

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL FUTURO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL Y EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE

Por MAXIMILIANO A. RUSCONI¹

SUMARIO: 1. El punto de partida. 2. Un punto de enfoque plausible para la definición axiológica del futuro del derecho penal: la teoría del delito y la crisis del sistema penal. 3. Bases para el desarrollo futuro del sistema del hecho punible. A. El sistema de imputación como la manifestación sistemática de las exigencias constitucionales para la imputación legítima de una sanción jurídico penal. B. La normativización de la totalidad del sistema de imputación: su influencia en el concepto de bien jurídico.

1. El punto de partida

No cabe duda que el sistema del hecho punible nunca ha podido escapar de su propia reflexión introductoria sobre el sentido político criminal del propio modelo de imputación e, incluso, sobre la conceptualización de sus funciones básicas.

Pareciera que sólo la comprensión de estas nociones básicas ha proporcionado la suficiente autonomía intelectual en el intérprete de la ley penal como para reconocer en la teoría del delito, ya en los primeros momentos, su definición instrumental, su rasgo de auxiliar metodológico en la labor hermenéutica.

Previo al análisis propio de las categorías sistemáticas de la teoría del delito, ha sido preciso determinar y precisar ciertas ideas básicas que han servido como criterios fundamentales a lo largo de todo el trabajo dogmático (sobre todo en los últimos años).

Los interrogantes, que todo estudiante ha debido hacerse, sobre ¿qué es la teoría del delito? o ¿para que sirve?, escondieron siempre detrás de la simpleza de su formulación no pocos grandes problemas que han acompañado desde el nacimiento mismo de la dogmática moderna el trabajo de los juristas que se han preocupado por su desarrollo sistemático. Quizá esto responda a la característica tensión a la que generalmente están sometidos estos primeros interrogantes, por lo menos en las ciencias del espíritu, que, con ser los más básicos, son los de mayor contenido de abstracción y menor posibilidad de fundarse en razones de sistema.

En realidad, es posible que los problemas de qué es la teoría del hecho punible y para qué sirve se encuentren indisolublemente unidos: una respuesta exclusiva al primer interrogante no saldría, seguramente, de las penumbras, y una reflexión particular sobre el segundo no tendría razón de ser; es por ello que conviene introducir la problemática de la mano de estos dos caminos de reflexión en forma paralela.

No sería incorrecto afirmar que la administración de justicia penal se encuentra en su actividad sometida a dos tipos de universos de datos que debe respetar igualmente y a los cuales debe acudir por igual a fin definir los contornos culturales de la redefinición de aquellos conflictos que le son sometidos buscando una respuesta institucional que asegure la consolidación de la definición en un marco de aceptación social (paz comunitaria): nos referimos al mundo real, al hecho conflictivo y al mundo normativo que prevé soluciones para “grupos” de casos de las mismas características esenciales.

¹ Profesor de grado y de postgrado de Derecho Penal en las Universidades de Buenos Aires, Palermo y del Comahue (entre otras), autor de numerosos artículos y de varios libros, Doctorando en Derecho de la UBA.

El trabajo de la administración de justicia penal, más precisamente del Juez, ha consistido, si se pretende una reducción conceptual pero clarificadora, en encontrar identidad esencial entre el caso previsto en la norma y el caso de la vida real.

Esta “subsunción” del caso real a la norma, debe responder a un conjunto de paradigmas que, en el marco de cierto consenso cultural, aseguran un marco de previsibilidad; en principio existe cierta reducción del ámbito de libertad correspondiente a la actividad del intérprete en lo que respecta a su propia capacidad de generar los criterios en el caso concreto que guíen ese proceso de vinculación entre el mundo normativo y el mundo fáctico. Una justicia penal de estas características sería verdaderamente impensable y sin lugar a dudas se correspondería con un Estado autoritario. Por el contrario las preguntas por “¿qué es lo contenido en la norma?” y la correspondencia del caso real con el regulado en ella, deben ser respondidas con el mayor grado de racionalidad.

Es decir, de otro modo, no deben ser arbitrarias. Esta idea es la que estaba contenida en la afirmación de HANZ WELZEL en el sentido que “como ciencia sistemática (la ciencia del derecho penal) brinda el fundamento de una administración de justicia igualitaria y justa, dado que sólo la comprensión de las conexiones internas del derecho elevan a la aplicación del mismo por encima de la casualidad y la arbitrariedad”.

Este tipo de reflexión recalca la vinculación del intérprete a la ley. Una justicia no arbitraria la encontramos en aquella que se administra sólo según los postulados básicos de la legislación. Una justicia igualitaria allí donde no se toman en cuenta más presupuestos que los estipulados en la ley para subsumir el caso concreto en la intrínseca generalidad normativa.

Este tipo de enfoque es, sin duda, saludable en el sentido que recalca la vinculación más fuerte de la administración de justicia con el punto neurálgico del Estado de Derecho: el imperio de la ley.

Sin embargo, si no se la complementa serán inevitables ciertas deducciones perniciosas de este punto de partida: la creencia de que el Juez, para decirlo con las conocidas palabras de MONTESQUIEU, es la “bouche de loi”, y que la sentencia más perfecta es la que se deduce con mayor grado de formalidad de los postulados legislativos y con más energía se desembaraza de las decisiones del intérprete.

El desarrollo de la dogmática penal en los últimos decenios ha demostrado la falsedad de esta postura científica, “de un análisis del trabajo de los dogmáticos surge que el dogmático penal se encuentra ante la necesidad de decidir en favor de una u otra interpretación del Derecho positivo, sin que pueda deducir su decisión de los textos legales²” (BACIGALUPO). Pero una razón accesoria, y no menos importante, se nos debe presentar como orientadora de otros puntos de vista, si la dogmática penal se dedicara sólo a llevar precisamente las decisiones legislativas al supuesto de hecho no escaparía fácilmente a la crítica que, no sin alguna razón, ha recibido de otros sectores del sistema penal (criminología moderna o crítica) en el sentido del rol conservador y acrítico que desempeña³.

A un entendimiento algo distinto lleva el ocuparnos paralelamente de la Política Criminal.

Derecho Penal y Derecho Procesal Penal no son más que formuladores, manifestadores de la Política Criminal del Estado. Estos tres sectores del sistema penal poseen una interacción bien fluida e intensa.

Del análisis del conjunto de normas que componen el sistema penal advertiremos si responde a uno u otro tipo de política criminal (por ejemplo modelo “garantista” o “autoritario”) y, justamente la teoría del delito sirve a la implementación de aquella política criminal. Pero esta vinculación enriquece el trabajo dogmático en gran medida.

² BACIGALUPO, ENRIQUE, "Delito y punibilidad", Civitas, Madrid, 1983, pág. 13.

³ RUSCONI, MAXIMILIANO, "Sistema del hecho punible y política criminal", ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

En primer lugar debido a que permite una dogmática jurídico penal que no sólo encuentra justificación de sus decisiones sistemática y arquitectónicamente, sino que reflexiona sobre el “grado de justicia” de aquella solución.

Hoy día es posible observar que el sistema del hecho punible ha tendido a encontrar un adecuado equilibrio entre la decisión mas armónica en el sistema y lo aceptable dentro del “buen sentido”.

De este modo se abre paso una dogmática penal correcta sistemáticamente y respetuosa de ciertos presupuestos considerados axiomas indiscutibles de una Administración de Justicia inmersa en un estado democrático.

De este modo han nacido en el último tiempo un buen número de categorías que se corresponden con una dogmática orientada político criminalmente, como la adecuación social, el riesgo permitido, el principio de insignificancia, que , en gran medida, se contraponen con una deducción estricta del contenido de la norma.

En este sentido la teoría del delito es un recopilación de reglas metódicas, no asépticas, sino que están destinadas a la aplicación sistemática de una determinada política criminal.

Ahora bien, el sistema del hecho punible no sólo es un instrumento para uso de los que administran justicia, o para los científicos ocupados de la dogmática penal, sino también puede servir para orientar y enmarcar jurídicamente la tarea del legislador.

Generalmente esta función ha estado olvidada y ella ha conducido a una actividad legislativa sin ninguna técnica y en alto grado caótica.

El desarrollo de la teoría del hecho punible ha logrado establecer un esquema de resolución de casos válido para todas las formas del delito.

La teoría del delito tiene por objeto primordial ofrecer un sistema que permita interpretar racionalmente la ley y aplicarla en forma precisa a la regulación normativa de un conflicto penal, de tal modo de permitir elaborar conceptualmente los datos que definen al supuesto de hecho como aquel que el legislador ha querido evitar o, más precisamente, el que la norma quiere alcanzar.

El sistema del hecho punible o teoría del delito, cumple una labor de intermediación entre el mundo normativo y el mundo fáctico y de este modo sistematiza y ordena la tarea de subsunción que realiza, por ejemplo, el juez, entre la norma y el caso.

A efectos de poder lograr este objetivo la teoría del delito procede de un modo que aquí podría denominarse analítico. Se trata de demostrar si la acción que se analiza puede recibir legítimamente el calificativo de delito y con ello habilitar el poder penal del Estado. Para ello se han establecido un conjunto de niveles conceptuales o filtros analíticos que deben ser superados por la acción que se trate a efectos de demostrar que aquello que es sometido a análisis por el sistema de enjuiciamiento penal es, efectivamente, una acción que merece ser punible.

Estos diferentes niveles o filtros se han mantenido más o menos inalterados a lo largo de casi toda la historia de la dogmática penal moderna.

Volviendo a WELZEL, como recién afirmamos, hace más de 40 años, el padre del finalismo alemán y posiblemente uno de los responsables máximos de la tendencia actual del derecho penal moderno, introducía una noción que ha guiado la comprensión de la función de la teoría de delito: *“Es misión de la ciencia del derecho penal desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas en su trabazón interior, es decir, sistemáticamente, e interpretarlas. Como ciencia sistemática da el fundamento para una ecuánime y justa administración de justicia, ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la causalidad y la arbitrariedad”*⁴.

Es indudable que el establecimiento de un sistema de análisis como el ya introducido, unifica el procedimiento de subsunción ante todos los casos que se presenten y, con ello,

⁴ HANS WELZEL, Derecho Penal. Parte General, trad. de Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956, pág. 1

reduce la discrecionalidad judicial en todo lo que signifique arbitrariedad. La teoría del delito pretende acercarse a un modelo frente al cual dos casos normativamente iguales reciban respuesta idéntica, aún cuando esa respuesta provenga de funcionarios estatales distintos. Es en este sentido que se puede predicar de la teoría del delito una función de seguridad jurídica, toda vez que la aplicación racional del derecho supone la eliminación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal del estado.

Una segunda función de importancia trascendente que ha cumplido la teoría del delito se vincula con la controlabilidad de las decisiones judiciales. No cabe duda que así como la utilización del instrumento permite la aplicación racional de la ley penal, también esa aplicación racional unifica el tratamiento sistemático de la ley y, con ello, permite que dicha aplicación pueda ser controlada, revisada y cuestionada por los mecanismos que prevé el sistema procesal. Una aplicación arbitraria, subjetiva, sometida sólo a presunciones internas y no expuestas, impide ser controlada en su racionalidad.

La teoría del delito procura ese control.

En tercer lugar la teoría del delito ha facilitado una interpretación sistemáticamente orgánica del sistema jurídico. El sistema del hecho punible descubre, también, las conexiones internas de las normas jurídico- penales y, con ello, evita lagunas, contradicciones y el posible solapamiento de valoraciones jurídicas sobre el mismo supuesto de hecho. En este sentido, asimismo, el sistema del hecho punible facilita una función crítica de la ley penal y colabora técnicamente en la formulación de las eventuales reformas legislativas que se proyecten.

En cuarto lugar puede ser una herramienta muy útil para el propio legislador. La búsqueda de coherencia sistemática en la labor hermenéutica, se puede trasladar a la tarea legislativa al momento de sancionar normas penales, que puedan no respetar algunas pautas lógicas que brinda el sistema del hecho punible. En este sentido, una utilización del sistema en la actividad legislativa es, a todas luces, aconsejable.

Sin embargo, y más allá de estas funciones, el sistema del hecho punible de los próximos años no podrá (ni tampoco debiera) escapar al desarrollo sistemático de sus puntos de partida, tomando en consideración la influencia que sobre su estructura manifiesta la actual crisis del control penal y la propia política criminal.

2. Un punto de enfoque plausible para la definición axiológica del futuro del derecho penal: la teoría del delito y la crisis del sistema penal

Ensayar un repaso de aquellos presupuestos axiológicos que deben regir al derecho penal propio del Estado de Derecho requiere sincerar el lugar desde donde se realiza este análisis. No sería correcto avanzar en este estudio sin compartir con el interlocutor cual será el punto de partida. Se trata, como hemos dicho, del reconocimiento metodológico de una perspectiva político-criminal.

En este sentido, sobre todo en América Latina, es razonable comenzar describiendo al derecho penal como una de las actividades del Estado que se encuentran sometidas a la más enérgica, completa y profunda crisis.

Sea cual fuere el tipo de evaluación al que sometamos al derecho penal que nos rige en nuestra región, se nos presentará con vigencia digna de mejor causa esta crisis paradigmática a la que hacemos referencia.

Incluso algunos autores han expuesto la tesis de que en realidad este tipo de diagnóstico se corresponde con una característica connatural al derecho penal como fenómeno social. Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ afirma últimamente que “resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho. En ellos, en efecto, la antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión entre prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal), empieza a no ser resuelta automáticamente en favor de la seguridad, de la

prevención; así se detecta ya un principio de crisis, de tensión interna, que permanece en nuestro días⁵

Esta crisis, según podemos observar, presenta diversas dimensiones.

En primer lugar se trata de una crisis de eficiencia. Es indudable que hoy deberíamos poner seriamente en duda la capacidad del derecho penal para cumplir los objetivos que se predicen como su propia justificación. El derecho penal debe ser uno de los mecanismos de control social más ineficientes desde el punto de vista, incluso, de una relación costo-beneficio.

En segundo lugar se trata de una crisis ética o axiológica; que nace, de modo claro en nuestra región, a partir de los trabajos empíricos de la criminología crítica latinoamericana, que con absoluta claridad demostró el carácter selectivo, desigual y orientado ideológicamente del sistema penal.

En tercer lugar se trata de una crisis de legitimación social o comunitaria. Los valores que protege el derecho penal no coinciden exactamente con las demandas del ciudadano común, sino que son la consecuencia de procesos de selección más vinculados a necesidades institucionales o políticas que a la necesidad de protección social de los valores comunitarios.

Este cuadro demanda un tipo de actitud axiológica en lo que respecta al fenómeno social del derecho penal que no puede ni debe ocultar que nos encontramos frente a una manifestación de violencia estatal con un basamento de legitimidad moral casi inexistente.

El derecho penal, aún rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política.

Ello nos coloca en la encrucijada de definir cuál debe ser la actitud del jurista comprometido.

Por un lado es posible producir un enfrentamiento radical que aniquile toda legitimidad del derecho penal como forma de control social. Se trata de la abolición de esa forma de poder como demanda científica, política e ideológica.

Ello, sin embargo, ofrece pocas respuestas frente a la realidad cotidiana de un control penal que exige un programa científico con vocación de protagonismo inmediato.

Hoy parece mucho más razonable el desarrollo de un modelo garantista que funde una propuesta de mínima intervención en parámetros tan visibles como el reconocimiento de un conjunto de derechos básicos que el mundo contemporáneo ha plasmado en instrumentos internacionales y en las propias Constituciones de los distintos países.

Para decirlo con palabras de FERRAJOLI, "En esta perspectiva el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones".

Desde este punto de vista, el derecho penal debe ser entendido como el derecho de los límites al poder penal.

Desde el mismo nacimiento de los Estados modernos como formas de organización sobre todo política, hablar del derecho penal, para los juristas más o menos sinceros, es hablar de sus límites. Como cualquier manifestación descontrolada y violenta de poder, el dimensionamiento éticamente admisible del derecho penal no puede nunca nacer de su propio seno. Sino que será sólo consecuencia de un juego de tesis y antítesis que debe reconocer, en forma transparente, sus orígenes ideológicos.

En términos normativos de eso se trata cuando se habla, en el mundo contemporáneo, de garantías, no como formas de otorgar legitimidad al poder penal del estado, sino como fuente axiológica de aquellos criterios que ofrecerán ópticas adecuadas para resaltar sus manifestaciones más ilegítimas, más inadmisibles. Desde este punto de vista el derecho

⁵ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Bosch, Barcelona, 1992, pág. 13.

penal mínimo y la lectura político-criminal en “clave garantista”, deberían salir airoso de las objeciones de las tesis más radicales.

Ello permite advertir correctamente que las garantías no son otra cosa que los instrumentos del principio de mínima intervención que facilita dimensionar al derecho penal como una alternativa de economía social de violencia.

Uno de los principios político criminales de mayor importancia ideológica y, en el ámbito del sistema de imputación, también sistemática, es el de mínima intervención o, como se lo ha denominado, carácter fragmentario o subsidiariedad del derecho penal.

La utilización del derecho penal implica un enorme grado de violencia social y, por ello, se debe tender a su menor utilización. En el marco de un sistema respetuoso del Estado de Derecho sólo se debe acudir al derecho penal cuando, para la protección de determinado bienes jurídicos de enorme trascendencia, los demás mecanismos de control social informales o formales no punitivos hayan fracasado.

El derecho penal es un mal necesario y el programa que permite sus limitaciones sobre la base de razones de “lege lata” es el que surge de las garantías constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

Cuando se habla del principio de legalidad penal o el principio de culpabilidad, hacemos referencias a presupuestos axiológicos que tienen y deben tener por función la deslegitimación del poder penal del Estado y ello explica el contenido de cada garantía y las consecuencias que se pueden extraer. ¿Qué se quiere decir con esta advertencia? Sobre todo la idea tan simple como poco respetada de que de una garantía constitucional sólo pueden extraerse límites al poder penal y nunca argumentos legitimadores.

El pensamiento garantista no debe ni puede hacerse cargo de la eficiencia estatal, sino todo lo contrario, debe enfrentarse a esa eficiencia, debe frenar la pretensión punitiva.

Esta idea hoy debe ser tenida en cuenta con especial preocupación cuando asistimos a más de un intento de fundir, por ejemplo, el principio de culpabilidad con la función preventivo-general de la reacción estatal, como hoy lo hace GÜNTHER JAKOBS.

Ello es correctamente interpretado por algunos códigos procesales modernos que estipulan una norma que, más o menos aproximadamente, reza del siguiente modo: “ninguna disposición pensada como garantía del imputado podrá hacerse valer en su contra”.

El desarrollo del derecho penal ha estado siempre sometido a ciertos principios que le confieren determinadas características de política criminal y definen la orientación valorativa del poder penal del Estado.

Desde el mismo programa iluminista el derecho penal se ha rodeado de sus propios principios de deslegitimación. Esos puntos de partida axiológicos generalmente reconocidos, establecen los datos necesarios para advertir manifestaciones inadmisibles del sistema penal en cualquiera de los niveles en los cuales se desarrolle esa instancia de poder. Estos principios influyen de manera trascendente en todo el edificio del sistema del hecho punible, hasta el punto de que ciertas decisiones sistemáticas sólo son explicables, en última instancia, en el marco de la aplicación de consecuencias más o menos directas que se extraen de algún axioma.

3. Bases para el desarrollo futuro del sistema del hecho punible.

A- El sistema de imputación como la manifestación sistemática de las exigencias constitucionales para la imputación legítima de una sanción jurídico penal.

Es por ello que se trata ahora de acentuar la tarea de manifestación fiel de los principios y garantías constitucionales, y de todas sus consecuencias, en la determinación de la punibilidad de una conducta.

Básicamente la teoría del delito debe ser entendida, como vimos, como la estructura analítica que tiene por misión asegurarse de que ninguna conducta vaya a ser punible si la interpretación de las consecuencias de alguna garantía constitucional indica la

presencia de algún obstáculo para ello. En este sentido a la teoría de delito, también, le corresponde como función el trabajo hermenéutico sobre la norma fundamental, en particular, sobre el contenido de las disposiciones que reflejan garantías individuales o derechos fundamentales.

En esta línea el sistema del hecho punible debe tener la legitimación sistemática para decidir que una conducta no debe ser punible en atención a que la respuesta contraria - aquella que predicaría punibilidad ante el mismo supuesto- violaría el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el in dubio pro reo o el principio de igualdad ante la ley.

La teoría del delito así entendida adquiere una función importante en el sistema de ejercicio del poder.

Así como se ha afirmado que el derecho procesal penal es derecho constitucional reglamentado, en alguna medida ello sucede, asimismo, en el ámbito del derecho penal material: la parte general del derecho penal es también derecho constitucional reglamentado por el legislador común y es el juez quien debe guiarse por esta relación.

Lamentablemente la comprensión que teóricos y prácticos tienen de este punto de vista es casi nula y ello obedece a que, en ocasiones, se pretende que el mundo normativo sea sólo una suma más o menos precisa de soluciones aplicables en forma directa al caso en examen y de modo no problemático.

Sin embargo, las ventajas que se obtienen de este planteo son nítidas:

1. En primer lugar las normas esenciales del texto constitucional adquieren vigencia real y no sólo programática en el sector del poder estatal donde ello es más requerido.
2. En segundo lugar el intérprete obtiene un conjunto muy importante de argumentos de "lege lata" para soluciones que no eran fácilmente obtenibles de la ley común o en casos directamente no regulados en ese nivel normativo.
3. En tercer lugar, la observación del sistema penal desde un nivel normativo superior - constitucional- facilita el aseguramiento de alguna coherencia interna del ordenamiento jurídico.

Esta relación entre la política criminal y la teoría del delito permite abandonar la idea de que el sistema del hecho punible puede ser utilizado sin tomar partido por un conjunto de presupuestos axiológicos básicos.

Se trata de evitar que el sistema del hecho punible se transforme en un sistema encerrado en sí mismo y que sólo procura obtener decisiones racionales y el mantenimiento de su propia coherencia intrasistemática.

Como ya dijimos en numerosas ocasiones es preciso optar por una u otra solución, ambas teóricamente aceptables en el marco del sistema del hecho punible, y frente a las cuales no existen argumentos de peso intrasistemático como para optar por una en relación con la otra. En tales supuestos se demuestra la necesidad de acudir a un conjunto de principios previos que nutren el funcionamiento mismo de la teoría del delito. La decisión correcta será aquella que mejor lleve a la práctica los puntos de partida axiológico que nutren a la teoría del delito. Es por ello que se torna indispensable reflexionar acerca de cuáles son esos presupuestos, discutirlos ideológicamente, y obtener las máximas consecuencias sistemáticas, las cuales deben ser organizadas en el sistema del hecho punible.

La dogmática penal "orientada a las consecuencias" debe ser entendida como la formulación del ingreso político-criminal en el sistema del hecho punible a través del trabajo dogmático sobre los presupuestos político-criminales.

Es este, a nuestro juicio, uno de los principales caminos de desarrollo del sistema del hecho punible y el que ofrece posiblemente mayor capacidad de respuesta frente a casos problemáticos.

B- La normativización de la totalidad del sistema de imputación

La pregunta a responder en el ámbito de la fundamentación de la ilicitud siempre ha rezado de modo parecido: ¿bajo qué condiciones es posible imputarle un resultado disvalioso a una determinada acción?

El nacimiento de esta reflexión se encuentra muy unido históricamente a la influencia que sobre las ciencias del derecho penal tuvo durante el siglo XIX y principios del XX las ciencias físicas y naturales.

La primera expresión teórica de esta influencia se advierte en la llamada “*teoría de la condición o de la equivalencia*” fundada por GLASER e introducida en la jurisprudencia alemana por VON BURI a comienzos del siglo XX. La idea fundamental se encontraba en la fórmula que sostenía que todas las condiciones son equivalentemente causas. A ello se suma la introducción de un sistema de comprobación hipotética: *será considerada causa aquella condición que suprimida mentalmente haga desaparecer el resultado*.

Uno de los puntos fuertes de la teoría reside justamente en que es la única que no tergiversa el problema desde un punto de vista estrictamente causal; sin embargo desde el punto de vista de su utilidad para el derecho penal ha sido fuertemente criticada.

Esta crítica se basó en la identificación de un conjunto de casos que ponían en crisis el desarrollo del esquema de atribución propuesto por la teoría de la equivalencia de las condiciones.

En primer lugar, se planteaba una crítica referida a casos en los cuales el sistema de supresión mental hipotética solucionaba el caso de modo alejado del sentimiento jurídico. Por ejemplo, el caso de un conductor que, por su manejo imprudente, atropella a un peatón que, sin embargo, iba a ser atropellado con las mismas consecuencias fatales por otro conductor igualmente imprudente. La aplicación estricta de la teoría obligaría a negar la relación causal.

Algo similar sucedía con los supuestos denominados de “causalidad acumulativa”, es decir casos en los cuales dos causas concurrían en la producción de un resultado, en forma desligada, pero cada una de ellas tenía suficiente poder como para producir, por sí sola, la consumación del resultado. Ahora bien, aplicando la fórmula heurística de comprobación, la supresión de cada una de ellas no hacía desaparecer el resultado; con lo cual ninguna era causa.

Otro problema, que incluso se planteó en la ciencia penal de la mano de algunos casos muy conocidos (como el llamado procedimiento “Contergan”), se vinculaba a los supuestos de “causalidad general”. En este grupo precisamente se desconoce la relación causal; por lo que es imposible preguntarse qué sucedería si se suprime determinada condición, justamente porque se desconoce qué cosa es lo que hay que suprimir. Aquí sólo quedaba recurrir a un sistema estadístico (sin la exactitud del dogma causal) para solucionar el desconocimiento sobre la aptitud causal de cada factor en juego.

La falencia de este concepto se enfrentó también con la solución de los casos de omisión y delitos culposos, en los cuales el concepto de “causa” no tiene ningún lugar. En el primer supuesto porque el sujeto no pone ninguna condición positiva, por lo cual, nunca se puede tener certeza acerca de la relación entre un “no obrar” y un resultado. En el segundo caso es evidente que lo único que importa es la violación del deber objetivo de cuidado y no haber puesto una condición física para la producción del resultado.

Las soluciones incorrectas se extendieron a los supuestos denominados “cursos causales irregulares dolosos”; el ya clásico ejemplo: “A” envía a “B” a un bosque un día de tormenta con la esperanza de que éste sea aniquilado allí por un rayo. El resultado se produce.

De sostener que “A” ha obrado con “dolo” de matar, la existencia de una relación de causalidad implicaría la presencia de los dos requisitos para la punición.

Pero sobre todo las críticas más fuertes se dirigieron a objetar en primer lugar su incapacidad para seleccionar los procesos causales relevantes para el derecho penal y en segundo lugar por su ausencia de aporte práctico a la identificación del presupuesto de

imputación: sólo es utilizable cuando ya se conoce la causalidad y es por eso que es posible suprimir la acción identificada de antemano como una condición importante del resultado. La segunda expresión teórica de las teorías causales se encuentra en la llamada *teoría de la causalidad adecuada*.

Ella representa una tentativa de solucionar uno de los principales inconvenientes de la teoría de la equivalencia de las condiciones: su excesivo campo de punibilidad.

Según uno de sus postulados no cualquier condición es causa sino sólo aquellas que pueden ser entendidas para ciertos parámetros de experiencia general –posiblemente estadísticos– como una acción adecuada para la producción de ese resultado. Ello permite excluir del análisis los cursos causales irregulares a través de la elaboración de un concepto de causa más restringido. Según una de las definiciones (TRAEGER) deben ser tenidas en cuenta para la caracterización de una acción como adecuada, todas las condiciones conocidas o que deberían conocerse por un hombre prudente, existentes al momento de realizarse, y las que el autor conocía especialmente.

Esta teoría fue, también, pronto sometida a críticas. Como teoría causal no era legítimo que hiciera depender la comprobación de la relación de imputación de la previsibilidad o el conocimiento del autor. También, desde el punto de vista causal, una acción puede producir un resultado imprevisible.

La tercera teoría causal, pero con fuertes concesiones a un sistema de atribución normativo, es la *teoría de la relevancia típica*.

El logro más importante de esta teoría reside en que secciona los roles del “filtro causal” y de la evaluación jurídica de ese nexo. Con ello la relación causal se examina a través del prisma de la única teoría verdaderamente causal: la teoría de la equivalencia de las condiciones. Sin embargo, luego se producía una instancia de valoración deducida de una correcta interpretación de los tipos penales, en la cual quedaban al descubierto los nexos causales que no tenían ningún interés para el derecho penal y que, por ello mismo, no podían ser vinculados al resultado disvalioso desde un punto de vista jurídico-penal.

Quizá aquí resida el antecedente más claro para el desarrollo de una teoría de imputación totalmente normativa, debido a que aquí se comienza a reflexionar sobre la verdadera índole del problema: ya no se trata de encontrar una vinculación física entre una acción y un resultado, sino del desarrollo del conjunto de criterios que legitiman la imputación de un resultado a “la cuenta del autor”. La teoría de la imputación objetiva, justamente, se ha ocupado en los últimos 50 años del desarrollo de este conjunto de principios que permiten resolver este nivel de imputación a nivel del injusto de un modo sistemáticamente correcto y político criminalmente razonable.

Como dice ROXÍN (Trat. 363): “el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una acusación una acción típica”.

No cabe duda que el proceso de normativización de la definición del ilícito ha multiplicado las alternativas semánticas para referirse a que la fundamentación del injusto exige ciertas consideraciones de política criminal, sentido común o procesos de interpretación teleológicos.

Hoy día esta tendencia ha colaborado a formular innumerable cantidad de criterios que ofrecen un enriquecimiento del sistema de imputación a nivel del ilícito y que ofrecen otros tantos “cortes” metodológicos de la cuestión.

Todo ello genera, sin lugar a dudas, una profundización y mejoramiento del camino de subsunción del caso a la ley y aumenta las posibilidades de que la solución al caso de punibilidad sea sistemáticamente correcta y acorde al sentimiento jurídico o a la percepción sobre el hecho que podría tener un ciudadano común.

Sin embargo la proliferación de criterios de imputación que reclaman atención y protagonismo en la definición del ilícito obligan a aumentar los esfuerzos del intérprete a efectos de clarificar la relación entre cada uno de ellos, remarcar “el ámbito de juego

propio” de cada núcleo de problemas e identificar -si es el caso- algún “traslape” o interferencias.

No hay que hacer mucho esfuerzo para advertir que a los juristas no les ha sido sencillo distinguir, ante ciertos casos concretos, entre riesgo permitido y adecuación social, o entre ámbito de protección de la norma y competencia de la víctima, o entre consentimiento y adecuación social.

No es sencillo descubrir las razones que expliquen el origen de tal estado de la cuestión. Posiblemente haya colaborado con esta especie de “anarquía normativista” su origen nítidamente casuístico. Casi todas estas tendencias no han nacido de una mirada especialmente lúcida del problema global, sino que su origen se encuentra en la necesidad puntual de dar una solución razonable a un caso que, siguiendo la aplicación del sistema formal de imputación, sería resuelto de modo inadmisibles para cierta percepción valorativa. En este sentido, por ejemplo, es indudable el rol que ha cumplido la jurisprudencia -en este caso- alemana no sólo en la formulación del problema, sino también en el delineamiento de las soluciones posibles.

Ese camino inductivo genera que existan ilimitadas posibilidades de agrupamiento de los supuestos y posibilita que se superpongan los criterios de clasificación.

En este sentido, la teoría de la imputación objetiva se ha desarrollado con un nivel de casuismo posiblemente exagerado, casi recordando el estilo de la tópica como tendencia hermeneútica. Es por ello que el desafío actual de la teoría de la imputación objetiva es, justamente, el desarrollo de un modelo de imputación que pueda ordenarse sistemáticamente y servir como método de análisis al juez en la resolución de un caso.

Hasta tanto ello no se consiga será difícil que la esperada recepción de la teoría por parte de la jurisprudencia se produzca.

En lo que sigue se tratará de ofrecer un modelo de organización de estos criterios desarrollados, casi en su mayoría, en el post-finalismo (luego de la década del 30).

Se busca establecer, dentro del juicio de tipicidad objetiva, un sistema metodológico similar al que ofrece toda la teoría del delito: la acción analizada debe superar un conjunto de filtros sistemáticos como para ser admisible que se le atribuya un resultado o riesgo determinado.

a- La normativización de la totalidad del sistema de imputación: su influencia en el concepto de autor

La segunda razón de esta marcada complejidad de la temática reside en su inevitable y estrecha relación con la teoría del tipo. Ello incluso puede ser advertido históricamente.

Por ejemplo, EDMUND MEZGER pudo sostener con toda claridad en épocas en las que la teoría de la imputación en el ámbito de la tipicidad todavía festejaba los últimos años del reinado del dogma causal: “El punto de arranque científico de toda teoría jurídica penal de la participación es la teoría de la causalidad” (286, II), y haciendo más explícita esta relación explicaba: “El pensamiento de la causalidad despliega en la teoría de la participación en el delito una función doble, negativa y positiva: con arreglo a la primera excluye del ámbito de las acciones punibles de participación todo lo que no ha sido causal en la producción del resultado; la segunda proporciona el punto de arranque seguro para la determinación del concepto de autor” (286, II).

La causalidad siempre ha cumplido un rol tranquilizador para los juristas dedicados al derecho penal. El dogma causal hoy no cumple casi ningún rol trascendente en la imputación penal; sin embargo la reconducción de la teoría de la participación (lato sensu) a la teoría del tipo sigue vigente hasta el punto de afirmar que la primera constituye una parte de la segunda (JESCHECK, 585). Claro que esta marcada relación tiene inevitablemente alguna consecuencia negativa: todo el casuismo y la falta de definición actual en el marco de la teoría de la imputación objetiva se traslada a la teoría de la participación.

La clave hermeneútica del dominio del hecho alude al desarrollo de un modelo de imputación absolutamente normativo y ello garantizaba desde el comienzo la legitimidad de incluir entre los criterios que definen la atribución a la cuenta del autor de incumplimientos

de deberes que surgen de una relación similar a una “garantía”. Nuevamente: se trata de definir el fin de la norma como criterio no negativo sino ya positivo de la imputación. Ello queda demostrado en forma nítida en la construcción sistemática de una categoría como la de la autoría mediata en el marco de la actuación de aparatos de poder organizados. En este punto es básico comprender –algo que con dificultad se logró en la sentencia de la Cámara que juzgó el comportamiento de los altos mandos militares de nuestro país dictada el 9.12.1985 –Fallos 309-I/II- que se trata de un modelo de imputación a la cuenta del autor que se desconecta por completo de cualquier exigencia causal como la cercanía física con el comportamiento. Es más: cuanto más lejos en la cadena de mandos se ubica el que da la orden del hecho mismo, más se consolida la imputación a título de autor mediato. Aun así, parece correcto aceptar que, en el ámbito de las cuestiones aquí tratadas, es preciso abandonar cualquier intento de diseñar el sistema de imputación sobre bases causales, ónticas o naturales. No es posible explicar el modelo de responsabilidad de las personas ideales de la mano de las viejas pretensiones de las ciencias físicas en la teoría del ilícito. Todo esto parece demostrar que el planteo crítico proveniente de la incapacidad de acción nace y desarrolla sus argumentos en planos distintos a los convenientes: no se trata de saber si las personas jurídicas tienen una capacidad de acción real, identificable en el mundo físico, sino de averiguar si es legítimo imputarles las acciones realizadas por quienes, indudablemente, sí la tienen y actúan en su representación: sus órganos. Es decir, nada de esto es nuevo; se trata de una manifestación más de la normativización del ilícito que ya no es más “causación” sino “imputación”.

b- La normativización de la totalidad del sistema de imputación: su influencia en el concepto de bien jurídico

Otro presupuesto fundamental del derecho penal liberal reside en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Sin embargo tal concepto ha recibido en los últimos años algunas críticas que deben ser analizadas con algún cuidado. Existe la sospecha, cuando se comienzan a investigar posibilidades de reducción del ámbito de aplicación del derecho penal fundamentados en principios no tradicionales (tendencia que es fomentada en los últimos 30 años a partir del desarrollo de una teoría de la imputación objetiva), de que la idea de la protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal se muestra como una tendencia con cierto poder criminalizante y con ello opuesto a algún tipo de retracción del derecho penal. Ello requiere, sin lugar a dudas, que se realicen algunas precisiones que permitirán, eventualmente, superar este obstáculo conceptual o, incluso, político-criminal. Al concepto del Bien Jurídico se le han asignado tres funciones más o menos bien delimitadas.⁶

- en primer lugar, desde el punto de vista de la hermenéutica, se le ha asignado la función de garantizar que la tarea de interpretación se oriente al bien jurídico;
- en segundo lugar, desde el punto de vista de su rol dogmático, el bien jurídico puede representar el sustrato material común a todo comportamiento antijurídico;
- en tercer lugar, y por último, puede significar una exigencia liberal dirigida al legislador a favor de la cual sólo le está permitido legislar en el ámbito del derecho penal toda vez que su actividad se dirija a la efectiva protección de un bien jurídico;

Tradicionalmente, la teoría del bien jurídico ha sido considerada una de las más importantes conquistas del garantismo penal.⁷

⁶ Ver, HANS JOACHIM RUDOLPHI, "Los diferentes aspectos del concepto de Bien Jurídico", traducción del original en alemán publicado en Festschrift für Richard Höning -Göttingen-, por ENRIQUE BACIGALUPO. En NUEVO PENSAMIENTO PENAL, Año 4, Buenos Aires, 1975, pág. 329 y sgtes.

⁷ "Históricamente es innegable la eficacia limitadora que, al menos en el plano teórico, pudo tener sobre el ius puniendi. No puede olvidarse la idea de V. LISZT de que el bien jurídico es el punto de confluencia del Derecho Penal y la Política criminal, de ahí su importancia y su capacidad para ser interpretado en clave política". Ver JUAN TERRADILLOS BASOCO, "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", en Revista Pena y Estado, Nro. 1, 1991, PPU, Barcelona, pág. 9 y sgtes.

Por ejemplo, H.H. JESCHECK ha afirmado: *“La acentuación de la protección del bien jurídico como tarea primordial del Derecho Penal es una característica de la concepción liberal del Estado. Detrás se halla el convencimiento de que la cualidad interna de las acciones humanas no puede someterse al juicio del Derecho penal, porque ahí sólo cabe reconocer el fuero de la conciencia”*.⁸

Sin embargo, hoy posiblemente la percepción deba ser distinta. Hace unos años, en un artículo al cual se le otorgó gran trascendencia, Günter Jakobs sostuvo, en el marco de una investigación sobre “criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”⁹ algunas críticas a la teoría del Bien Jurídico basadas en sus consecuencias, paradójicamente, criminalizadoras: *“Desearía rastrear otro motivo, algo oculto y por ello tanto más difícil de controlar, que favorece las anticipaciones de la punibilidad: el principio mismo de la protección de Bienes Jurídicos. Este principio induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de Bien Jurídico. Lo que con razón se pueda calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos. Tomar como exclusivo punto de partida el bien jurídico conduce sin duda al desbordamiento, porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva la esfera jurídica del autor. El autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino que es sólo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico. En un consecuente desarrollo de este criterio de tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, habría que combatir penalmente incluso los pensamientos peligrosos o, más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos”*.¹⁰

Aquí se trata de objetar a la teoría del Bien Jurídico desde sus consecuencias legitimantes para la intervención del derecho penal. La crítica es interesante, pero sin embargo desconoce las posibilidades que tendría, para evitar el riesgo citado, una correcta interpretación de la teoría del bien jurídico como *garantía*. En efecto, para limitar las consecuencias nocivas citadas, alcanzaría con recordar cuál es el origen de la idea del bien jurídico, es decir remarcar que el concepto se encuentra absolutamente enmarcado por su función de garantía. Ello daría fundamento suficiente como para asegurar que el principio de exclusiva protección de Bienes Jurídicos no se encuentre nunca emparentado con una tendencia expansiva del ámbito de protección de la norma.

Otra línea crítica tiene, sin embargo, mucha mayor relevancia para el desarrollo de una teoría de la imputación objetiva influida por el comportamiento de la víctima. Se trata de la consideración de la teoría del bien jurídico como una teoría que ha significado, para esta concepción, un modelo de legitimación del derecho penal con un porcentaje de autoritarismo al haber quitado importancia en la definición de conflicto penal al titular del bien jurídico dañado y con ello haber limitado toda posibilidad de participación del sujeto pasivo en la disposición del bien jurídico. El porcentaje de “autoritarismo” de la teoría vendría dado, según esta tesis¹¹, porque el bien jurídico se ha despersonalizado a favor,

⁸ H.H. JESCHECK, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, pág. 6.

⁹ GÜNTER JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", traducción al castellano del original alemán "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung" publicado en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 97 (1985), a cargo de Enrique Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid), aparecido en "Fundamentos del Derecho Penal", Ad. Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 179 y sgtes.

¹⁰ Op. cit., pág. 184 y sgte.

¹¹ Esta idea, que se desarrolla en esta parte del capítulo, me fue sugerida por Julio B.J. Maier en el año 1994 y fue traída nuevamente a análisis a propósito de las reflexiones mantenidas con él alrededor del plan de la presente investigación.

puramente, de la legitimación de la función penal del Estado. Ya no se trata de “la propiedad de Pedro”, o “la vida de Juan”, sino de instancias de legitimación del Estado.¹²

*“Ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho Penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: es que el concepto “bien jurídico”, establecido por la doctrina analítica del Derecho Penal, servía a la conservación de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podría dedicar a su “protección”, a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado”*¹³

La teoría del Bien Jurídico, así entendida, provoca innumerables dificultades, por ejemplo, para el ingreso de instancias de reparación y conciliación entre autor y víctima.

Esas mismas dificultades aparecerán, seguramente, en la definición de una dogmática de la imputación objetiva que tome en cuenta, con efectos prácticos visibles, la participación de la víctima en el ilícito que la lesiona. En buena medida la teoría de la imputación debe elegir entre dos fundamentos extrasistemáticos: bien jurídico protegido y autodeterminación de la víctima. La elección por el bien jurídico protegido como fundamento de la imputación dejaría las cosas sentimentalmente lejanas a la aceptación de criterios negativos de la tipicidad como son: competencia de la víctima, consentimiento, etc. En cambio, si la teoría de la imputación recoge los criterios citados coloca en un primer lugar la necesidad de acudir, como en verdad lo hace Günter Jakobs, al par conceptual “autolesión” y “heterolesión”.

Aquí la teoría del Bien Jurídico se transforma en un verdadero obstáculo, en las consecuencias, para la puesta en práctica de una teoría reduccionista del tipo penal y para la vigencia del principio de mínima intervención. Si el fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos y este axioma debe permear a la fundamentación sistemática del ilícito,

¹² Llamativamente, a pesar de partir de otro puerto, a las mismas consecuencias llega el Funcionalismo Sistemático al ser, también, una teoría contraria a la teoría del bien jurídico y que, ha terminado por desnitrir -en el pensamiento de sus sostenedores- a este concepto. Sin embargo, si la opción fuera "bien jurídico" o "sistema" quienes prefieran -político-criminalmente- un poder penal del Estado razonablemente limitado deberían inclinarse por la vapuleada teoría del bien jurídico. "Para este funcionalismo sistémico, que olvida, de facto, el concepto de bien jurídico, todo el sistema social es objeto de protección por el Derecho Penal, y en consecuencia lo relevante es la oposición funcional al funcionamiento de la sociedad entera. El castigo del culpable disfuncional sirve para demostrar la validez de la norma como modelo de referencia para la interacción social: los miembros de la sociedad consolidarán su confianza en la norma, lo que, a su vez, reforzaría su determinación a comportarse conforme a derecho. Se trata de una transposición del plano de interés, que pasa del bien jurídico a la integración de la sociedad. La punición no pretende combatir las lesiones a bienes jurídicos, sino confirmar simbólicamente la norma y crear y reforzar el consenso entre los miembros de la sociedad". JUAN TERRADILLOS BASOCO, "Función simbólica...", cit., pág. 15. Puede decirse que, a diferencia de lo que sucede en la presente investigación el funcionalismo sistémico "tironea" al principio de protección de bienes jurídicos hacia un aumento de la criminalización. En este contexto, y sólo en este contexto, es que las voces de defensa de la teoría recogen el lado más "fielmente" garantista. Ello se advierte en general en las tesis de WINFRIED HASSEMER (aún a pesar de la crítica que le dirige Alessandro Baratta y a la cual aludimos en el texto más abajo). Ver, WINFRIED HASSEMER, "Lineamientos de una teoría personal del Bien Jurídico", trad. de PATRICIA ZIFFER, del original alemán, -1989-, en Doctrina Penal, 1989, pág.275 y sgtes.

¹³ MAIER, J.B.J., "La víctima y el sistema penal", en "De los Delitos y de las Víctimas", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 187.

entonces no le será fácil al intérprete hacer ingresar criterios de reducción del ámbito del tipo penal basados en un fundamento tan diverso como lo es la participación de la víctima.¹⁴ Para decirlo más claramente: por un lado, la tendencia que desarrolla la presente investigación insiste en la necesidad dogmática de enriquecer el análisis de la fundamentación del ilícito basándose en una personalización e individualización mayor del conflicto. La determinación de la conducta prohibida no se contentaría con el análisis de la conducta del autor y la comprobación fáctica de un riesgo o lesión a un bien jurídico, sino que requeriría un relevamiento conglobado del suceso en el cual cumple un rol de indudable importancia la actuación del sujeto pasivo en relación con la protección del bien. Por otro lado, el principio de protección de Bienes Jurídicos ha hecho abstracción de una innumerable cantidad de datos presentes en el conflicto a favor de una despersonalización de la titularidad del bien. Desde este último punto de vista, en verdad, es lógico que importe muy poco si el titular del bien afectado dispone de él, o lo ha desprotegido, o ha demostrado poco interés, o ha actuado imprudentemente en relación con él. Se trata de que el Estado haga propio el conflicto y decida, por encima de las expectativas y responsabilidades personales, el tipo de reacción para resguardar el “valor”. Aquí, la teoría del Bien Jurídico cumple un rol “legitimante” de la intervención estatal: frena los impulsos reduccionistas en procura de una defensa a ultranza del Bien protegido. Otro ejemplo absolutamente claro de este efecto negativo de una garantía ha sido planteado en forma nítida por ALESSANDRO BARATTA¹⁵ en la crítica que realiza a la teoría del Bien Jurídico propuesta por W. HASSEMER:

“Algunas teorías extrasistemáticas de los bienes jurídicos elaboradas con una indudable perspectiva crítica, tampoco logran sustraerse del todo a una doble función de legitimación que ellas cumplen independientemente de la intención de los autores en relación con los sistemas de la justicia criminal. Tomemos como ejemplo la teoría “personal” del bien jurídico elaborada recientemente por Hassemer: su intención es rigurosamente limitativa. En efecto, es admitida en esta teoría, la legitimidad extrasistemática únicamente de la tutela penal de bienes jurídicos “aferrables” y determinados, relacionados directa o indirectamente con intereses de personas físicas. Por otra parte, la deslegitimación de las normas penales de tutela de intereses difusos y de “funciones”, implica sin embargo una indirecta legitimación de otras normas. El riesgo es, que la exclusión “por principio” de los bienes jurídicos difusos e indeterminados, sea compensada con una aceptación, también, “por principio”, de los bienes jurídicos personales e indeterminados, y que esta

¹⁴ "protección de bienes jurídicos" y "mantenimiento de valores ético-sociales" llegan, desde este punto de vista, a las mismas conclusiones, por así decirlo, parcialmente "autoritarias". Esto se ve ya en la relación planteada por HANS WELZEL: "Ambas formas de valor son importantes para el Derecho penal. El Derecho penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), de ahí que impone consecuencias jurídicas a su lesión) al desvalor de resultado). Esta protección de los bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto. Así asegura la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc. Estos valores del actuar conforme a derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica (es decir, no necesariamente moral) constituyen el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales. El derecho penal asegura su real acatamiento, en cuanto castiga la inobservancia manifestada a través de acciones desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas. La misión central del Derecho penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente". Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, trad. de la 12ª edición, por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1987, pág. 12

¹⁵ BARATTA, ALESSANDRO, "Funciones Instrumentales y simbólicas del derecho penal: lineamientos para una teoría del Bien Jurídico", traducción de Mauricio Martínez, Revista Justicia Penal y Sociedad, Nr. 5 Guatemala, pág. 78

aceptación sustituya la comprobación empírica de la hipótesis de idoneidad de la pena en la tutela de estos bienes, instrumental del Derecho penal. De esta manera, la portadora crítica y política del discurso queda de hecho limitada a la dimensión cuantitativa (contener la expansión del sistema punitivo) sin intervenir sobre la dimensión cualitativa, es decir, sobre el concepto de la función instrumental del Derecho penal nada más”.

LUIGI FERRAJOLI¹⁶, incluso, en una reseña histórica del problema, titula este efecto negativo de modo por demás gráfico: “la parábola involutiva de la doctrina del Bien Jurídico: de la tutela de los derechos subjetivos a la tutela del Estado”.

El concepto de bien jurídico, para este autor, “se caracteriza por una ininterrumpida expansión de su significado, simultánea al progresivo desvanecimiento tanto de sus referentes empíricos como de su función de garante de los límites o condiciones que pueden justificar la prohibición penal”.

FERRAJOLI reseña esta involución de la mano de los siguientes pasos:

1. En un primer momento, en el pensamiento ilustrado, el objeto del delito debía ser la lesión de un derecho subjetivo natural de la persona (vida, salud, libertad).
2. BIRNBAUM luego hablaría de “cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada”.
3. Para la escuela clásica italiana (ROMAGNOSI, PELLEGRINO ROSSI Y CARRARA) el concepto continúa manteniendo una base empírica.
4. En la segunda mitad del S. XVII el concepto pierde “toda función axiológica”. Quizá en este momento se produce la “bisagra” más nítida desde el punto de vista conceptual. Al decir de FERRAJOLI: “su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza de los *intereses individuales* afectados al *interés del Estado*, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la finalidad. Este giro, en parte, es atribuido a HEGEL.
5. Luego, a través de IHERING, LISZT y BINDING, el concepto, progresivamente, se va transformando en “el derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena”. Esta concepción se ve identificada nítidamente en la concepción de GIUSEPPE MAGGIORE para quien “todo delito es, en definitiva, un delito de felonía, un crimen *laesae majestatis*”.
6. El último giro “involutivo”, Ferrajoli lo ubica en la etapa espiritualista e irracionalista en la cultura alemana de comienzos del S. XVIII, momento en el cual: “el concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y autoreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados”.
7. Sin embargo, FERRAJOLI advierte que luego de la Segunda Guerra Mundial el concepto adquiere “relevancia crítica y función axiológica”.

Como bien lo afirma el autor italiano, lo único que puede realizar una teoría del bien jurídico es brindar un espacio de deslegitimación y, por lo tanto, negativo: es decir el concepto de Bien Jurídico puede brindarnos información sobre lo que no se debe proteger penalmente, nunca -y si lo hace es una fuente político-criminal decididamente ilegítima- sobre lo que se debe proteger por medio del derecho penal.

“... una teoría del Bien Jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente -y además no serviría de nada que nos lo dijera- que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un determinado bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación -que no son sólo la irrelevancia o evanescencia del

¹⁶ FERRAJOLI, LUIGI, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mihino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, del original italiano -1989-, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 464 y sgte.

bien tutelado sino también la inidoneidad de las penas para lograr una tutela eficaz, o incluso, la ausencia de lesión efectiva a causa del comportamiento prohibido- para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación, o que ésta es escasa. Pero, por otra parte, esto es todo lo que se pide a la categoría del "bien jurídico", cuya función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito".

En ello reside el único espacio de posible consenso entre la teoría del bien jurídico y las tendencias victimodogmáticas reduccionistas del derecho penal que manifiesta esta tesis. La teoría del bien jurídico debe estructurarse en sus consecuencias respetando en todo momento su origen "limitador" del poder penal del Estado, lo que sin duda mantendrá su espíritu iluminista y su identidad como garantía.

Es evidente que las tendencias reduccionistas desarrolladas en la presente investigación no podrán nunca justificarse en la vigencia sistemática de la teoría del bien jurídico. Ello es una pretensión excesiva y se basa, seguramente, en una necesidad de hacerle decir cosas a la teoría que, en verdad, no debe decir. Sin embargo, el respeto del rol limitador, del rol de garantía de la teoría del bien jurídico, por lo menos, asegurará que el concepto creado por BIRNBAUM no se transforme en un firme opositor a estas tendencias.

Este encuadramiento de la teoría del bien jurídico es el que se debe tomar como presupuesto político criminal en el desarrollo de la presente investigación. Tal decisión ha estado expresada en forma por demás clarificadora por WINFRIED HASSEMER: "...hay que dejar en claro dos cosas: que el principio del bien jurídico por sí mismo no tiene la facultad de responder a la cuestión del merecimiento de pena, y que es ambivalente, y que, según cuál sea la situación histórica de la legislación penal, puede pronunciarse tanto a favor de la criminalización como de la desincriminación. De aquí surge, entonces, la posición específica (y comparativamente reducida) del principio del bien jurídico en el marco de la determinación del merecimiento de pena. *Una conducta que amenaza al bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta.*"¹⁷

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es un límite al momento de construir el tipo penal, pero nunca un elemento "extensivo" del tipo penal frente a otros criterios negativos de la tipicidad como, eventualmente, puede serlo la citada "máxima victimodogmática".

¹⁷ Hassemer, Winfried, "Lineamientos...", op. cit., pág. 278.