente explicación: “la diferencia principal no es la diferenciación entre puesta en peligro concreta y abstracta, algo traslativo, sino entre puesta de peligro de un determinado bien y (mera) peligrosidad de una acción (la cual también puede consistir en la creación de una situación de riesgo).

Por lo tanto, en los delitos de peligro corresponde diferenciar objetivamente entre delitos de puesta en peligro y delitos de peligrosidad. Los delitos de puesta en peligro son delitos de resultado, los delitos de peligrosidad son meros delitos de acción (los cuales pueden eventualmente tener relación con una situación permanentemente de riesgo)<sup>99</sup>.

Más allá de estas clasificaciones, lo relevante de los delitos de peligro abstracto, en términos generales, producen una ventaja probatoria para quien detenta el *onus probandi* de su comisión. En esta inteligencia se conduce Gustavo Aboso cuando recita que “la desmaterialización del concepto de bien jurídico de la mano de la regulación de los delitos de peligro abstracto, sumando la necesidad de simplificar la prueba en el proceso penal”<sup>100</sup>. En la misma sintonía transita Gentile Bersano al exponer que “como principal argumento para esta decisión se sostiene que, al no integrar el peligro el tipo objetivo, la acreditación de la tipicidad de la conducta no requerirá la prueba de la puesta en peligro concreto del bien jurídico. En efecto, no siendo el peligro un elemento del tipo, no será necesaria la constatación de dicho elemento a fin de determinar la tipicidad, pues el mismo se presume lo cual allana la labor procesal”<sup>101</sup>. Por su parte, en la nota al pie 91 del trabajo en materia penal ambiental citado del autor mencionado precedentemente, se puede avizorar que, este hilo intelectual es propugnado por Cerezo Mir, el cual indica a grandes rasgos que, estos delitos no implican la constatación de un disvalor de resultado sino solo importan para su configuración un disvalor de acto, es por ello que, literalmente este autor expresa “En los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir, el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva... El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto, no se haya producido un peligro al bien jurídico protegido”<sup>102</sup>.

Por todo ello, puedo decir que, además de la inflación o expansión punitiva que puede llegar a generar la tipificación de estos tipos de delitos –si se lo enfoca desde una perspectiva del derecho penal liberal acérrima, y si se lo enfoca desde una óptica moderna, la cual tiñe de carácter preventivo al derecho penal frente a los nuevos riesgos vigentes dentro, de lo que Ulrich Beck denomino como “*sociedad del riesgo*”–, lo que me interesa subrayar aquí, es precisamente la facilidad o laxitud en cuanto a los estándares probatorios exigidos para la constatación del acaecimiento de estas

---

<sup>98</sup> Gentile Bersano, Fernando M., *Tutela penal ambiental. Lineamientos dogmáticos y técnico-legislativos aplicados al régimen contravencional santafesino*, Rosario, Serapis, 2013, p. 53.

<sup>99</sup> Citado por Gentile Bersano, *Tutela penal ambiental*, p. 54, nota 103.

<sup>100</sup> Aboso, Gustavo E., *Derecho penal vial. La tutela de la vida y la seguridad vial en el moderno Derecho penal del tránsito frente a la conducción temeraria de automotores*, Bs. As., Eldial.com, 2018, p. 45.

<sup>101</sup> Gentile Bersano, *Tutela penal ambiental*, p. 51.

<sup>102</sup> Gentile Bersano, *Tutela penal ambiental*, p. 51, citado en la nota 91.

conductas prefijadas por el legislador como disvaliosas. Es por ello que, aquí se puede avizorar otro ejemplo más de como las invenciones o creaciones dogmáticas penales, responden a la reducción de dificultad probatoria, y es una muestra más de cómo, en realidad el derecho penal, va cediendo en relación a las directrices prácticas emanadas del derecho procesal penal, principalmente el derecho probatorio en materia de infracciones de carácter penal.

a.6) Delitos de acumulación en el derecho penal ambiental y el relajamiento de la labor probatoria

Como derivación cuasidirecta de lo vertido en el acápite anterior, nos chocamos con la realidad que se ha ido pergeñando en los últimos años en relación a los delitos de acumulación o acumulativos o cumulativos en el derecho penal, puntualmente en sede penal medioambiental.

Siguiendo al profesor de la Universidad de La Rioja, España, Miguel Bustos Rubio, el cual ha abocado gran parte de su investigación a la temática en cuestión. Indica que “la figura de la acumulación, a diferencia de los delitos de peligro abstracto, nos presenta a un nuevo protagonista, el actor colectivo, ya no meramente individual, pues se establece como potencial destructor de un bien jurídico valioso para la vida en sociedad a un conjunto de esa misma sociedad, o a la sociedad en su conjunto, lo que proyecta una responsabilidad colectiva o vicarial, en que se pretende atribuir la responsabilidad por los grandes riesgos globales reorientados a acciones que podríamos denominar ‘mínimas’ (en principio), dado que tales daños de conjunto se producen como causa de una suma o acumulación de varios actos individuales (per se de dudosa capacidad lesiva). Partimos, pues, de una idea básica: la tendencia a lo global, dejando a un lado la estricta lesividad individual a que nos tiene acostumbrado el derecho penal tradicional (sea como injusto efectivamente lesivo o de peligro), sosteniéndose que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial más allá de la imputabilidad personal de un sujeto por su actuación individual”<sup>103</sup>. Silva Sánchez, por su parte, indica que el mayor exponente y principalmente defensor de esta forma de delinquir –en cierta medida, es una forma extraordinaria de imputación– es el alemán Lothar Kuhlen, el cual, a partir del análisis efectuado del § 324 del StGB –delito de contaminación de agua o en la lengua propia del país del autor *Gewässerunreinigung*–<sup>104</sup>, erige su teoría, indicando que si bien, ciertas conductas individualmente son en cierta medida inocuas para el bien jurídico –según mi entendimiento, puedo decir que las mismas objetivamente no superen las exigencias o baremos del riesgo permitido– pero acumuladas generan un gran perjuicio al mismo.

Antes de adentrarme aún más en los posibles impactos negativos que puede llegar a tener esta creación jurídica para la dogmática penal y para los principios rectores del derecho penal, pero a *contrario sensu*, genera ciertos beneficios político-criminales, juzgo de suma pertinencia indicar que, el fenómeno de la causalidad

---

<sup>103</sup> Bustos Rubio, Miguel, *Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en el derecho penal*, en [www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2017-10029300327\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES\\_Delitos\\_acumulativos\\_y\\_delitos\\_de\\_peligro\\_abstracto:\\_el\\_paradigma\\_de\\_la\\_acumulaci%C3%B3n\\_en\\_derecho\\_penal](http://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2017-10029300327_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Delitos_acumulativos_y_delitos_de_peligro_abstracto:_el_paradigma_de_la_acumulaci%C3%B3n_en_derecho_penal).

<sup>104</sup> Silva Sánchez, Jesús M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Madrid, B. de F., 2011, p. 144.

acumulativa no es lo mismo que los delitos acumulativos. Para ello me valdré de ciertos ejemplos.

Los juristas Albin Eser y Björn Burkhardt, explican la causalidad acumulativa de la siguiente manera: “causalidad ‘acumulativa’ se trata de casos, a diferencia de los de causalidad ‘alternativa’, en los que también se colocan causas independientes las unas de las otras para la producción del mismo resultado, pero éste sólo tiene lugar por la acción conjunta de ambas: a saber, cuando A y B, sin saber el uno del otro, le colocan una dosis de veneno a la víctima que sólo puede ser mortal actuando conjuntamente, –porque, cada uno ha empleado una dosis demasiado pequeña–”<sup>105</sup>.

Ahora bien, un ejemplo clásico vinculado a los delitos acumulativos –el cual está vinculado íntimamente con el delito analizado por Kuhlen, que es precisamente la contaminación de aguas– es aquel que, hay varias empresas o industrias –supongamos tres o cuatro– que están construidas de manera lindante al afluente de un río o arroyo, las cuales vuelcan sus desechos al mismo, pero, siguiendo las disposiciones administrativas o de la naturaleza jurídica que sean, y por ende se manejan dentro de los parámetros del riesgo permitido, es decir cada una, de manera separada, oscilan su actividad dentro de estos baremos indicados. Cabe agregar que, los directores de estas industrias, no se conocen entre sí, y no saben de qué las otras –empresas o industrias– también arrojan sus desechos a este afluente. Por lo que, individualmente no se podría imputar la comisión del delito de contaminación de aguas, más allá de que se muevan dentro de los límites del riesgo permitido, sino que además de esta cuestión, su conducta particular es inocua para la totalidad del mismo. Ahora bien, si se contempla de manera global el accionar de estas industrias, las mismas deben responder porque, acumulativamente cometen el delito, sin ser coautores –porque como ya señalé en el acápite a.2– ya que, no hay plan común.

Para mayor sencillez comprensiva, es dable extrapolar las explicaciones brindadas por Silva Sánchez en torno a la diferenciación de estos dos fenómenos jurídicos –delitos acumulativos y de causalidad acumulativa–. Este autor subraya que “es preciso distinguir entre los delitos de acumulación (*Kumulationsdelikte*) de los casos de causalidad acumulativa: en efecto, en los primeros no se requiere la constatación de la efectiva acumulación de cursos causales como contribución al mismo daño concreto, sino que se trata de una contemplación absolutamente global”<sup>106</sup>.

En virtud de lo ventilado aquí, considero que esta cuestión es otro punto de apoyatura que tributa con la tesis que he planteado en la segunda mitad de este trabajo.

En otras palabras, los delitos de acumulación implican una laxitud probatoria respecto de quien ostenta indicar que se ha cometido un delito en las circunstancias mencionadas.

Considero la presente manera esta cuestión, ya que, esta creación dogmática o propia del derecho penal, tiene más en cuenta, la facilidad probatoria que esto

---

<sup>105</sup> Eser, Albin - Burkhardt, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, tr. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Colex, 1995, p. 136 y 137.

<sup>106</sup> Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, p. 144, nota 318.

genera, que tratar de armonizar por ejemplo con el principio de culpabilidad –o de responsabilidad personal por el ilícito cometido– o de proporcionalidad –ya que no responderían por la afección nimia que generaron sino por la totalidad acumulativa global–.

## 7. Palabras finales

Por lo general los autores al concluir un ensayo académico o un libro, en su corolario tienden a reafirmar o repetir de manera suscita lo que abordaron y dejaron impreso a lo largo del desarrollo producido. Por supuesto que no escapare a esta formulación final, la cual, como lo he sostenido, el tratamiento del derecho penal y procesal penal de forma práctica no integral o integrativa, nos lleva a un verdadero limbo o a una verdadera incongruencia intrasistematica del –pido disculpas por la tautología que utilizare– sistema de justicia penal. Es cierto que pueden separarse académicamente, lo que indudablemente conlleva a una mayor precisión expositiva y analítica, pero en la faz pragmática, esto no puede ser concebido de esa manera, ya que, ambas ramas pertenecen a un solo sistema y deben funcionar de manera coetánea o yuxtapuesta para generar mayor solvencia resolutive de los casos reales que ingresan al mismo.

En relación al segundo mito que he tratado de desterrar –al cual le he dedicado más énfasis porque no está tratado como tal en la doctrina, en cambio el primero si tiene un poco más de desarrollo– en pocas palabras con la elaboración del presente artículo académico, el lector debe tener en cuenta que, no pretendo indicar que estas creaciones dogmáticas son acertadas o desacertadas, ya que esto dependerá de que tan liberal y reduccionista es la óptica con la que se enfocan estas construcciones lógicas –por liberal me refiero al derecho penal liberal reducido solo a las conductas nucleares o sumamente lesivas, lo cual se podría observar una implacable *ultima ratio*–. Lo que he pretendido aquí, es demostrar la falacia de que –en términos extremadamente coloquiales– el “*pobrecito*” derecho procesal penal, está realmente relegado a todo lo que le impone el derecho penal y en realidad es este el que se somete en algunas cuestiones –como las indicadas– al primero mencionado. Además de claro está, que mi visión es totalmente contraria a esto, y que es el derecho procesal penal, a través de las exigencias probatorias, que le va imponiendo de forma consciente o inconsciente los márgenes en los cuales se tiene que desarrollar el derecho penal en la mayoría de los casos –digo en la mayoría de los casos porque puede haber supuestos donde la “sujeción” intrasistematica sea a la inversa–. Con esta crítica, no pongo en tela de juicio o en dudas, que, esta especie de sujeción o subordinación tributa a generar un *feedback* entre ambas ciencias y permiten producir o generar un sistema de justicia penal integral.

En último lugar quiero destacar –lo que debe tener relación con lo mencionado *ab initio* de estas palabras finales– e invitar a los lectores de este escrito doctrinario, a que se atrean a pensar críticamente, y no solo a estudiar. Parafraseando lo que he dicho, quiero dejar reflejado que, si solo nos ceñimos a estudiar para ampliar nuestro conocimiento y luego transmitirlo, perdemos lo esencial del ser humano que es el pensar.

Este pensar debe ser crítico y analítico, es decir, debemos escudriñar cada cuestión que aprendemos gracias al estudio, y cotejar si esto es correcto o no, y tratar de llegar al tan preciado ¿Por qué? de la problemática que recaía sobre nuestra óptica analítica.

Mediante este pensamiento crítico –el cual como ya lo dijo Couture, al igual que el *estudiar*<sup>107</sup>, es un mandamiento constitutivo de los abogados, ya que, es verdad que sin el estudio se es cada día menos abogado, porque se genera un desconocimiento respecto de las variaciones jurídicas, pero, sin el *pensar*<sup>108</sup>, se pierde de vista el sentido práctico del derecho, ya que el mismo se ejerce pensando– debemos permitirnos crear un ambiente más comprometido y serio respecto de las creaciones académicas, pero esto debe ser extrapolado a la práctica sin dudas, desde el rol que nos toque ocupar como operadores jurídicos.

Por todo lo dicho, quiero cerrar con las palabras del gran Hipócrates cuando mencionó su célebre frase “*Ars longa, vita brevis*”. Realmente el arte es largo o extenso y la vida es sumamente corta para abarcar todo el arte. Lo que quiero decir puntualmente en este caso es que, el derecho penal *lato sensu* es sumamente extenso y rico en conocimientos en relación a nuestra finita existencia, por lo que, debemos aprovechar al máximo las oportunidades que se nos presentan de intentar modificar para mejor ciertos aspectos del mismo. Es por ello, queridos lectores, que los invito a que se atrevan a pensar críticamente para mejor un poquito más, esta arte tan larga que es el derecho penal.

© Editorial Astrea, 2021. Todos los derechos reservados.

---

<sup>107</sup> Couture, Eduardo J., *Los mandamientos del abogado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 21 y 22.

<sup>108</sup> Couture, *Los mandamientos del abogado*, p. 23 y 24.