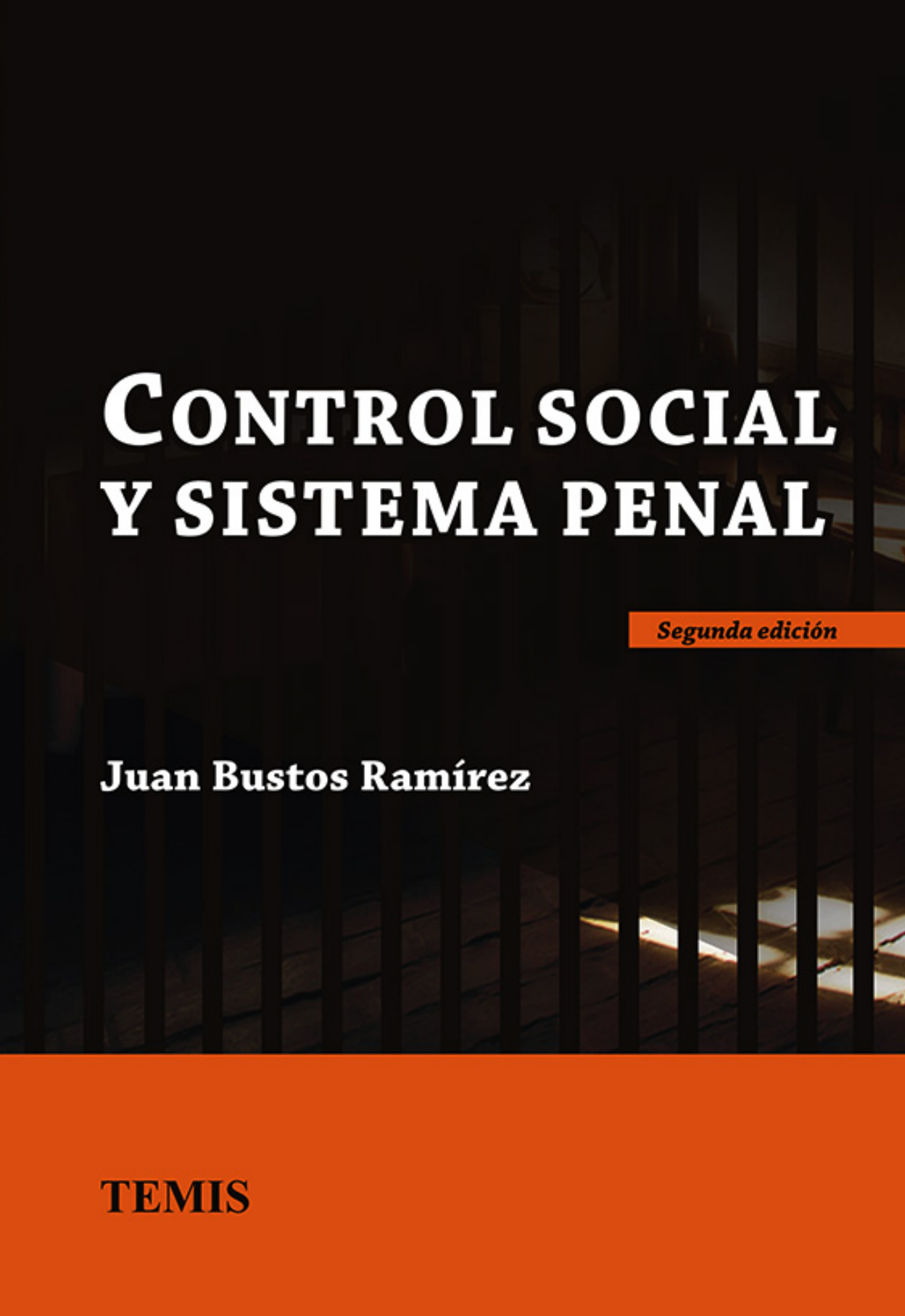




CONTROL SOCIAL Y SISTEMA PENAL

Segunda edición

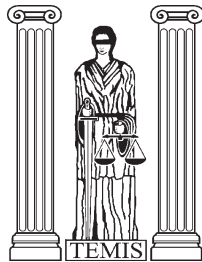
Juan Bustos Ramírez

TEMIS

CONTROL SOCIAL
Y
SISTEMA PENAL

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

CONTROL SOCIAL Y SISTEMA PENAL



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Juan Bustos Ramírez, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-0891-2
2589 201200032050
ISBN e-book 978-958-35-1307-7

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRÓLOGO

El presente volumen abarca la mayoría de los trabajos realizados con posterioridad —salvo el de los *delitos de peligro*— al golpe militar de 1973 en Chile.

A diferencia de otro libro semejante —*Bases críticas para un nuevo derecho penal*—, este tiene por objeto considerar no solo el aspecto jurídico penal, sino la totalidad del sistema penal, como forma específica del control. Por tanto, la llamada cuestión o fenómeno criminal se entiende no como algo puramente individual o social, sino en primer lugar como una *construcción* desde el control, entendido este como una forma de organización concreta del poder. En ese sentido esta problemática está ligada a la historia de la lucha del ciudadano frente al poder y control del Estado por sus garantías y derecho y por recibir una defensa igualitaria de sus bienes e intereses —la víctima es ciudadano, lo que se olvida en algunos planteamientos radicales—. En otras palabras esta lucha implica que toda fundamentación del control ha de constituirse al mismo tiempo en su límite.

Fundamentar la construcción de un determinado delito y con ello el control del Estado ha de significar también poner límites en relación con su ejercicio sobre el ciudadano. La fundamentación no se basta a sí misma, no se legitima, si al mismo tiempo no es un límite de control. Es el control del control. Por eso el ciudadano, además, ha de estar en posibilidad de revisar tanto la fundamentación como los límites al control y con ello su legitimación. Pero esta revisión al poder y control del Estado, no es solo en relación con el aparato, con la sociedad política, sino también con la sociedad civil, pues hasta ella se extiende ese poder y control que son expresión del sistema en su conjunto. La única diferencia es que en la sociedad política aparecen siempre más evidentes y formalizadas, sin perjuicio que estas características también se observen en la sociedad civil (las costumbres y usos son una clara expresión de ello). El desconocimiento de esta realidad podría hacer creer ilusamente en que la realización de la utopía hoy es desplazar todo el control hacia la sociedad civil, como si esta fuera independiente del sistema y, por tanto, “pura”, aboliendo así el poder y el control. Con lo cual lo único que se logra es hacerlos menos transparentes y legitimados por sí mismos, lo que se traduce en que resultan ajenos a la revisión crítica del ciudadano. Hoy la cuestión criminal no pasa por la supresión del aparato del Estado y del sistema penal, como su forma concreta, lo cual es una irrealidad —y por ello sería solo encubrir o disfrazar el problema—, sino en reducirlo al mínimo en cuanto control, hacerlo efectivamente igualitario y someterlo constantemente a revisión crítica.

Esta es la línea de pensamiento que recorre la obra y de ahí la división en tres apartados. Uno referente a la cuestión criminal, otro a la revisión crítica del derecho penal y el último a la de las instituciones del control penal. Además se incluye, sobre esta misma base tripartita, una serie de artículos referentes a la realidad latinoamericana.

La obra está dedicada al profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA, presidente del Tribunal Supremo de Colombia, y al profesor EMIRO SANDOVAL, su discípulo y secretario, amigos que fueron asesinados en el asalto al Palacio de Justicia de Colombia por sostener y llevar a la práctica los mismos principios que informan este trabajo.

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

LA CUESTIÓN CRIMINAL

CAPÍTULO I

CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y DERECHO PENAL

	PÁG.
1. El siglo xx ha equiparado derecho penal con dogmática	3
2. Revisión de las garantías formales1	4
3. Revisión de las bases estructurales de la dogmática penal y sus reformula- ciones reformistas	8

CAPÍTULO II

POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL

1. La pena	14
2. El bien jurídico	17
3. Tipicidad y antijuridicidad	18
4. El delito	22
5. El sujeto responsable	24

PARTE SEGUNDA

REVISIÓN CRÍTICA DEL DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I

PENA Y ESTADO

1. Evolución del Estado y de la pena	31
2. Pena y Estado democrático	47

CAPÍTULO II

ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DE LA PENA

	PÁG.
1. Planteamiento previo	58
2. Teorías absolutas de la pena	59
3. Teorías relativas de la pena	62
4. Posiciones mixtas o eclécticas	72
5. Nuestra posición	79

CAPÍTULO III

DEL ESTADO ACTUAL
DE LA TEORÍA DEL INJUSTO

1. Contenido de la tipicidad	84
2. La teoría de la norma	89
3. El bien jurídico	92

CAPÍTULO IV

CONSIDERACIONES EN TORNO DEL INJUSTO

1. El injusto	96
2. Injusto y desvalor de resultado	98
3. Injusto y desvalor de acto	101
4. Injusto y bien jurídico: el desvalor de relación social	105

CAPÍTULO V

POLÍTICA CRIMINAL E INJUSTO

(Política criminal, bien jurídico, desvalor
de acto y de resultado)

1. La discusión teórica en torno al bien jurídico	109
2. Bien jurídico, derecho penal y política criminal	113
3. Bien jurídico, desvalor de acto y de resultado	116
4. Resumen preliminar de las conclusiones	120
5. Política criminal, bien jurídico y parte especial	122

CAPÍTULO VI

LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

(Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa
en el Código Penal de 1932)

PÁG.

1. El Código Penal de 1932	126
2. Bien jurídico, intereses difundidos, bienes jurídicos colectivos	129
3. Revisión crítica del bien jurídico	132
4. Derechos subjetivos, derechos de reconocimiento constitucional y bienes jurídicos	133
5. Los bienes jurídicos colectivos	136
6. Reordenación de los bienes jurídicos a partir de los bienes jurídicos colec- tivos	139
7. Bien jurídico colectivo y política criminal alternativa	142

CAPÍTULO VII

SIGNIFICACIÓN SOCIAL Y TIPICIDAD

1. José Antón Oneca	144
2. El Tribunal Supremo español y el dogma causal	145
3. Causalidad y tipicidad	146
4. La crítica al causalismo	148
5. Causalidad, ciencias naturales y sociales	149
6. Causalidad y conducta típica	152
7. Causalidad y adecuación social	154
8. Resumen preliminar de conclusiones	157
9. Contenido de la tipicidad	159
10. Tipicidad, causalidad y bien jurídico: la atribución y la imputación	163

CAPÍTULO VIII

POLÍTICA CRIMINAL Y DOLO EVENTUAL

1. Política criminal y dolo eventual	165
2. La definición conceptual dogmática del dolo eventual	166
A) Posiciones sobre el contenido del dolo eventual que aplican criterios de culpabilidad	167
B) Posiciones sobre el dolo eventual que aplican criterios extraídos del in- justo	171
3. Política criminal y dogmática del dolo eventual	178
4. El Código Penal y el dolo eventual	181

CAPÍTULO IX

EL INJUSTO PERSONAL: PRIMER NIVEL
DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

(En la propuesta de anteproyecto de Código Penal)

CAPÍTULO X

LA IMPUTABILIDAD
EN UN ESTADO DE DERECHO

Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas
y la psiquiatría alternativa

PÁG.

1. Revisión crítica del concepto de imputabilidad	200
2. La teoría de las subculturas	202
3. La psiquiatría alternativa	206
4. Estado de derecho e imputabilidad	214
5. Los efectos sobre la teoría del delito	217

CAPÍTULO XI

CASTIGO O IMPUNIDAD DE LA TENTATIVA
INIDÓNEA: UN FALSO DILEMA

1. Concordancias entre la legislación española y latinoamericana	221
2. Criterios fundadores de la sanción del delito imposible	224
3. ¿Es posible salvar el escollo de la culpabilidad por el hecho?	226
4. Lo injusto en el delito imposible: el bien jurídico	227
5. La superación de “lege ferenda” del falso dilema: el delito imposible como un delito “sui generis”	229

CAPÍTULO XII

LOS DELITOS DE PELIGRO

1. Concepto	232
2. Planteamiento dogmático	233
3. El llamado delito de peligro abstracto	235
4. La causalidad	237
5. El peligro como elemento del tipo	238
6. El dolo	240
7. Delito de lesión y delito de peligro con resultado de lesión	240
8. Delitos de peligro y delito culposos	242
9. Paralelo entre la culpa y delito de peligro	244

CAPÍTULO XIII

EL TRATAMIENTO DEL ERROR
EN LA REFORMA DE 1983: ARTÍCULO 6º BIS A

PÁG.

1. Planteamiento político criminal	246
2. La teoría del error	247
A) Delimitación conceptual	247
B) El error en relación al aspecto objetivo del tipo	248
C) El error sobre los elementos normativos del tipo	250
D) El error sobre los presupuestos de las causas de justificación	252
3. La teoría de la creencia diferente (o errónea)	254
A) Precisión conceptual	254
B) La creencia errónea invencible y vencible	259

CAPÍTULO XIV

LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

1. Conceptualización general	263
2. La amnistía y el indulto	265
3. El perdón del ofendido	267
4. La prescripción del delito y de la pena	269

CAPÍTULO XV

LEGISLACIÓN EXTRANJERA:
CONSTITUCIÓN Y REFORMA PENAL EN ESPAÑA

PARTE TERCERA

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO I

EL DELITO DE PRÁCTICA ILEGAL DE LA DETENCIÓN
POR PARTE DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

1. Introducción	287
2. Constitución y derechos reconocidos	288
A) Características de la Constitución de 1978	288
B) Constitución, derechos fundamentales y especialmente la libertad	290
3. Antecedentes legislativos del artículo 184 del Código Penal	293
4. La problemática del bien jurídico	295
5. Los sujetos en el tipo legal del artículo 184	302

	PÁG.
A) El sujeto activo	302
B) Sujeto pasivo	307
6. La conducta	309
7. El dolo y la culpa	315
8. Antijuridicidad y causas de justificación	317
9. “Iter criminis”, autoría y participación, culpabilidad	318
10. La punibilidad	319
11. El concurso de delitos	320
12. El proyecto de Código Penal de 1980	321

CAPÍTULO II

**EL DELITO DE DESAPARECIMIENTO FORZADO
DE PERSONAS COMO CRIMEN CONTRA
LA HUMANIDAD Y LAS MEDIDAS
INTERNACIONALES PREVENTIVAS**

1. La desaparición desde un punto de vista jurídico general	324
2. Posibilidad de configurar un bien jurídico protegido penalmente	325
3. Configuración técnico-jurídica de estos hechos en el derecho interno e in- ternacional	329
A) En el derecho interno	329
B) En el derecho internacional	331
4. Consideraciones anexas y medidas concretas desde un punto de vista inter- nacional	332

PARTE CUARTA

**REVISIÓN CRÍTICA
DE LAS INSTITUCIONES DEL CONTROL PENAL**

CAPÍTULO I

**PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y POLÍTICA CRIMINAL:
LOS ESTABLECIMIENTOS DE MÁXIMA SEGURIDAD**

1. Crisis y revalorización de la pena privativa de libertad	337
2. ¿Establecimiento de máxima seguridad o establecimiento especial?	339
3. Crisis de los fines de la pena privativa de libertad	343
4. Crisis de la reforma y del Estado posindustrial	344
5. Inocuidad y régimen especial	345
6. El establecimiento especial y el movimiento actual de reforma	346

CAPÍTULO II

DERECHOS DE LA PERSONA RECONOCIDOS POR LAS LEYES Y FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

	PÁG.
1. Estado, poder y control	348
2. Estado, poder, control y fuerza y cuerpos de seguridad	349
3. Derechos de la persona reconocidos por las leyes y fuerzas y cuerpos de seguridad	353
4. Derechos de la persona reconocidos por las leyes y fuerzas y cuerpos de seguridad públicos	354
5. El bien jurídico “garantías del ordenamiento jurídico a los derechos de la persona” y las disposiciones de los artículos 184 y ss.	356

CAPÍTULO III

LAS FUNCIONES DE LA POLICÍA Y LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LOS CIUDADANOS

1. Papel de la policía en el control penal	360
2. El papel de la policía en el control sancionador general	367
A) El papel de la policía en el control sancionatorio de orden administrativo	367
B) El papel de la policía en el control sancionatorio de orden público	368
3. Relación entre las funciones de control analizadas y la libertad y seguridad de los ciudadanos	369

PARTE QUINTA

CONTROL SOCIAL Y SISTEMA PENAL EN LATINOAMÉRICA

CAPÍTULO I

VIOLENCIA Y DOMINACIÓN EN LATINOAMÉRICA: UN MODELO INTERNACIONAL A DES-ARMAR

1. La violencia y sus clases	377
2. El modelo de violencia ilegítima y el caso chileno	380

CAPÍTULO II

CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y DERECHO PENAL LATINOAMERICANO

CAPÍTULO III

CONSIDERACIONES RESPECTO A LA ESTRUCTURA
DEL DELITO EN LA REFORMA PENAL
LATINOAMERICANA

	PÁG.
1. Introducción	396
2. La acción y la omisión	398
3. La llamada omisión impropia	399
4. Dolo y culpa	400
5. Eximentes	402
6. El error	402
7. Causas de justificación	403
8. Causales de inimputabilidad	408
9. Causales de inculpabilidad	409

CAPÍTULO IV

ASPECTOS POLÍTICO-CRIMINALES DEL DERECHO PENAL
DE LA CIRCULACIÓN EN LATINOAMÉRICA

1. Introducción	411
2. El derecho penal de la circulación	411
3. El derecho penal de la circulación en Latinoamérica	414
4. Fenomenología de la circulación	415
5. Ineficacia del derecho penal	416
6. Derecho y circulación	418
7. Derecho penal de la circulación y bien jurídico	419
8. Bien jurídico y configuración de los tipos legales	422
9. Los fines del derecho penal de la circulación	424
10. Procedimiento penal y derecho penal de la circulación	427
11. Conclusiones	428

CAPÍTULO V

ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA CRIMINAL EN CHILE
(1973 - 1979)

1. Estado de derecho	429
2. Régimen legal	430
A) Decretos leyes que configuran nuevos tipos penales	431
B) Disposiciones en relación con garantías procesales penales: regulación de la privación de libertad (la detención)	435
3. Administración de justicia y sistema de ejecución	437

	PÁG.
A) Administración de justicia	437
B) Sistema de ejecución	439
4. Características jurídico-políticas (política criminal)	440

CAPÍTULO VI

EL DELITO DE ESTUPRO EN EL CÓDIGO PENAL HONDUREÑO

1. El bien jurídico protegido	443
2. El delito de estupro	447
A) Generalidades	447
B) El estupro común o por engaño	449
3. El “iter criminis” y la participación	455
A) El “iter criminis”	455
B) La participación	456
Índice de autores	457

PARTE PRIMERA

LA CUESTIÓN CRIMINAL

CAPÍTULO I

CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y DERECHO PENAL*

1. EL SIGLO XX HA EQUIPARADO DERECHO PENAL CON DOGMÁTICA

Nacida en el siglo XIX, su primer desarrollo se fortaleció en la controversia con el positivismo naturalista y consolidó su dominación en la primera mitad del presente siglo. La claridad, precisión y brillantez de sus conceptos logró superar toda oposición. Sin embargo, en la actualidad, se desdibujan sus cualidades y su fuerza de convicción. El resurgimiento de la criminología crítica en las últimas décadas ha socavado las bases de sustentación de la dogmática provocando una revisión completa del derecho penal. La identificación entre dogmática y derecho penal ha caído en crisis.

El predominio de la dogmática se basó en la unilateralidad y división del estudio de la cuestión criminal: el derecho penal preocupado solo por el delito, la criminología por el delincuente y la política criminal solo por la reforma legislativa. De este modo criminología y política criminal pasaron a ser disciplinas accesorias y subordinadas respecto del derecho penal.

La criminología crítica, como ya ocurriera durante el Iluminismo, ha superado la compartimentación de conocimientos y análisis que ha dominado en el campo penal, para lo cual necesariamente se ha convertido en una crítica del derecho penal dogmático.

La dogmática penal no solo determina las características del delito, sino que al mismo tiempo pretende definirlo y toda definición implica que se tiene el *poder* para hacerlo. La pretensión apolítica y objetiva de la dogmática carece de fundamentación. Es la propia dogmática la que confirma el carácter *político* del delito y con ello del delincuente y de toda reforma legislativa. La criminología deja de ser el estudio etiológico (biológico, antropológico o social) del delincuente y se transforma en el estudio del poder político concreto (control) que representa el derecho penal en el Estado moderno, cuya formalización más acabada ha sido llevada a cabo por la dogmática y de ahí su identificación con ella.

La criminología crítica ha sustituido el examen pluri y multidisciplinario, como mera sumatoria de análisis, por la globalidad del estudio de la cuestión

* Publicado en *Nuevo Foro Penal*, 1987, en "Homenaje a Francesco Carrara".

criminal. Es someter a revisión el control. Con lo cual se da también unidad a todas las aportaciones surgidas desde la criminología académica, que han puesto de manifiesto los mecanismos de control.

En las postrimerías del siglo xx, de la modernidad, ya no se puede seguir identificando derecho penal con dogmática, con su forma. El derecho penal es expresión concreta del poder político, no es sino un subsistema del control. Por eso su estudio necesariamente lleva al examen del sistema en su conjunto. Criminología crítica implica derecho penal crítico y política criminal crítica, esto es, llevar el sistema hasta sus límites para someterlo a constante revisión.

2. REVISIÓN DE LAS GARANTÍAS FORMALES¹

Un principio básico de sustentación del derecho penal moderno, para justificar la intervención punitiva, ha sido el de la *igualdad* ante la ley penal. Se pretendió que, por el simple hecho de haberse suprimido el sistema de subordinaciones personales del Antiguo Régimen, se eliminaba todo criterio discriminatorio frente a la autoridad, frente al control y todos los sujetos eran entonces iguales ante la ley penal. Ella regía para todos, y con la misma intensidad respecto de cada ciudadano.

No es necesario, para rebatir tal afirmación, recurrir al planteamiento de que la justicia es una justicia de clases y que consecuentemente las leyes penales son expresión del poder de una clase y, por tanto, no pueden recaer sobre ella, sino sobre la clase sometida, como lo expusiera brillantemente ya MARX en sus escritos periodísticos de juventud en el *Rheinische Zeitung*, con motivo de la promulgación de la ley de hurto de leña por la Dieta alemana. Conforme a ella la costumbre secular en beneficio de los campesinos, que los permitía recoger las ramas caídas en los bosques, pasaba a constituir delito de hurto, pues ello perjudicaba los intereses de la burguesía agraria alemana.

Para eso basta con acudir al desarrollo de la teoría del *etiquetamiento*² a partir del interaccionismo simbólico, conforme al cual no hay un desviado, sino que hay un proceso de desviación o criminalización, sobre la base de procesos de definición y selección desde los grupos de poder. Por eso, un penalista tan ajeno al pensamiento crítico como RADBRUCH afirmó que el derecho penal por esencia y origen sitúa a los infractores del derecho en un estrato del pueblo considerado inferior³. No es entonces una casualidad que la inmensa mayoría de

¹ ALESSANDRO BARATTA, “Criminología crítica y derecho penal alternativo”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, núm. 1, págs. 43 y ss.

² Cfr. H. S. BECKER, *Los extraños*, Buenos Aires, Amorrortu, 1970; ROBERTO BERGALLI, “El origen de las teorías de la reacción social”, en “Sociedad y delito”, en *Papers, Revista de Sociología*, núm. 13, págs. 49 y ss.

³ Cfr. GUSTAV RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, Göttingen, Vanderhoek, 1957, pág. 65.

los internos en las cárceles pertenezcan a los sectores más desfavorecidos de la población, que la principal actividad de la policía esté también dirigida hacia esos sectores y que consecuentemente ellos sean el objeto fundamental de la administración de justicia.

Hoy el derecho penal no se puede desentender de esa problemática con el argumento de que ese es un problema referente al delincuente —por tanto objeto de la criminología y no del derecho penal—, y que el delito, que es su objeto de estudio, no es afectado en su estructura por tal problemática.

Ciertamente la criminología positivista coadyuvó a este planteamiento de la dogmática penal, que por algo tuvo y sigue teniendo como máximo representante también a un positivista —jurídico—, como KARL BINDING. La pretensión que el delincuente era un *anormal* —un ser diferente—, ya sea biológica, antropológica o socialmente, permitía ofrecer una base de marginalización *científica* de los estratos inferiores —de ese modo se daba una apariencia de racionalidad a los mismos procesos de estigmatización que en el Antiguo Régimen habían tenido lugar sobre la base de creencias o adhesiones de fe—. La verdad de la ciencia sustituía a la verdad de la fe en su justificación de la discriminación y desigualdad ante la ley penal. No es necesario acudir a los planteamientos de la apropiación ilegítima de la plusvalía del trabajo, para concluir que la cuestión criminal no es congénita a un determinado grupo social. El desarrollo de la teoría de la asociación diferencial que hizo SUTHERLAND, permitió concluir que el comportamiento criminal era siempre un comportamiento aprendido⁴ y que, por tanto, estaba en relación con la estructura y los valores de cada grupo social. De ese modo se acuñó el término de delincuencia de cuello blanco o como hoy se prefiere decir, delitos de los poderosos, que implica el rechazo a la concepción naturalista y evolucionista vulgar de la criminalidad —radicada según ella en estratos inferiores de bajo desarrollo—.

La igualdad ante la ley, uno de los tantos dogmas de que parte la dogmática penal y ciertamente el fundamental, no es más que eso: un simple axioma de la lógica abstracta, como la denominaba VON LISZT, con respeto, a pesar de su posición político-criminal. No puede por tanto constituirse en punto de partida de una construcción-jurídico penal, sino solo en un programa a alcanzar y, por tanto, de lo que se trata no es de afirmar la existencia de la garantía de la igualdad, sino todo lo contrario, de elaborar el máximo de garantías posibles para que *la desigualdad y discriminación frente a la ley penal sea la menor posible*.

La criminología crítica ha sustituido, por tanto, el principio de igualdad por el de desigualdad. Se trata de revelar todos los procesos de discriminación, con el objeto de establecer las garantías correspondientes para ir en búsqueda

⁴ Cfr. E. H. SUTHERLAND y D. R. CRESSEY, *Principles of Criminology*, Filadelfia, 1974, pág. 75.

de la igualdad. Solo el reconocimiento que el derecho penal *no* es igualitario, permitirá la construcción de un derecho penal *materialmente* garantista y superar la identificación unilateral y parcial entre derecho penal y dogmática.

Otro de los pilares básicos de la dogmática es el de la libertad de los sujetos. Todos los sujetos son igualmente *libres*, son capaces para determinarse libremente por el valor. Libertad de decisión por el valor; es decir, todos los sujetos se reconocen en los valores recogidos en las normas jurídicas, y tienen capacidad para ello. Sobre esta base la dogmática construyó el principio garantista de la culpabilidad. La intervención punitiva se apoya en el hecho que un sujeto pueda ser declarado culpable y ello es posible, porque todos los hombres tienen capacidad para reconocerse en el valor. Como en el caso de la igualdad, nos encontramos también ante una garantía dogmática, de un axioma del cual se parte.

Para rechazar este planteamiento no se necesita recurrir al reconocimiento de que el cuerpo social está dividido en clases antagónicas y, por tanto, con sus propios intereses y valores. Que no hay, por tanto, *un* interés social o *un* valor social y que consecuentemente el reconocimiento del valor es una cuestión relativa y no una capacidad absoluta respecto de un valor absoluto. No se trata de una cuestión metafísica de creencia o de acto de fe, sino de un proceso político social. Para llegar a estas conclusiones basta con acudir a los desarrollos en la criminología académica en relación con la teoría de las subculturas⁵ y del conflicto⁶. Conforme a la primera, derivada de la teoría de la asociación diferencial, cada grupo tiene sus propias formas de aprendizaje y, por tanto, pautas, valores e intereses propios para el comportamiento social. Conforme a la segunda, el sistema social se mueve por el conflicto procesal entre los grupos fundamentales que la componen (para DAHRENDORF entre los empresarios y trabajadores fabriles)⁷, imponiendo cada uno sus intereses y valores al momento de triunfar. No existe, por tanto, tal unidad de intereses y valores, ni tampoco hay posibilidad entonces para todo sujeto de reconocerse en los valores jurídicos. No hay una libertad como capacidad congénita por el valor. Este no es absoluto, sino relativo y está en función del aprendizaje grupal y no de una cualidad predada al ser humano.

En otras palabras, no se puede partir de la existencia de valores e intereses automáticamente reconocidos y que por ello es una garantía justificar la intervención punitiva en razón del valor asumido y su reconocimiento por el sujeto. Como en el caso del principio de igualdad se trata de pura ideología, es decir, del encubrimiento de una realidad diferente. Y ella consiste en que,

⁵ Cfr. *The Sociology of Subcultures*, editado por David Arnold, Santa Bárbara, 1970.

⁶ Cfr. RALF DAHRENDORF, *Sozialen Klassen und Klassenkonflikt in der industriellen Gesellschaft*, Stuttgart, 1957.

⁷ Cfr. ob. cit.

por el contrario, el derecho penal asume valores e intereses en que no se reconocen todos los grupos sociales y en que, por tanto, la libertad *no* es para todos. El principio de culpabilidad no es por tanto una garantía a la intervención punitiva; esta solo se puede constituir a partir del reconocimiento concreto de las diferentes capacidades de respuesta de los sujetos frente a las exigencias del sistema y a una revisión de tales exigencias, que asumen solo determinados valores e intereses.

Las garantías han de ser para menoscabar en el mínimo la diferenciación y la pluralidad en el cuerpo social. El principio de culpabilidad, por el contrario, por su carácter unitario, absoluto y abstracto desmonta toda garantía material al individuo.

El tercer pilar básico de la construcción dogmática es el de la *justicia*. La dogmática construye un derecho penal *justo*, en que los hechos realizados se valoran en su justo valor y por tanto también la pena aparece como la medida *justa* al desvalor del delito (a cada uno se le aplica la pena que *merecen* sus hechos). Se parte también entonces de una garantía puramente formal, axiomática; el derecho penal y la pena son justos, las valoraciones del delito y la pena son absolutas, neutras, objetivas. Para rebatir este planteamiento tampoco es necesario recurrir a la *injusticia* de la explotación de una clase por otra y que una consecuencia de ello es asegurar tal explotación mediante el derecho y específicamente por medio del derecho penal, que el derecho penal no está al servicio de las grandes mayorías, sino de las minorías, que la pena en su aplicación no es sino una forma de regulación de la disciplina del trabajo y del mercado de trabajo. Basta con acoger las aportaciones que se han producido en la teoría psicoanalítica de la criminalidad⁸ y en la teoría estructural-funcionalista de la anomia y la desviación⁹. Para la segunda el delito y el delincuente no son sino una resultante social, cada sistema social produce sus propios delitos y delincuentes; luego no es que ellos estén dotados de un desvalor propio, sino que son el producto de determinadas funciones sociales. Conforme a la primera la sociedad necesita chivos expiatorios, el delito y el delincuente no son sino expresión de tal necesidad afincada en las frustraciones y deseos del inconsciente social. En definitiva tanto respecto de las aportaciones de una y otra teoría no cabe hacer la distinción entre bien y mal, entre buenos y malos, que es el fundamento de la teoría del derecho penal *justo*. Las garantías no tienen que estar fundadas en una teoría del merecimiento sobre lo que *valen* de por sí los hechos (distinción entre buenos y malos), sino de que el derecho penal produzca el *menor daño* posible en los sujetos, pues no hay buenos y malos, sino solo *personas en conflicto social constante* dentro del sistema. Las per-

⁸ Cfr. ROBERTO BERGALLI, "Sociología de la desviación", en *El pensamiento criminológico*, 1, págs. 159 y ss.

⁹ Cfr. R. K. MERTON, *Teorías y estructura social*, trad. Florentino M. Toner, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

sonas *merecen* el menor daño posible, pues el Estado está para su felicidad y no su infelicidad. La teoría garantista de la justicia no es sino también una pura ideología al igual que la de la libertad e igualdad como principios garantistas.

La criminología crítica al colocar en un continuo todas las aportaciones producidas en la criminología académica y al globalizar el análisis concreto de la cuestión criminal permite desmontar las realidades encubiertas por la dogmática con sus principios garantistas axiomáticos. Con ello se provoca una revisión total del derecho penal y la búsqueda de principios garantistas materiales cada vez más profundos, que limiten al mínimo el derecho penal.

3. REVISIÓN DE LAS BASES ESTRUCTURALES DE LA DOGMÁTICA PENAL Y SUS REFORMULACIONES REFORMISTAS

Aunque lo anterior podría ser considerado como una crítica contundente a la dogmática penal, no es suficiente para poner en evidencia sus fallos estructurales y los de las reformas a que ha sido sometida.

Los elementos estructurales de que se ha servido la dogmática aparecen proporcionados por la teoría de la norma jurídica, la teoría sobre el sentido y función de la pena y la teoría del bien jurídico. Por cierto que todas ellas están en conexión con los principios garantistas anteriores.

La teoría de la norma jurídica, en cualquiera de sus expresiones más predominantes, ya sea monista o dualista, plantea en último término¹⁰ que la norma penal es un imperativo que encierra la valoración de un acto y por ello obliga al ciudadano. Como imperativo se agota en la prohibición o mandato, esto es, en la constitución de un deber; luego tiene una estructura simple de carácter jerárquico, somete a obediencia, subordina al ciudadano. En cuanto valoración de un acto, implica reconocer que lo fundamental es la individualidad del sujeto expresada en el acto, es la primacía de lo subjetivo y de lo ético; habría ciertos valores absolutos de conciencia y por tanto de acto, que guían el comportamiento del sujeto. Las normas aparecen así como el producto, bien de un ente más allá de la sociedad humana que se revela en la naturaleza de las cosas, o bien de la expresión de una racionalidad absoluta y abstracta como síntesis ideal de la razón humana. Las normas surgen de la cabeza de Zeus o de Prometeo. Esto permite a la dogmática construir una teoría del delito sobre la base del bien y el mal, de lo justo e injusto y en que la norma tiene una capacidad de motivación valorativa sobre todos los sujetos del cuerpo social. La teoría de la norma, no por casualidad entonces, fue desarrollada *in extenso* por el fundador de la dogmática moderna, KARL BINDING. Ella permite dar expresión concreta en la teoría del delito al principio garantista de la igualdad y la justicia.

¹⁰ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*. Parte general, Ariel, 1984, págs. 9 y ss.

La ideología de la teoría de la norma jurídica no es posible de revelar desde una teoría estricta de la norma; por eso no es suficiente con una teoría dualista frente a una monista ni tampoco con el planteamiento de la teoría pura de la norma de Kelsen¹¹, que agrega otra ideología, esto es, que la norma *no* implica una determinada valoración o una determinada decisión por ciertos intereses, y, pretende profundizar la neutralidad y objetividad de la norma, en consecuencia con su positivismo radical.

La ideología de la teoría de la norma solo puede quedar al descubierto cuando se profundiza en la *génesis* de la norma. Este problema fue pasado por alto por la dogmática, pues partía del presupuesto axiomático del origen metafísico de la norma, o bien, en la racionalidad-ideal del ser humano.

Para desvirtuar tales afirmaciones tampoco es necesario recurrir a ningún planteamiento radical como el del principio de dominación o hegemonía de una clase sobre otra. Basta para ello con acudir a las posiciones sustentadas a partir de las diferentes interpretaciones sociológicas del sistema social; cualesquiera de ellas, sea la teoría del consenso, o bien, del conflicto, señalará que las normas jurídicas, como toda regla o pauta de comportamiento, surge a través de un complejo proceso interactivo¹² y en caso alguno es entonces el producto de un principio metafísico ni racional absoluto y tampoco es solo la valoración de un acto. Las teorías sobre la génesis de la norma ponen al descubierto sus miserias. No es el producto acabado y perfecto de la racionalidad humana o meta humana, sino simplemente la resultante de una interacción entre los actores sociales en un ámbito determinado que lleva a la constitución o de una conciencia colectiva dominante —teoría del consenso— o al predominio de un grupo sobre otro —teoría del conflicto—. Por consiguiente, el delito, a diferencia de lo que plantea la dogmática penal, no puede ser construido simplemente a partir del acto ni la simple subjetividad del individuo, como una cuestión de moralidad o inmoralidad del comportamiento humano.

No es el momento ahora de entrar a un análisis pormenorizado, pero lo expuesto lleva necesariamente a una total revisión de todas las afirmaciones de la dogmática penal en torno a la construcción concreta de los elementos del delito, esto es, teoría de la causalidad, teoría de la acción, teoría de la tipicidad, teoría de la antijuridicidad. Todas ellas están traspasadas por la teoría de la norma y en todas ellas se encuentran sus consecuencias. El idealismo axiomático de la teoría de la norma se hace presente en cada una de las elaboraciones concretas de la teoría del delito, para convertir a esta solo en una suma de dogmas.

Desde la criminología crítica se puede entonces entrar a revisar cada uno de los elementos de la dogmática para sus construcciones concretas al interior

¹¹ Cfr. HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, 1960.

¹² Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*. Parte general, Ariel, 1984, págs. 15 y ss.

del derecho penal. La revisión de la teoría de la norma no hace sino confirmar que las normas no son procesos ajenos al sistema social y que el derecho penal no es sino una forma de control social; por ello mismo tipicidad y antijuridicidad no pueden quedar reducidas en su contenido garantista y de conocimiento a una pura formalización racional, sino que es necesario abrirlas desde una perspectiva material.

La teoría sobre el sentido y función de la pena ofrece aparentemente una mayor complejidad en sus expresiones concretas y aparece como más sensible a recoger desarrollos más allá de la dogmática. Sin embargo, la historia del derecho penal demuestra que en definitiva el planteamiento dogmático se impone de una u otra manera. Así, frente al planteamiento preventivo especial de la medida de seguridad, surgió el sistema de la doble vía, en el cual se afirmó el predominio del planteamiento retributivo y la medida pasó a ser un elemento subsidiario o accesorio, una “sección especial” para los más malos. Frente a la prevención general, ya desde el siglo XIX —con ROSSI¹³ y MERKEL¹⁴— y en especial en los últimos años con las posiciones de HASSEMER¹⁵ y JAKOBS¹⁶, el fin de actuar sobre la generalidad queda reducido al efecto inmanente que llevaría la pena de reafianzar la conciencia jurídica.

La retribución como sentido y función de la pena se basa sobre los principios de igualdad, libertad y justicia; desmontados ellos, queda reducida a un puro mal sobre el sujeto, a la simple utilización de la venganza por el poder. El criterio preventivo especial fundado sobre el planteamiento de utilidad concreta está condenado al fracaso, pues ciertamente la intervención sancionatoria del Estado no puede corregir las disfunciones sociales y políticas que afectan al sistema, y menos si se las trata de encubrir mediante el recurso ideológico de los fallos biológicos, antropológicos o ambientales. La prevención general en su reformulación actual como reafianzamiento de la conciencia jurídica, sea en el planteamiento sistémico del derecho penal de JAKOBS —esto es, que dentro del sistema social el derecho penal constituye un subsistema— o del derecho penal como una forma de control social en el caso de HASSEMER, tiene su fundamento en el planteamiento funcionalista y con orígenes en DURKHEIM¹⁷, de la existencia de una conciencia colectiva, y que es a su vez la base para una teoría del consenso. El fin de la pena sería pues la reafirmación de tal conciencia colectiva. Pero ello es en definitiva pura ideología, ya que se parte del principio axiomático que el mal de la pena tiene tal efecto de reafianzamiento de

¹³ PELLEGRINO ROSSI, *Tratado de derecho penal*, 12 tomos, Madrid, 1839.

¹⁴ A. MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, pág. 250.

¹⁵ WINFRIED HASSEMER, “Generalprävention und Strafzumessung”, en *Hauptprobleme der Generalprävention*, Metzner, Frankfurt a. M., 1979.

¹⁶ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Berlin, De Gruyter, 1983, págs. 13 y ss.

¹⁷ ÉMILE DURKHEIM, *De la division du travail social*, 8ª ed., 1967, pág. 46.

la conciencia, por una parte, y, por otra, también es una base axiomática la existencia de tal conciencia colectiva.

En definitiva, tanto las direcciones retribucionistas de la pena como las preventivo-utilitarias generales y especiales, están basadas sobre pura ideología y en planteamientos axiomáticos que encubren una realidad diferente y es por eso que la dogmática ha podido convivir sin grandes dificultades también con estas últimas. No es necesario recurrir a ningún planteamiento radical para llegar a la conclusión que la pena o medida, o como quiera que sea la denominación que se otorgue a la intervención sancionatoria del Estado, tiene un efecto estigmatizador sobre el sujeto, como ha puesto de relieve la teoría del etiquetamiento. Es una forma de seleccionar y aislar a ciertos sujetos y con ello a un grupo social, que servirán siempre de chivo expiatorio. Luego, tanto en su expresión abstracta como concreta, esto es, en su aplicación, la pena es un proceso de dominación y de destrucción de sujetos del cuerpo social. Y esto es lo único que siempre se ha podido comprobar empíricamente, desde los trabajos de HOWARD hasta los modernos sobre encarcelamiento y organizaciones totales. Por ello de lo que se trata es de poner de manifiesto tales efectos y de lograr su reducción al mínimo mediante el máximo de garantías en relación con la pena, y por eso empezar por desmontar todo el sistema de penas privativas de libertad. Más aún, ciertamente, en una dirección consecuente se puede llegar hasta propiciar el abolicionismo penal, como se ha formulado también por algunos críticos en el último tiempo —HULSMANN, MATHIESEN, etc.—¹⁸; pero ello sería convertir hoy las posiciones críticas en puro idealismo o voluntarismo, en querer llevar a cabo *ahora* la utopía social, con el peligro, además, de caer entonces en otro tipo de control social mucho más grosero que el propio penal, en que el ciudadano quede más desprotegido que en la actualidad. No por casualidad muchos regímenes autoritarios han preferido las vías administrativas sancionatorias a las penales, como ha señalado con mucha razón ZAFFARONI¹⁹.

Una consideración crítica de la pena tiene que partir del reconocimiento del delito como una expresión de conflicto social concreto y de falta de opciones o alternativas de superación de tal conflicto y en ese sentido la pena tendría que convertirse en ofrecimiento de nuevas opciones o alternativas al sujeto; en ese sentido sí se puede recurrir a formas no penales de resolución del conflicto y de ofrecimiento de alternativas, con lo cual se puede también ir reduciendo el campo del control penal, pero siempre que ello no signifique una disminución de garantías, sino por el contrario una ampliación de ellas.

¹⁸ Cfr. LOUK HULSMAN, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Barcelona, Ariel, 1985. THOMAS MATHIESEN, *Überwindet die Mauern*, Luchterhand, 1979.

¹⁹ RAÚL ZAFFARONI, “El sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires”, en *Criminología crítica*, Universidad de Medellín, 1984, págs. 105 y ss.

Por último tenemos la teoría del bien jurídico, cuyo desarrollo, controvertido en todo caso, ha servido para dar base de justificación a la teoría del delito en la dogmática penal.

Al mismo tiempo hay que reconocer que ha sido la teoría del bien jurídico aquella que con mayor fuerza hacia el interior del derecho penal tradicional ha puesto en crisis la dogmática penal y de ahí la gran controversia en torno a ella y que todo planteamiento dogmático radical haya reducido o minimizado su significado, así en BINDING²⁰, WELZEL²¹ o JAKOBS²². Es por eso por lo que tres han sido las direcciones más acogidas de la dogmática con relación al bien jurídico, con el objeto de no entrar en contradicción con sus postulados esenciales tanto garantistas como de carácter estructural.

Por una parte la consideración del bien jurídico, objeto de protección de la intervención punitiva del Estado, como predado por la naturaleza de las cosas, es decir, como una revelación metafísica al legislador y por tanto no susceptible de discutir, más allá del alcance de los hombres. Vida, libertad, propiedad, etc., aparecen como verdades reveladas y que han de ser asumidas por el legislador penal como objeto de protección de las normas penales. La otra dirección es considerar los bienes jurídicos como inmanentes a las normas penales, como el núcleo de la obediencia —BINDING— o la validez de las normas —JAKOBS—; toda norma genera su propio bien jurídico, es expresión de la racionalidad misma de la norma, con lo cual tampoco puede ser objeto de discusión. Y, por último, está la vía de la mediatización del bien jurídico; están más allá del derecho penal y son simple punto de referencia, pero su contenido está ya dado y absorbido por la norma, de modo que no tienen función alguna que cumplir en el derecho penal y por tanto no tiene sentido su discusión, es el caso de la posición de WELZEL.

El bien jurídico es transformado por la dogmática en estas tres posiciones en pura ideología, en una etiqueta encubridora de una realidad diferente, de la cual solo se quiere tomar su apariencia. Vida, libertad, propiedad, pasan a ser simples lemas, consignas o etiquetas, sin que se pretenda inquirir por su contenido real o tratando que ello no suceda. En este caso no es necesario ir más allá del derecho penal para encontrar ya planteamientos alternativos. La llamada nueva escuela de FRANZ VON LISZT fue la primera en denunciar la falacia en que se incurría con la teoría del bien jurídico. Si el bien jurídico quería constituirse en una garantía material y no simplemente formal axiomática tenía que considerarse como un producto de la vida social²³. Los objetos de protección

²⁰ KARL BINDING, *Die Normen und ihre Obertretung*, I, 2ª ed., Leipzig, 1890, págs. 96 y ss., 186, 338.

²¹ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., traduc. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, págs. 14 y ss.

²² GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1983, págs. 27 y ss.

²³ FRANZ VON LISZT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., pág. 4.

del derecho penal no surgen en el vacío racional, sino en la dinámica del funcionamiento de un sistema social determinado y por tanto *de la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestas*. Los objetos de protección son producto de una decisión política al interior del sistema y por tanto su contenido dependerá del grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales.

La teoría del bien jurídico en su consideración dogmática permitió dar por sentado la inmutabilidad y eternidad de los objetos de protección del derecho penal y al mismo tiempo establecer una división con objetos de protección transitorios o artificiales, es decir, aquellos que de algún modo implicaban algo más que un reconocimiento puramente formal de garantías. De ahí que con razón se ha señalado en el último tiempo que la teoría clásica del bien jurídico estaba incapacitada para comprender aquellos intereses propios a las grandes mayorías de un sistema social y que afectan a cada uno de sus miembros en su vida cotidiana, los llamados bienes jurídicos colectivos, como el medio ambiente, la seguridad en el trabajo o la calidad del consumo. A lo que, además, habría que agregar que bienes jurídicos como la vida, la libertad, la propiedad, quedan solo en una instancia formal respecto de las grandes mayorías, si al mismo tiempo no se reconoce respecto de estas los bienes jurídicos colectivos. La vida, la salud, la propiedad de las grandes mayorías está fundamentalmente afectada por los delitos contra el medio ambiente, contra la calidad del consumo, contra los ingresos y egresos del Estado.

Una teoría crítica del bien jurídico viene a poner de relieve precisamente el carácter discriminatorio e injusto del derecho penal. Y si la teoría del delito ha de fundamentarse sobre el objeto de protección del derecho penal, esto es, los bienes jurídicos, ciertamente el revelar la ideología encubridora del planteamiento dogmático implica también poner de manifiesto la injusticia del llamado injusto penal.

En suma, entendida la criminología, hoy como una disciplina social crítica del control social que es la *dogmática penal* implica en primer lugar poner de relieve el carácter político definitorio del delito y el delincuente y con ello poner en constante revisión cada uno de los fundamentos justificantes y estructurales de la dogmática penal. Desvirtuar para siempre la identificación entre derecho penal y dogmática y tratar de convertir el derecho penal en una disciplina de garantías en un sistema democrático, de modo que la intervención punitiva del Estado sea reducida al mínimo y *toda fundamentación de ella sea al mismo tiempo una base de limitación y no de extensión de su control*. En ese sentido la criminología crítica se convierte en un planteamiento que pone siempre constantemente en tensión y en el límite de sus posibilidades al sistema. Desde una perspectiva crítica del sistema, el derecho penal pasa a identificarse con un garantismo *máximo* y, por ende, a constituirse en un *derecho penal mínimo*.

CAPÍTULO II

POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL*

1. LA PENA

Toda la evolución y discusión doctrinaria en torno al problema de la pena se debate entre dos extremos: el utilitarismo de las teorías de la pena, así la prevención general y especial, y la falta de utilidad de ellas, así las llamadas absolutas. Las unas preocupadas solo por la eficacia, las otras solo por la justicia.

Ahora bien, una definición político-criminal pasa necesariamente por una definición de la tensión existente entre estos dos extremos. Sin embargo, sería errado adoptar una posición ecléctica, ya que entonces si bien se recogen los aspectos positivos de determinadas teorías, también se incluirían los aspectos negativos, lo cual en último término llevaría a la configuración de un sistema contradictorio en sí mismo¹. Tampoco parece ser una solución tratar de poner límites a una determinada posición (prevención general positiva, prevención especial democrática), pues de este modo solo se restringen los efectos negativos, pero no se eliminan: así la prevención general y la especial lesionarán siempre el principio de la responsabilidad por el hecho realizado².

De ahí que una revisión crítica de las teorías de la pena, necesariamente ha de aspirar a una superación de ellas. Punto de partida de tal revisión tiene que ser el averiguar qué ha sido y es la pena dentro del sistema social, excluyendo cualquier encubrimiento de carácter ideológico. Desde esta perspectiva tanto las teorías absolutas como relativas han sido teorías del encubrimiento, las primeras convirtiendo la realidad de la pena en una metáfora (ejemplo preclaro el planteamiento de HEGEL, que la pena es la negación de la negación del derecho), las segundas obviando la realidad de la pena sobre la base de una declaración de intenciones del legislador, abstractamente racionales (intimidar, reasegurar la conciencia en el derecho, resocializar, reeducar).

* Publicado en *Festschrift in Hilde Kaufmann* y en castellano en *Revista Universidad de Deusto*, 1987.

¹ Cfr. CLAUS ROXIN, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en *Strafrechtliche Grundlagen-probleme*, Berlin, 1973, pág. 11.

² Cfr. GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Berlin, 1983, págs. 17 y ss.; MARINO BARBERO SANTOS, "La reforma penal española en la transición a la democracia", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1977, págs. 61 y ss.

Dentro del sistema social la pena ha sido y es una *autoconstatación del Estado*³. El Estado con la pena ha autoconstatado su propia existencia, su poder. Por eso la pena ha tenido y tiene un carácter simbólico, se ha bastado a sí misma, porque con ella el Estado expresa su existencia. De ahí entonces el carácter simbólico, más allá de toda consideración de eficacia o utilidad. Pero el Estado no es un ente abstracto, sino realmente existente, por tanto esa autoconstatación es la autoconstatación de un *determinado sistema*. Y hoy entonces es la autoconstatación de un determinado sistema democrático. Ahora bien, por su carácter simbólico, la pena tiene un carácter puntual, esto es, autoconstata el sistema sobre la base de poner de relieve los nudos centrales que configuran el sistema democrático. Por eso es que la pena al auto constatar el sistema, necesariamente cumple una *función de protección* de esos ejes del sistema, que no son otros que los bienes jurídicos. De la realidad de la pena, ser autoconstatación, surge en un sistema democrático una función, la protección de bienes jurídicos.

Con lo cual entonces en un sistema democrático los bienes jurídicos se convierten en la base de fundamentación y legitimación de la pena, pero por ello mismo en *conditio sine qua non* de la pena.

Luego una definición político-criminal de la pena pasa por una definición de los bienes jurídicos⁴. Como hemos dicho, los bienes jurídicos constituyen la base del sistema social (democrático), por eso mismo no pueden ser sino una relación social, ya que las relaciones sociales son lo constitutivo del orden social. Lo único que hace el ordenamiento jurídico es recoger una determinada relación social en forma concreta y simbólica (vida, salud individual, honor, libertad). Como relación social el bien jurídico implica una determinada posición de los individuos entre sí y una intermediación con otros entes u objetos que se dan entre ellos. Es decir, es un *proceso de comunicación y participación*⁵. Por eso mismo tendrá siempre un carácter dialéctico. En definitiva, entonces, podemos decir que el bien jurídico es una síntesis normativa concreta de una relación social determinada y dialéctica⁶.

En otros términos, un sistema penal democrático aparece abierto en su base de legitimación, que son los bienes jurídicos, ya que estos aparecen como relativos y en constante desarrollo, por su carácter comunicativo, participativo y dialéctico. La pena (la autoconstatación del sistema) no es una realidad cerrada, axiomática, un *fiat* autoritario, sino todo lo contrario, en razón de que su base de legitimación y límite son los bienes jurídicos. El bien jurídico re-

³ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, Barcelona, Ariel, 1984, págs. 39 y ss.

⁴ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 39.

⁵ Cfr. ROLF CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a. M., 1974, pág. 143.

⁶ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 63.

sulta así una categoría crítica del propio sistema, está en el sistema, pero también más allá de él, es siempre final, y su fin está siempre por alcanzar, que es lo propio de una sociedad abierta, en que es la participación de sus miembros en todos los procesos culturales, sociales, económicos, políticos, los que van configurando el sistema. De ahí que el encubrimiento de esta realidad que se produce mediante las teorías absolutas y relativas, tiende siempre o es siempre base de la configuración de un planteamiento autoritario del sistema social: una pretensión de cerrarlo o de convertir el sistema democrático no en un sistema material (de libertad e igualdad material), sino puramente formal (presumir axiomáticamente la libertad e igualdad de los sujetos). El bien jurídico así concebido se constituye en un fundamento y límite material del injusto penal.

Por tanto, la determinación del injusto ha de darse desde el bien jurídico.

Pero la realidad de la pena no se agota en la autoconstatación del Estado, ya que la pena está para ser impuesta, conceptualmente no es concebible una pena que no esté para ser impuesta. Delito y pena son realidades imprescindibles del sistema, el delito existe en la medida en que hay autoconstatación del Estado, en la medida que el sistema se reconoce en determinadas relaciones sociales, en los bienes jurídicos. Es el sistema el que determina delito y pena, por eso siempre delito y pena son un problema de definición política. La política criminal traspasa todo el sistema penal.

La pena se agota en su realidad por medio de su *imposición* a un individuo⁷. La pena significa determinación, individualización y selección de un sujeto. Es decir, la pena no solo implica concretar una relación social determinada, sino también seleccionar un determinado sujeto. Pero así como un sistema penal democrático supone conceptualmente el bien jurídico como fundamento y límite material de la autoconstatación, también la imposición de la pena tiene un fundamento y límite material, que es el reconocimiento del sujeto como persona, esto es, la dignidad de la persona, su reconocimiento de actor social, de que es la base del sistema social, de las relaciones sociales, sin él no se da el sistema social. Por eso mismo la imposición de la pena al reconocer esa dignidad de la persona necesariamente está unida a un fin, no es la pura imposición, sino que es una imposición final y ese fin no puede ir más allá del de la persona, pues de otro modo significaría desconocerla. Por el contrario, las teorías absolutas y relativas desconocen esa dignidad de la persona, las primeras porque se satisfacen con la pura imposición y las segundas porque ponen el fin más allá de la persona (defensa social, seguridad estatal, utilidad social, etc.). Y ese fin de la persona es su propia liberación, es la satisfacción de su necesidad, es el disponer de diferentes opciones para resolver sus conflictos sociales. La pena en su imposición tiene que estar al servicio de esas necesidades del sujeto. Solo así puede ser útil socialmente, la negación de la dignidad de persona del sujeto

⁷ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 40; CLAUS ROXIN, ob. cit., págs. 17 y ss., 24 y ss.

es, por el contrario, perjudicial socialmente, afecta la seguridad del sistema, pues lesiona su base misma constitutiva, destruye las relaciones sociales. El reconocimiento de la dignidad de la persona implica una teoría dinámica del sujeto responsable, de constante profundización en sus necesidades, en sus opciones.

Luego, la individualización del individuo sujeto a castigo tiene como fundamento y límite material la dignidad de la persona. Ello implica entonces la elaboración de una teoría del sujeto responsable. En otros términos hay dos teorías diferentes, una del injusto o delito; cuyo fundamento y límite material es el bien jurídico, y otra del sujeto responsable. Ambas, sin embargo, tienen en común que parten de una definición política; como hemos señalado es el sistema el que define qué es delito al reconocerse en determinados bienes jurídicos, pero con ello al mismo tiempo selecciona a determinados individuos. Delito y sujeto responsable es un problema de definición política. Al mismo tiempo tanto delito como sujeto responsable son entonces una cuestión social y, por eso el problema de la responsabilidad será siempre social.

Luego, el sistema penal tiene como primer principio material sustentador el de la dignidad de la persona y en segundo lugar el del bien jurídico. Pero en un sistema democrático tampoco basta con todo ello, ya que las penas han de revestir una forma de aplicación que *ya no resulte necesaria*, pues entraría en contradicción con el fin de liberación del sujeto. Por eso, es un principio material fundamentador y limitador de la aplicación de la pena, el de su necesidad, pudiendo llegar en un caso determinado a no ser necesaria en absoluto. Estamos, pues, ante la última teoría del derecho penal, la referente a las formas de aplicación de la pena. El derecho penal en definitiva está constituido por tres teorías: la del delito, la del sujeto responsable y la de las formas de aplicación de la pena. Tres son los principios materiales que sirven de base material y limitante a estas teorías: la dignidad de la persona, el bien jurídico y la necesidad de la pena; cada uno de ellos tiene un momento especial de predominio y expresión: el bien jurídico en la teoría del delito, la dignidad de la persona en el sujeto responsable y la necesidad de la pena en las formas de aplicación de la pena. Las teorías absolutas solo se preocuparon de la teoría del delito, encubriendo con ella los problemas que revelan las otras teorías, provocando una atrofia o reducción de la teoría penal. Las teorías relativas hicieron lo mismo por su parte, la prevención general al poner su acento en la necesidad de la pena tendió a pasar por alto la teoría del delito y del sujeto responsable; la prevención especial al destacar la defensa social, tendió a excluir de su análisis a todas las teorías.

2. EL BIEN JURÍDICO

Una teoría del delito ha de partir, por tanto, del bien jurídico materialmente considerado. No es la teoría de la acción el fundamento de la teoría del deli-

to⁸; en primer lugar, porque junto a ella se da una teoría de la omisión y, en especial, porque la teoría de la acción surge desde el bien jurídico, en cuanto solo es una forma del proceso de comunicación dentro de la relación social. Tampoco la causalidad puede ser fundamento del delito, ya que la causalidad como tal carece de significación para determinar cualquier aspecto del delito⁹; para la teoría de la omisión no sirve, para la teoría de la acción tampoco, pues ellas están determinadas por su sentido en cuanto proceso de comunicación. De ahí que cuando se ha querido dar alguna significación a la causalidad dentro de la teoría del delito en verdad solo se ha usado metafóricamente su denominación, así en el caso de la causalidad adecuada, que es en verdad una cuestión de valoración jurídica. Por eso mismo la causalidad también resulta inservible para ligar el resultado al comportamiento típico, ya que lo que interesa no es el resultado naturalmente considerado, sino el resultado como afección a un bien jurídico (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). De ahí que el problema sea valorativo, esto es, de imputación objetiva, de la posibilidad de imputar un resultado a un comportamiento típico¹⁰.

En definitiva, ni las tradicionales teorías de la acción ni de la causalidad sirven de fundamento al delito, solo el bien jurídico puede ser su base.

3. TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

Desde el bien jurídico se determinan las dos categorías que configuran la teoría del delito, la tipicidad y la antijuridicidad.

La tipicidad no es sino la descripción de una situación determinada, en la que la relación social marca su ámbito. No es por tanto la descripción de una acción y nunca lo puede ser. Así, el homicidio es *el que mate a otro*. Luego lo que se describe es un ámbito situacional. Tampoco es la descripción de una omisión, lo que sería imposible conceptualmente, y por eso se describe también un ámbito situacional: “El que no socorriere a una persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero” (C. P. español, art. 489 bis). De lo que se trata entonces no es de describir una acción u omisión, sino de la *atribución* de un determinado proceso de comunicación dentro de un ámbito situacional, y de ahí que en el caso concreto es el juez el que tiene que determinar si tal atribución es posible. No se trata pues de un problema de causalidad ni de finalidad, sino de atribución conforme al sentido que una comunicación tiene dentro de un

⁸ Cfr. ARMIN KAUFMANN, “Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht”, en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pág. 26.

⁹ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., págs. 173 y ss.

¹⁰ Cfr. CLAUDIUS ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, ob. cit., págs. 123 y ss.

ámbito situacional determinado que expresa una relación social. De ahí que no puede tipificarse el suicidio, porque no podría jamás expresar el ámbito situacional de una relación social, ni tampoco puede tipificarse el consumo de estupefacientes por la misma razón; tales tipificaciones no podrían sustentarse sobre el bien jurídico. El bien jurídico excluye tales tipificaciones, impone como ya dijimos de partida un límite a la pena como autoconstatación del Estado.

Luego, también desde el bien jurídico se determina el desvalor propio a la tipicidad, que no es simplemente un desvalor de acto, sino *un desvalor de un ámbito situacional*, en el cual ciertamente el desvalor de acto será el más importante, pues marca el proceso de comunicación respectivo, mas no el único (así en la omisión de socorro hay una valoración en relación al desamparo, al peligro manifiesto y grave, en los delitos de los funcionarios públicos en relación con la calidad de funcionario, en relación con la fuerza en una serie de delitos, etc.).

El mismo hecho que toda tipificación está determinada desde el bien jurídico y no desde la acción hace que no sea concebible la ampliación de los tipos a la tentativa inidónea desde el punto de vista del comportamiento (beber una infusión de té para abortar), ya que tal comportamiento no es posible atribuirlo al ámbito situacional que describe el delito de aborto. La tipificación no se determina desde la subjetividad ética de la acción, sino desde la objetividad de relación social que es el bien jurídico. El desvalor de acto surge desde el bien jurídico y no desde un planteamiento ético subjetivo en relación a la acción.

Ahora bien, como la descripción del ámbito situacional tiene como base una relación social, ello implica que está dotado de sentido y significación, por eso los problemas de dolo, culpa y elementos subjetivos específicos, son cuestiones propias a la tipicidad. No en virtud de una razón ontológica, sino porque la tipicidad surge desde el bien jurídico y este está constituido por una relación social determinada, que comprende un proceso de comunicación y, por tanto, dotada de sentido y significación.

Pero el bien jurídico en su contenido no se agota en la tipicidad, sino que determina todo el delito y por ello también la segunda categoría conceptual del delito, esto es, la antijuridicidad. Como fundamento material el bien jurídico dota también a la antijuridicidad de un contenido material. Así como formalmente se puede decir que la tipicidad es antinormatividad, también formalmente se puede decir que la antijuridicidad es la contraposición del comportamiento típico con todo el ordenamiento jurídico. Ciertamente las normas penales (prohibiciones y mandatos) aparecen como reconocimiento del desvalor de acto¹¹

¹¹ Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, págs. 271 y ss.

que surge desde el bien jurídico y se constituye así en el núcleo básico comunicativo que encierra el ámbito situacional que describe el tipo. Solo mediante normas se puede expresar tales procesos comunicativos y al mismo tiempo no pueden expresar nada más (por ejemplo, una relación causal)¹². La norma *no* es entonces un imperativo y tampoco la única regla jurídica existente. Se dan otras reglas jurídicas que no expresan valor de acto, sino otro tipo de valores. Junto, pues, a las normas, con un carácter autónomo e independiente están las demás reglas jurídicas, que condicionan la antinormatividad del comportamiento, en cuanto no solo consideran el acto realizado, sino toda la complejidad de la relación social y, por tanto, también las diferentes interacciones entre los sujetos y su medio. Las normas jurídicas establecen lo absoluto de la valoración (no matar, no hurtar, no privar de libertad), están en vinculación primaria y directa con la pena como autoconstatación del sistema; las causas de justificación, en cambio, dan cuenta de la dinamicidad y apertura del sistema y por ello relativizan lo absoluto de la valoración normativa, conforme a las diferentes situaciones concretas. Se trata, pues, de dos niveles diferentes.

Es decir, cuando se dice que la antijuridicidad es la contraposición del comportamiento típico con todo el ordenamiento jurídico, *formalmente* se señala que dentro del ordenamiento jurídico no solo están las normas jurídicas, sino además hay otras reglas jurídicas que condicionan a estas, porque están en un nivel diferente en que se considera la complejidad del sistema. No hay pues una contradicción lógica en el establecimiento autónomo de antinormatividad y antijuridicidad; sí, en cambio, si se predicara respecto de uno y el mismo acto su prohibición y su permisividad al mismo tiempo, esto es, en el nivel primario de autoconstatación, tal sería el caso en relación con una intervención quirúrgica, que podría pensarse que está prohibida y permitida a la vez. Pero en realidad ella nunca puede estar prohibida como tal, pues tal prohibición no puede surgir desde el bien jurídico (su sentido y significación no queda comprendido en la descripción del ámbito situacional de las lesiones: el que hiera, golpee o maltrate a otro produciéndole un determinado resultado); la autoconstatación que implica la pena no puede involucrar una tal situación, sería contradictorio con la propia función del Estado.

Pero, como hemos repetido, la definición de antijuridicidad dada es puramente formal, es decir, no expresa su relación material con el bien jurídico. Así la tipicidad no es solamente la consideración formal de la antinormatividad del comportamiento, sino la descripción de un ámbito situacional que invierte el sentido y significación de la relación social que se fija con el bien jurídico. Por eso la antijuridicidad también tiene que ser expresión material del bien jurídico, lo cual se manifiesta en el hecho que el sentido y significación que dinamiza el ámbito situacional descrito se concreta en una afección del bien jurídico (en un resultado que consiste en su lesión o su puesta en pe-

¹² ARMIN KAUFMANN, ob. cit., págs. 69 y ss.

ligro)¹³. Luego, en este nivel se trata antes que nada si efectivamente el bien jurídico fue afectado, solo entonces entran a jugar las causas de justificación. Normas y causas de justificación no se encuentran en el nivel de la abstracción y de lo absoluto de las valoraciones, sino solo mediante la concreción que significa el resultado. El resultado permite el paso al segundo nivel. El principio de lesividad es consustancial a la antijuridicidad si se parte de que el fundamento material del delito es el bien jurídico. Por tanto, no basta para la configuración devalorativa de lo injusto que encierra el delito el desvalor del ámbito situacional, sino además el desvalor de resultado. En definitiva lo injusto del delito se configura por el desvalor de relación social, lo que viene a confirmar entonces el rol que juega el bien jurídico dentro de la teoría del delito.

Es por eso por lo que el primer problema que se debe dilucidar en la antijuridicidad no es el de las causas de justificación, sino el referente a la imputación objetiva del resultado (lesivo o de puesta en peligro) al ámbito situacional típico. La simple determinación tanto objetiva como subjetiva de un ámbito situacional no es suficiente para implicar la relación con el resultado producido. Así, la determinación que Pedro disparó (dolosa o culposamente) a Juan, ámbito situacional que se corresponde con el tipo legal de homicidio, no implica en caso alguno que la muerte de Juan esté en relación con el comportamiento de Pedro o que sea concreción de ese ámbito situacional (baste citar al respecto como ejemplo los problemas que plantea el llamado dolo general). Por otro lado, en virtud del principio de la lesividad, en caso alguno basta con la verificación del ámbito situacional típico; esto es, si no hay un resultado posible, jamás se podrá hablar de un hecho típico y antijurídico, que es lo que sucede con la llamada tentativa inidónea considerada no ya en relación a los medios, sino en cuanto a su objeto (la ingestión de un abortivo por una mujer que se cree embarazada, pero que no lo está realmente)¹⁴.

Se trata de determinar desde el bien jurídico, con criterios valorativos, si el resultado producido se puede imputar objetivamente al ámbito situacional típico. Solo así la antijuridicidad se convierte en un reductor material de la tipicidad. La imputación objetiva no es pues un problema de tipicidad, ya que ello significaría confundir de nuevo diferentes niveles, colocarla simplemente como un injerto junto a la causalidad natural y al mismo tiempo totalmente inservible, pues la reducción en la tipicidad se produce en virtud de los propios elementos objetivos y subjetivos integrantes del ámbito situacional. Allí sobra tanto la causalidad natural como la imputación objetiva: la causalidad natural por plantear un problema ajeno al valorativo de la tipicidad, ya que de partida las normas no se refieren a procesos causales, y la imputación objetiva porque valorativamente no puede agregar nada nuevo en ese nivel a las preci-

¹³ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 184.

¹⁴ Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil 1, 3ª ed., Köln, 1981, pág. 183.

siones de sentido y significación que surgen desde el bien jurídico respecto al ámbito situacional descrito. La imputación objetiva cobra relevancia solo como problema a nivel de antijuridicidad, como concreción del principio de lesividad que surge desde el bien jurídico y que sirve de base material a la antijuridicidad.

4. EL DELITO

Constatada la tipicidad y antijuridicidad estamos ante el injusto constitutivo de un delito. La tipicidad es solo indicio de antijuridicidad y, por tanto, solo indicio de delito, ya que el contenido de su desvaloración básica, que es el desvalor de acto, está referido exclusivamente al objeto de protección propio del derecho penal, que es el bien jurídico. Las demás valoraciones y desvaloraciones que se producen a este nivel están subordinadas y son solo limitantes del desvalor de acto (así las referencias a buenas costumbres, violencia, recién nacido, desamparo, etc. que se contienen en los tipos legales). Así concebida la tipicidad es un concepto propio del derecho penal, como lo es también el bien jurídico; pero un hecho tan grave para el ordenamiento jurídico como es el delito, no puede enjuiciarse solo desde la perspectiva propia, exclusiva y absoluta del derecho penal, sino también desde todo el ordenamiento jurídico, ya que en definitiva lo que interesa es su trascendencia para todo el orden jurídico-social. Se trata de justificar y limitar la intervención del Estado y ello no puede darse solo desde la tipicidad. De ahí la necesidad del concepto de antijuridicidad, una intervención tan grave del Estado solo puede aparecer debidamente legitimada y por ello, también limitada (en definitiva garantizando el ciudadano frente a tal intervención) en la medida que se enlaza la tipicidad con todo el ordenamiento jurídico, lo que es el contenido justamente de la antijuridicidad. Por eso la antijuridicidad es un concepto más allá del derecho penal, que trasciende al objeto de protección propio del derecho penal, que es el bien jurídico, de ahí que la antijuridicidad es un concepto propio del ordenamiento jurídico. Ahora bien ese enlace entre tipicidad y antijuridicidad solo se puede producir desde el bien jurídico, ya que éste es el objeto de protección del derecho penal y, por tanto, determina el injusto penal. Tipicidad y antijuridicidad no son de por sí conectables entre sí, pues juegan a diferentes niveles. Hay por eso un desvalor resultante desde la perspectiva de protección del bien jurídico, ajeno al desvalor propio al contenido de la tipicidad, y que al mismo tiempo coincide con las bases valorativas o desvalorativas propias a todo el ordenamiento jurídico, tal es el valor o desvalor de resultado. Al ordenamiento jurídico en su conjunto lo que le interesa es evitar o paliar desvalores de resultado (de ahí los sistemas de nulidades, restituciones, indemnizaciones, seguros, etc.). Este desvalor de resultado que es inherente a todo el ordenamiento jurídico también es propio al concepto de bien jurídico. Esta coincidencia es la que permite entonces desde el bien jurídico conectar todo el orde-

namiento jurídico con la tipicidad y relacionar entonces antijuridicidad y tipicidad. De ahí que la tipicidad es indicio de antijuridicidad, pues para que además el hecho sea antijurídico es necesario que se dé un resultado (un desvalor de resultado constituido por la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico) y que no haya causas de justificación. Resultado y causas de justificación son los aspectos desvalorativos y valorativos básicos que configuran la antijuridicidad. Para que se dé la antijuridicidad es necesario la existencia de un resultado (por tanto, de un desvalor de resultado) y la no presencia de una causa de justificación (por tanto, de una valoración positiva de una situación). Las causas de justificación no hacen desaparecer ni la antinormatividad del comportamiento (el desvalor de acto) ni el resultado (el desvalor de resultado), pero sí el carácter injusto del hecho, no hay un delito, solo ha habido un indicio de injusto o delito.

Planteado así el problema del injusto o delito, quiere decir que para que se dé un delito es necesario mirar en su conjunto sus elementos objetivos y subjetivos, es decir, tanto aquellos de la tipicidad como de la antijuridicidad, y ello en razón de que los primeros son solo indicio de delito. Esto tiene especial importancia para la problemática que plantea la teoría del error.

La teoría del error no puede ligarse solo a las relaciones existentes entre aspecto subjetivo y objetivo en la tipicidad, ya que sería demasiado poco, sino que también ha de comprender las relaciones existentes entre aspecto subjetivo y objetivo en la antijuridicidad. La tipicidad dolosa o culposa es un indicio exclusivamente de antijuridicidad y, por tanto, de delito; luego, para que se dé un delito doloso o culposo hay que considerar, además, el aspecto subjetivo que puede surgir en la antijuridicidad y su relación con el aspecto objetivo de esta. Ello se presenta cuando surgen causas de justificación. De ahí que con razón el Código Penal español distinga entre *acciones y omisiones* dolosas o culposas penadas por la ley (art. 1º, párr. 1º) y *delito* con malicia (art. 565, párr. 1º). El dolo está referido solo a la tipicidad, es indicio de malicia; la malicia está referida al injusto o delito. La malicia comprende por eso tanto el elemento subjetivo de la tipicidad con referencia a su aspecto objetivo (dolo) como los eventuales elementos subjetivos puros, sin referencia a un aspecto objetivo, y, además, el elemento subjetivo de la causa de justificación referido a su aspecto objetivo, como también los eventuales elementos subjetivos puros. Por eso la teoría del error tiene que estar referida no al dolo exclusivamente, sino a la malicia, del cual el dolo es solo indicio. Por tanto la teoría del error tiene que referirse a todos los elementos subjetivos del injusto que tienen una referencia a los aspectos objetivos de este, estén en la tipicidad o bien en la antijuridicidad. Por eso un error invencible sobre un elemento esencial —sea este de la tipicidad como de la antijuridicidad, que estaría constituido en este último caso por los presupuestos fácticos de una causa de justificación— excluye totalmente el injusto, el delito. En cambio, un error vencible sobre un elemen-

to esencial, puede dejar subsistente la culpa tanto en relación al comportamiento típico como al comportamiento típico antijurídico, pues lo que importa no es el *indicio* de comportamiento doloso *injusto*, sino el injusto doloso (malicia) o culposo, y este solo se da cuando se ha predicado también la antijuridicidad respecto del comportamiento. Con razón el Código Penal español distingue entre dolo y malicia, pero no hace lo mismo respecto de la culpa, ya que esta última es un concepto esencialmente normativo y porque no es compatible con elementos subjetivos finales o de tendencia. La teoría tradicional de la culpabilidad respecto del error realiza al respecto un salto lógico, pues un problema de conocimiento *actual* y del ámbito de la antijuridicidad, como es el conocimiento de los presupuestos de las causas de justificación, lo trata como un problema de conocimiento inactual en la culpabilidad al tratar la cuestión del error de prohibición¹⁵. En cambio, no hay una contradicción lógica al señalar que es el injusto el doloso (malicia) o culposo, y por eso que la teoría del error está referida no a la tipicidad o bien antijuridicidad, sino al injusto en su totalidad y de ahí que no aparezca ilógico que habiendo un indicio de injusto doloso en razón de existir un hecho típico doloso, sin embargo este indicio en definitiva solo sea un injusto culposo, o bien, más aún, no se dé injusto alguno.

Un análisis de la teoría del error desde la perspectiva político-criminal y, por tanto, partiendo del bien jurídico como fundamento y límite a la intervención estatal, lleva a considerarla no como una cuestión simplemente de la *acción* típica —en definitiva con un carácter individualista y estrictamente subjetiva—, sino desde la protección de los bienes jurídicos y por tanto en referencia al injusto en su totalidad. Lo que pone en cuestionamiento y discusión la teoría del error es hasta qué punto se justifica en los casos de error la protección punitiva a los bienes jurídicos, cuando justamente se desvirtúa el sentido y significación de la protección misma.

5. EL SUJETO RESPONSABLE

Pero con la constatación de la existencia de un delito no se termina la indagación de los presupuestos de la pena. Junto a la teoría del delito está la teoría del sujeto responsable. Durante mucho tiempo la teoría del sujeto responsable apareció subsumida y jibarizada por un presunto tercer elemento del delito, la culpabilidad. De este modo se cosificaba la consideración del sujeto responsable y al mismo tiempo se evitaba extraer todas las consecuencias propias al principio de la dignidad de la persona humana, que es el fundamento material en relación al sujeto responsable. El juicio sobre el sujeto no puede confundirse con el juicio sobre su hecho, el principio de protección de los bienes jurídicos no se puede confundir con el principio de respeto a la dignidad de la

¹⁵ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., págs. 299 y ss.

persona. La teoría del sujeto responsable no dice relación directa con la protección de los bienes jurídicos, que se agota en la tipicidad y en la antijuridicidad, en lo injusto, sino con el respeto a la dignidad de la persona y es por eso por lo que es necesario hacer explícitas las características de su responsabilidad penal. El delito es injusto, pero no dice nada aún sobre la responsabilidad penal del sujeto. Es cierto que en un derecho penal de un Estado de derecho democrático y social, el sujeto es responsable solo por sus hechos —no por sus características personales—, pero ello no significa que el juicio sobre el hecho absorbe al sujeto y que este pasa a ser un simple apéndice de su hecho. El hecho injusto no hace al sujeto responsable penalmente. Un tal planteamiento contradeciría el principio de la dignidad de la persona humana, sería no considerar al sujeto como *actor social*, desconocer que es el elemento esencial de toda relación social, del orden social en su conjunto, negar que toda protección a los bienes jurídicos se basa justamente en su quehacer social.

De ahí que el primer paso en la caracterización de la responsabilidad penal del sujeto sea la imputabilidad, esto es, la posibilidad de ligar el injusto realizado (el delito) con la *capacidad de respuesta penal* del sujeto¹⁶. Lo que entonces no es un problema de decisión psicológica, sicológica o bien jurídico conceptual, sino político criminal. Es un problema de determinar la compatibilidad o incompatibilidad del quehacer social de determinados sujetos con el sistema en su conjunto. No es pues señalar que hay sujetos responsables o irresponsables en sí o capaces o incapaces de comprensión frente al valor, sino simplemente que no son responsables penalmente, que no han de recibir una pena criminal. Compatibles con el sistema y, por tanto, sin responsabilidad penal, es el quehacer social especialmente de los enajenados y los jóvenes. El injusto no se puede ligar con su persona desde una perspectiva penal. Eso no quiere decir que su injusto no se pueda ligar con su persona desde otra perspectiva sancionatoria, es decir que tengan una responsabilidad sancionatoria civil o bien penal administrativa. Y, por tanto, que en ese sentido han de jugar en relación con ellos todos los demás contenidos respecto de su responsabilidad (conciencia del injusto—creencia valorativa diferente—, exigibilidad de la conducta—causas de inexigibilidad—). El juicio de inimputabilidad (esto es, de declarar tal quehacer social compatible con el sistema) no significa en caso alguno limitar las garantías del sujeto, por eso solo puede implicar excluir una pena criminal (y la estigmatización propia a la pena criminal), pero no excluir a esos ciudadanos de los principios garantistas propios a todo juicio de responsabilidad, sea criminal o no, frente a la imposición de una determinada consecuencia por la realización de un injusto. Es el principio de dignidad por

¹⁶ Cfr. FRANCO BASAGLIA y FRANCA BASAGLIA, “L’ideologia di la diversità”, en *La maggioranza deviante*, 1971; DAVID COOPER, *Psiquiatría y antipsiquiatría*, Buenos Aires, 1971; G. JERVIS, *Manuale critico di psiquiatria*, Milano, 1978; ALBERT COHEN, “A general theory of subculture”, en *The sociology of subculture*, 1970.

la persona humana y de no discriminación el que obliga a excluir de personalidad penal criminal a los enamorados, a los jóvenes; en otros lugares también a los indígenas, etc. Pero no porque no tengan las características propias a toda persona (conciencia de su propio quehacer social y conciencia valorativa), sino justamente por respeto a su dignidad de persona.

Luego el primer nivel de determinación de la responsabilidad penal es el referente al de la imputabilidad. Pero como tal es entonces sumamente general y amplio, de ahí que se necesite su precisión tanto de la capacidad concreta de respuesta valorativa del sujeto como de su capacidad concreta de actuar dentro de esa respuesta valorativa¹⁷.

Desde un punto de vista político-criminal necesariamente hay que considerar que la aprehensión valorativa que implican los bienes jurídicos es un proceso complejo y concreto respecto de cada individuo. De ahí que para la existencia de responsabilidad penal ha de darse por parte del sujeto una conciencia del injusto llevado a cabo. No es, por tanto, el planteamiento de una conciencia en abstracto respecto del valor en sí (o de la verdad en sí) como pretendían los sostenedores de las teorías absolutas de la pena, sino solo de aquellos valores objetivos que se recogen en el sistema por intermedio de los bienes jurídicos (luego eminentemente dinámicos y participativos y, por eso, relativos). Luego, esta conciencia del injusto surge desde una decisión política, se trata de la *exigencia* de una determinada conciencia. Luego de lo que se trata de analizar respecto del sujeto es la coincidencia con esa exigencia de una determinada conciencia. Esa exigencia está ahí, surge del sistema jurídico-penal, no está de por sí ni naturalmente en la cabeza del sujeto. El propio sistema tiene que poner los medios al sujeto para alcanzar esa conciencia, por eso la responsabilidad es siempre social, la pena criminal es siempre también un fracaso del sistema. Por ello mismo ya no se trata aquí como en la exclusión del injusto del problema del error, que es un problema propio al conocimiento y no a la aprehensión de valores, que implica siempre un proceso social y cultural complejo y no un puro conocer. Se trata pues aquí no de la teoría del error, sino de la consideración de una conciencia valorativa diferente (como dice el art. 6º bis a párr. 3º de una “creencia errónea” y no de un “error” en el sentido de los párrs. 1º y 2º). La teoría tradicional confundió los problemas propios a la teoría del error con aquella de la conciencia valorativa diferente a la exigible; pasando por alto que los objetos, presupuestos y consecuencias en cada caso eran diferentes, englobó todo bajo la teoría del error.

La inevitabilidad de una conciencia del injusto diferente a la exigible ha de implicar la exclusión de la responsabilidad criminal (art. 6º bis a, párr. 3º), ya que lo contrario implicaría que se estaría haciendo responsable al sujeto por algo que no le es exigible. El sistema jurídico penal estaría violando el prin-

¹⁷ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., págs. 402 y ss. y 386.

cipio de dignidad de la persona humana al hacerlo responsable penalmente a pesar de la falta de conciencia del injusto en virtud de una conciencia valorativa diferente. Se trata entonces en realidad de declarar la inexigibilidad de la conciencia del injusto exigida por el sistema.

Pero ciertamente puede suceder que tal inexigibilidad no sea total, es decir, que se den circunstancias en virtud de las cuales el sujeto pudo tener la conciencia exigida; en este caso no se puede declarar la falta de responsabilidad penal, sino solo atenuarla, porque como señala el art. 66 al cual se remite el art. 6º bis a, párr. 3º, “el hecho no fuera del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal [...]”.

La teoría del error y la teoría de la inexigibilidad de la conciencia del injusto no se pueden, por eso, entrar a confundir, pues se dan en planos completamente diferentes y tienen bases político-criminales y conceptuales diferentes. De ahí, también, que sus consecuencias sean distintas. La invencibilidad del error excluye el injusto, la inevitabilidad de la inexigibilidad de la conciencia excluye solo la responsabilidad criminal del sujeto; la vencibilidad del error puede dejar subsistente el injusto culposo, la evitabilidad de la inexigibilidad de la conciencia del injusto solo podrá atenuar la responsabilidad del sujeto (el injusto respectivo permanecerá el mismo, ya sea doloso o culposo). Naturalmente de *lege ferenda* se podría postular no ya desde el principio de dignidad de la persona humana y por tanto en relación con la responsabilidad penal, sino desde la necesidad de la pena y, por tanto, de su aplicación, que los tribunales en los casos de evitabilidad de la inexigibilidad de la conciencia del injusto pudiesen no solo atenuar, sino excluir la aplicación de la pena, ya sea en razón de la exigua responsabilidad o de la naturaleza o infimidad del injusto al cual se refiere esa responsabilidad.

Por último, en relación con la responsabilidad hay que considerar si la conducta exigida por el sistema era exigible al sujeto en el caso concreto de su quehacer social. No se trata pues de analizar en abstracto la capacidad de actuar del sujeto ni tampoco la moralidad de sus actos, sino que desde lo injusto analizar si el sujeto estaba en condiciones de responder a un determinado comportamiento exigido. El sistema no puede exigir al sujeto aquello que en su quehacer social concreto traspasa los límites de su consideración como actor social y que en definitiva sería no respetar su dignidad de persona y estimarlo un mero engranaje del sistema, al cual se le puede manipular de cualquier modo, prescindiendo de su persona en cuanto tal al momento de actuar. Y en ese sentido entonces el sistema tiene que considerar al hombre como tal, con sus miedos, sus cansancios, sus necesidades básicas, etc.

No considerar estas características propias a la persona en su comportamiento concreto es desconocer el respeto a la dignidad de la persona humana y, por tanto, la pena impuesta a una persona en tales condiciones sería ilegítima en un Estado social y democrático de derecho. De ahí que si la conducta

es inexigible ha de excluirse la responsabilidad criminal y si no se dan todos los requisitos necesarios para declarar la inexigibilidad ha de atenuarse la responsabilidad. No se trata pues de una concesión graciosa del sistema, sino de una consecuencia directa del principio de respeto a la dignidad de la persona humana, sin el cual no es posible imponer pena por parte del Estado. Es decir, así como el bien jurídico es fundamentación y límite para la intervención punitiva del Estado, también lo es la dignidad de la persona.

Por último, junto a la teoría del delito y del sujeto responsable encontramos la teoría de la aplicación de la pena, que se regirá fundamentalmente por el principio de necesidad de la pena. Es decir, aunque haya merecimiento de pena porque hay un delito y un sujeto responsable, puede aparecer desde un punto de vista político-criminal que la pena no sea necesario aplicarla o bien aplicar una diferente o bien en menor medida o con distintas condiciones.

El derecho penal actual ha de reconocer entonces que no hay una sola teoría al interior de su sistema, sino varias, relacionadas en forma dinámica y dialéctica entre ellas y en que siempre se trata de considerar el problema criminal como un problema político-social y, por tanto, en que siempre ha de estar presente la participación de los sujetos y el ofrecimiento de opciones para la resolución de sus conflictos sociales.

PARTE SEGUNDA

REVISIÓN CRÍTICA DEL DERECHO PENAL
PARTE GENERAL