

¿ES POSIBLE EL DERECHO PENAL LIBERAL?

Edgardo Alberto DONNA

SUMARIO: I. *Planteo del problema.* II. *El llamado nuevo derecho penal moderno.* III. *La respuesta del llamado derecho penal moderno.* IV. *La primera respuesta jurídica.* V. *La segunda respuesta jurídica: el derecho penal y los fines.* VI. *La cuarta respuesta jurídica.* VII. *La respuesta en la sociedad democrática.*

I. PLANTEO DEL PROBLEMA

Se ha preguntado desde varios sectores de la dogmática penal si es posible hoy en día mantener los principios fundamentales que han conformado el “buen y viejo derecho penal liberal”, en palabras de Lüderssen.¹ Esto significa que los principios de legalidad, irretroactividad de la ley más gravosa, prohibición de la analogía, principio de culpabilidad, reglas de interpretación y de imputación estricta y determinada están, como mínimo, en crisis, y como máximo son sinónimo de límites negativos al llamado nuevo derecho penal, que debe estar adaptado a los nuevos tiempos. En otras palabras, el derecho penal basado en la Ilustración, cuya base son las garantías, tiende a ser reemplazado por un derecho que deja de lado aquellos principios, o los flexibiliza de tal manera que los termina eliminando.

¹ Lüderssen, “Zurück zum guten alten, liberalen, änsständigen Kernstrafrecht?”, en Böllinger y Lautmann, *Vom Guten, das noch stets das Böse Schafft*, citado por Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, Madrid, Cuadernos de Civitas, 1999, p. 117, nota 199.

II. EL LLAMADO NUEVO DERECHO PENAL MODERNO²

El llamado derecho penal moderno se encuentra como un fenómeno cuantitativo que tiene su desarrollo en la parte especial. No hay código que en los últimos años no haya aumentado el catálogo de delitos con nuevos tipos penales, nuevas leyes especiales, y una fuerte agravación de las penas.³

Este derecho penal moderno contiene una fuerte restricción de las garantías de los ciudadanos que abarca no sólo al derecho de fondo, sino también al derecho procesal. En cuanto a la primera, como ya se dijo, se crean nuevos tipos penales sin relación alguna al bien jurídico, y de una amplitud tal que el principio de legalidad se diluye. La idea que existe detrás es que debe haber dos formas de derecho penal: uno que se refiere a los delitos tradicionales (homicidio, hurto, estafas, robo), en el cual se deben mantener las garantías mínimas, y otro que se refiere a los delitos que hacen a bienes jurídicos generales. Es en este ámbito donde las garantías sufren una fuerte disminución: los delitos económicos, el derecho penal de drogas, el lavado de dinero y los delitos de medio ambiente y sobre el terrorismo son el campo de este novedoso sistema.

Todo lo antes explicado demuestra la primera aseveración sobre la crisis del derecho penal, y de la dogmática en especial, en cuanto se hace notar que se trata de un derecho pasado de moda, y que ser moderno equivale a dejar de lado las conquistas del derecho penal liberal. En palabras de Albrecht:

Los mecanismos formales y materiales del derecho penal están orientados, cada vez más, a la víctima, de acuerdo con el pensamiento de la eficiencia preventiva. La finalidad de la limitación preventiva del riesgo justifica todos los medios de intervención estatal, desde la intervención encubierta hasta las escuchas de la vivienda. Uno de los rasgos típicos del derecho penal del riesgo es también la inclusión de que no es sospechoso en las

² Seguimos en este punto la terminología de Luis Gracia Martín: “¿Qué es modernización del derecho penal?”, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Homenaje a José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 349 y ss.

³ *Ibidem*, p. 357.

medidas de comprobación estatales. No es el autor, sino los grupos sociales o las condiciones de vida lo que está bajo sospecha.⁴

Frente a la realidad se pueden tomar algunos sectores como ejemplo de lo que se viene diciendo.

1. *El derecho penal del riesgo*

En palabras del sociólogo Ulrich Beck, estamos en presencia de lo que se ha dado en llamar la sociedad de riesgo, lo que ha llevado a que se llame la atención sobre los denominados “delitos de peligro”, y más especialmente sobre los delitos de peligro abstracto. La idea central es que frente a una sociedad de riesgos se exige la protección de los derechos frente a una sociedad que produce, debido a su propia estructura, peligros para los bienes jurídicos. Los incendios, el medio ambiente, la salud pública, entre otros, son todos tipos penales en los cuales los riesgos están presentes.⁵ En consecuencia, y debido a la existencia de grandes riesgos, el derecho penal debería renunciar a la percepción del bien jurídico en aquellos ámbitos que tienen relación con la garantía de futuro. Se debería someter a revisión, con base en los actuales objetos, a los instrumentos legales convencionales. En consecuencia, los problemas del siglo XXI no pueden ser resueltos con las mismas herramientas del siglo XVIII.⁶

2. *Aumento de la criminalidad*

No hay sociedad que no haya percibido un serio aumento de la delincuencia y con ello también el sentimiento de inseguridad de ciertos sectores de la sociedad, que se sienten amenazados tanto en sus personas como en sus bienes. La sociología moderna ha sostenido que “prevenir la

⁴ Albrecht, Peter Alexis, “El derecho en la intervención de la política populista”, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 1999, p. 474.

⁵ Véase especialmente sobre este tema, Beck, Ulrich, *Risikogesellschaft; Politik in der Risikogesellschaft*, Suhrkamp, 1991; *La invención de los políticos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1990; Giddens, Anthony, *Capitalismo y la moderna teoría social*, Idea Books, 1998, entre otros.

⁶ Hirsch, “El derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad”, *Obras completas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 67 y ss.

delincuencia y reducir el miedo al crimen, están ambos estrechamente ligados a la regeneración comunitaria... Durante mucho tiempo se prestó atención casi exclusivamente a los delitos graves —robo, agresión, violencia—. Sin embargo, los delitos menores y algunas formas de desorden público suelen tener efecto acumulativo”.⁷ Desde esta perspectiva, se pide de una manera cada vez más insistente que se dejen de lado aquellas garantías mínimas a los efectos de combatir el delito.⁸

Los programas de los políticos en sus plataformas electorales ofrecen una serie de acciones con el fin de brindar seguridad a los ciudadanos, con medidas que van desde el aumento de las penas, el cumplimiento total de las penas privativas de libertad, y hasta las restricciones de las garantías penales y procesales en general.

3. *Los delitos económicos*

A principios de siglo, Walter Rathenau afirmaba que “300 hombres que se conocen personalmente, dirigen los destinos económicos de Europa y eligen entre ellos a sus sucesores”.⁹ Si se analiza esa concentración en la actualidad, se puede afirmar que el número se ha reducido a menos de la mitad. De este modo, la concentración económica es tal que cerca de unas 200 empresas dominan la economía mundial, manejando cifras que oscilan en cerca de 6,822.5 millones de dólares. Bien afirma Gracia Martín que “la criminalidad económica no es un fenómeno nuevo, pero sí lo son los intereses políticos y científicos actuales por la misma y las tendencias legislativas hacia la construcción y consolidación de un derecho penal económico y del medio ambiente”.¹⁰

Esta concentración de dinero, en manos de unos pocos, se complica aún más con el llamado fenómeno de la globalización y la creciente corrupción de los estamentos del Estado.

Pues bien, desde un sector de la doctrina se sostiene que el derecho penal debe proteger el orden económico, pero entendido esto como la re-

⁷ Giddens, Anthony, *La tercera vía*, Taurus, p. 104.

⁸ Albrecht, Peter Alexis, *op. cit.*, nota 4, p. 478.

⁹ Rathenau, Walter, *Neuen Freien Presse*, Berlín, 1909, citado por FFC, *Le Monde Diplomatique*, enero de 2000, p. 27.

¹⁰ Gracia Martín, *op. cit.*, nota 2, p. 361.

gulación jurídica de la participación estatal en la economía o como la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía.¹¹

4. *La delincuencia organizada*

También se suma al problema la llamada delincuencia organizada, que tiene carácter mundial, en el cual ningún Estado puede quedar ajeno al fenómeno. De esta forma, quedan afectadas las sociedades como tales, la independencia de los gobiernos, la integridad de las instituciones financieras y el sistema democrático.¹²

También como solución se habla de un derecho penal sin garantías, en donde el aparato policial se pueda mover con tranquilidad, sin los límites que representan los jueces, que están para colaborar en esa lucha o directamente son elementos molestos frente al combate del Estado. Frente a tal descomunal combate todos los elementos del Estado deben servir a esa lucha. Una reedición de la teoría de la seguridad nacional de los años sesenta a setenta en América del Sur, pero ahora protegida por los gobiernos democráticos. Véase si no la forma en que ha actuado Estados Unidos en el caso de las dos últimas guerras.¹³

5. *El derecho del medio ambiente*¹⁴

El tema del medio ambiente es uno de los que más ha llevado a esta posición de crisis del derecho penal liberal. Tanto los sectores más con-

¹¹ Bajo Fernández-Suárez y Tiedemann, citados por Gracia Martín, quien afirma que se debe renunciar a la pretensión de definir al delito económico y al contenido del derecho penal económico mediante un único criterio de validez general (*ibidem*, pp. 362 y 363).

¹² “Problemas y peligros que plantea la delincuencia transnacional organizada en las distintas regiones del mundo”, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, Nápoles, noviembre de 1994, p. 3.

¹³ Donna y Caviglia, “La teoría de la seguridad nacional y el sistema carcelario”, en Valencia, Jorge Enrique (dir.), *Perspectivas penales*, Bogotá, 1984, colección Pequeño Foro, p. 155. Véase, también, el artículo de José Antonio Martín Pallín, magistrado del Tribunal Supremo de España: “La posguerra de Irak y los fantasmas de Guantánamo”, *El País*, viernes 25 de abril de 2003, p. 18.

¹⁴ En lo esencial se sigue Donna, “Delito y medio ambiente. El estado actual de la dogmática del delito contra el ambiente”, en Mosset Iturraspe, Jorge *et al.*, *Daño ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. II, pp. 317 y ss., t. II, p. 317.

servadores como los llamados sectores progresistas han insistido en dejar de lado todo concepto de bien jurídico en este ámbito.

Sin perjuicio de que es necesaria la protección del medio ambiente, debido en la Argentina a la exigencia constitucional, el problema es la falta de precisión sobre cuál es el bien jurídico, a punto tal que, como se verá, se niega la existencia de un bien jurídico en este tema.

La idea que surge de los autores que han tratado el tema es que la norma fundamental no habla de la protección del ambiente teniendo en cuenta la relación posible con lesiones o daños producidos al hombre, sino como un derecho de éste a tener un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, que abarca un medio ambiente, sin duda, en relación con el hombre, tanto en el presente como en el futuro. De lo cual podría afirmarse que existe la noción de autonomía del bien jurídico. Pero también se puede llegar a la conclusión de que la afectación al medio ambiente pone en peligro la vida, la salud y otros intereses vitales del hombre, por lo que debe intervenir el derecho penal.¹⁵

Pero aun dentro de esta idea de autonomía, se han dado diversas concepciones: la primera de ellas ha sostenido que por ambiente debe entenderse el entorno que rodea al hombre. Así, la Comisión Económica para Europa lo definió en 1978 como “un conjunto de sistemas compuestos de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden, particularmente, ecosistemas equilibrados bajo la forma en que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal, ha establecido relaciones directas”.¹⁶ El ambiente, para esta posición, debe ser entendido como un sistema, esto es, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, provocando nuevas propiedades globales que no son inherentes de cada uno de los elementos que aisladamente componen el sistema.¹⁷ En este esquema, el sistema juega como un conjunto que comprende a todos los subsistemas posibles dentro de los seres vivientes en general. Se distinguen el ambiente natural (esto es, el aire, el suelo, la flora y la fauna), el ambiente artificial (como los edificios, las fábricas, las vías de comunica-

¹⁵ Silva Sanchez, *op. cit.*, nota 1, p. 144.

¹⁶ Eser, Albin, “Derecho ecológico”, *Revista de Derecho Público*, año XI, vols. III y IV, núm. 100-101, julio-diciembre de 1985, pp. 317 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 317 y ss.

ción), y por último al ambiente social (como los sistemas sociales, económicos, políticos y culturales).

Esta idea lleva a la creación necesaria de los delitos de peligro abstracto, en los cuales se protege al hombre, no como persona individual, sino como género, que comprende a las generaciones futuras,¹⁸ con lo cual se incorpora al derecho penal el derecho contravencional.

Este concepto tan amplio dificulta el análisis penal de la cuestión, ya que es difícil estructurar tipos penales a partir de un bien jurídico tan incierto. Como expresa Silva Sánchez, no hay criterios para determinar, en la práctica, los riesgos típicamente relevantes de aquellos que no lo son. Como consecuencia existirá una serie de delitos sólo limitados por las pautas administrativas. Es necesario, entonces, para la intervención estatal, que la puesta en peligro grave del medio ambiente, ya sea concreto o abstracto, tenga una relación con la peligrosidad que debe correr la vida y la salud de las personas.¹⁹

Otra posición ha tomado un concepto más restringido. Se afirma que por ambiente debe entenderse los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, reduciendo toda la problemática de la protección ambiental a la tutela del aire y del agua, lo cual descarta las cuestiones relativas al ambiente artificial y a los otros elementos naturales, como son el suelo y la fauna.

Una posición intermedia insiste en partir del precepto constitucional a los efectos de determinar el bien jurídico. En este orden de ideas, se define el bien jurídico como el ambiente natural con idea fuertemente antropocentrista, ya que se destaca simplemente la relación con el hombre y con la vida. La pregunta que debe hacerse en este caso es: ¿cuál es la razón por la que existe este tipo de normas penales? Es una protección antropocéntrica de la vida, cuya medida y fin es sólo el ser humano, no solamente el de esta generación, sino viendo la cuestión como una herencia hacia el futuro y, por ende, teniendo en cuenta a las próximas generaciones; en consecuencia, teniendo en cuenta que el medio ambiente debe ser tratado como un bien jurídico con entidad propia.²⁰ En este sentido, Bloy ha afirmado que el medio ambiente como concepto jurídico penal, sobre

¹⁸ Silva Sanchez, *op. cit.*, nota 1, p. 147.

¹⁹ *Ibidem*, p. 148.

²⁰ Bloy, René, *La Ley*, 7 de marzo, p. 2, citado por Donna, *El estado actual*, p. 337.

todo como denominación para un bien jurídico, no puede ser utilizado como un concepto colectivo para los elementos de la naturaleza y los fenómenos naturales. Por lo tanto, los términos agua, suelo, aire, son denominados como objetos de la conducta.²¹ La protección jurídica penal del medio ambiente debe ser ejercida sólo en vista del hombre. Se está afirmando que en el derecho penal se trata de la relación entre el hombre y su medio ambiente en general. “El hombre como centro del mundo exterior que lo rodea, y que por eso es su medio ambiente. Protección del medio ambiente significa protección del medio ambiente del hombre, en el que está biológicamente incluido”.²²

Otra posición, siempre dentro de la perspectiva privatista del tema, afirmaba que el medio ambiente estaba protegido con la equiparación de la protección de intereses colectivos tradicionalmente custodiados por el derecho penal, tales como la salud pública, la administración pública, etcétera.

De estas ideas fundamentales se extraían distintas consecuencias, que iban desde la que afirmaba que la protección penal sólo tenía que hacerse efectiva a los efectos de dar mayor eficacia a los valores individuales clásicos, hasta la que sostenía que ni siquiera era necesario tratar el tema de manera autónoma, ya que el ambiente estaba protegido por los tipos penales clásicos. Por eso Bustos Ramírez, por su parte, afirma que el bien jurídico es esencialmente socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos.²³

Tratando de solucionar este problema, la indefinición del bien jurídico, Hirsch ha afirmado que la función jurídica-positiva tampoco significa introducir así la diferencia entre bien jurídico y objeto del hecho. Lo decisivo para esta diferencia es si el objeto mismo lesionado es un bien protegido, si en la afectación de un objeto se manifiesta la lesión de un bien jurídico idealmente protegido o si también se manifiesta un peligro determinado para un bien protegido. En la violación del domicilio el bien jurídico es el derecho de exclusión del tenedor del inmueble y el objeto del hecho el ámbito al que el autor ingresa. Por eso la defensa del bien

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ Bustos Ramírez, *Derecho penal. Parte especial*, p. 97, citado por Gracia Martín, *op. cit.*, nota 2, pp. 349 y ss.

jurídico en el caso de los animales plantea la cuestión de si el principio de proporcionalidad permite la penalización en esos casos o si esos casos no deberían ser tratados por el derecho contravencional o el administrativo.²⁴

Por eso aún en estos casos al concepto de bien jurídico le corresponde una función irrenunciable dentro del concepto de inmanente que sostiene parte de la doctrina, ya que sin él las diferenciaciones dentro del sistema del hecho punible y el sistema de sus consecuencias jurídicas serían inalcanzables, así como la racionalidad de su nivelación. La propuesta de Stratenwerth abriría las puertas a la irracionalidad.²⁵

6. *El derecho penal de la empresa*

La actividad económica, el medio ambiente y aun el terrorismo se llevan a cabo mediante la organización de medios y de personas que se ha dado en llamar actividad empresarial.²⁶ La actividad de empresa es la que tiene el control de la situación, aunque es difícil encontrar a los responsables individuales de esa actividad.

En este campo es donde aparece una nueva crisis para el derecho penal, y con ello para la dogmática, debido a que es difícil en estos grupos empresarios llegar al autor del hecho. Es más, normalmente la decisión es tomada por grupos de poder que ni siquiera figuran en la toma de decisiones. Los casos Contergan, Colza y del Spray son testigos de este tipo de problemas y de la manera como se han estirado los conceptos de autoría y de omisión.²⁷

²⁴ Hirsch, Hans Joachim, “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, *Modernas tendencias del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 371 y ss.

²⁵ *Ibidem*, pp. 380 y ss.

²⁶ Gracia Martín, *op. cit.*, nota 2, p. 367.

²⁷ Rodríguez Montañes, Teresa y Paredes Castañón, José Manuel, *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, Tirant monografías, 1995. La teoría de Roxin sobre los aparatos de poder que en su momento se aplicó a los actos criminales de los Estados, tales como el régimen nazi o los actos de terrorismo de estado en Argentina, ahora intentan traspasarse al ámbito de la empresa. Véase Donna, Edgardo, “El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin”, *Modernas tendencias del derecho penal y en la criminología*, *cit.*, nota 24, pp. 533 y ss.

7. *El terrorismo*

El problema del terrorismo aparece como una nueva amenaza a los Estados democráticos, basado en distintas fuentes: por razones religiosas, políticas, nacionales.

Últimamente se ha afirmado que

Una guerra planetaria contra el mal, sin distinciones entre causas, métodos y objetivos, llevaría a conculcar derechos fundamentales que occidente considera uno de sus mayores logros. Se entronizará definitivamente “una policía del pensamiento”, que cada vez resulta más notorio. La posibilidad de cancelar ciertas garantías constitucionales y la pretensión de crear tribunales militares de excepción —en el marco de la “guerra antiterrorista global”—, donde una superpotencia tenga jurisdicción mundial sobre cualquier ciudadano de cualquier parte, supone una aldea global con personas de clase A y B. Obviamente, dicho estado de cosas multiplicará la enemistad y la resistencia, en donde todas las fuerzas disidentes terminarán coaligándose contra todo lo que es globalizador, en un conflicto que no ahorrará ninguna región ni sociedad.²⁸

En nombre de la lucha contra el terrorismo se han violado normas básicas del derecho penal y procesal penal. La detención de personas de Afganistán, después del 11 de septiembre, en un número mayor a 2,000 y la detención en la base de Guantánamo, con una especie de “limbo jurídico”, demuestra hasta qué punto puede llegar lo que se ha dado en llamar “derecho penal moderno”.²⁹

Las leyes antiterroristas, como ha demostrado Bustos Ramírez, tienen como base un elemento subjetivo en los tipos penales al solo efecto del agravamiento de los tipos penales, lo cual lleva a una especie de ataque ideológico en contra de las personas. Más sencillo es afirmar que los tipos penales de cualquier código penal contienen todas las acciones que los terroristas pueden realizar. Más allá de la ilógica del terrorista y los fines que esas organizaciones tienen, es claro que la solución no pasa por el código penal.

²⁸ Cagni, Horacio, “Una visión de la política mundial contemporánea en clave Schmittiana”, en Dotti, Jorge y Pinto, Julio (comps.), *Carl Schmidt, su época y su pensamiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, p. 318.

²⁹ Estefanía, Joaquín, “Impacto y pavor de los intereses sobre Irak”, *El País*, España, 30 de marzo de 2003, p. 11.

III. LA RESPUESTA DEL LLAMADO DERECHO PENAL MODERNO

La nota esencial de este nuevo derecho penal es la idea del antigarantismo. Y esto, como bien se ha afirmado, comienza con la destrucción del concepto básico que expresaba que el derecho penal tenía como fin la protección de bienes jurídicos.³⁰ Por eso se sostiene que los nuevos objetos de protección, en el ámbito del derecho ambiental, del derecho económico y de los otros antes enumerados, son sólo objetos cuyo perfil es vago e impreciso.³¹

La consecuencia es el reemplazo de los delitos de lesión y de resultado —que tienen el problema de la prueba de la relación de causalidad—, por los delitos de peligro abstracto o presunto, y con ello la disolución de otros principios básicos del derecho penal, como el de legalidad (por la indeterminación de este tipo de delitos), el de culpabilidad, el de proporcionalidad, entre otros. Se suma a ello la idea de licuar el concepto de autor, especialmente en el derecho penal de la empresa.³²

Además, este derecho penal es simbólico, en el sentido de que

...carecería en general de la capacidad instrumental de prestar eficazmente a la sociedad, y a los individuos que la integran, la seguridad que demandan al Estado ante la amenaza de nuevos riesgos; el legislador, empero, recurriría al derecho penal aun a sabiendas de su incapacidad para resolver eficazmente esos problemas —mediante la creación de nuevos tipos penales que incluso devienen de imposible aplicación— con el único fin de producir en la sociedad y en los individuos que la integran el efecto meramente aparente, esto es: simbólico.³³

IV. LA PRIMERA RESPUESTA JURÍDICA

La primera reflexión que surge respecto a los problemas a que nos hemos referido y las soluciones que se han dado es que se trata de una idea

³⁰ Gracia Martín, *op. cit.*, nota 2, p. 382.

³¹ Gracia Martín (*ibidem*, p. 383) afirma que se reemplaza a los bienes jurídicos por funciones, objetos ficticios de tutela que avalan la ampliación de la incriminación (Mocia) o que son sólo nominados (Silva Sánchez).

³² *Ibidem*, pp. 384 y 385.

³³ *Ibidem*, p. 385.

ingenua que se basa en la noción de que el derecho penal es una herramienta útil para solucionar los graves problemas de las sociedades modernas; que si alguna solución de fondo tienen, sólo se encuentra en otros ámbitos y no en el penal. Las adicciones a las drogas, la desocupación, debida en parte a la economía tecnificada y globalizada, la pobreza creciente, la contaminación del medio ambiente y la actividad de los grupos económicos no son un problema penal, y, más aún, cualquier remedio que se busque por esta vía será siempre pobre, mezquino y además más dañoso.

Sin embargo, en las propuestas que se han dado se nota una tendencia, en la práctica, hacia una idea de lo jurídico que he dado en llamar “el populismo antigarantista”, en donde cualquier derecho fundamental queda reducido a un mínimo en pos de la eficiencia del poder represivo del Estado de derecho, con el fin expreso o no de calmar a la opinión pública y su idea ancestral de venganza.

Ante esta situación, bueno es recordar, como ha hecho notar Luigi Ferrajoli,³⁴ que los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que significa que son universales, en el sentido de que corresponden a todos y en la misma medida. Estos derechos son indisponibles e inalienables y en consecuencia no están sujetos a las reglas del mercado, ni tampoco a la decisión política. Esto tiene como consecuencia que la vigencia de ellos es absolutamente ajena a la decisión de la mayoría, y por ende éstas no pueden cercenarlos, violarlos o condicionarlos a punto tal que sólo existan formalmente.³⁵

La estructura del Estado constitucional de derecho exige, en este sentido, que las normas constitucionales, que tienen como base los valores sustanciales de respeto a la libertad, tengan una relevancia tal que los jueces no puedan llenar las posibles lagunas de punición por vía analógica.³⁶ La consecuencia de tal afirmación es que se debe aceptar que un Estado constitucional de derecho es un orden imperfecto y que no se debe combatir el delito a cualquier precio, tal como se podría hacer en un

³⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 51.

³⁵ *Ibidem*, p. 53.

³⁶ Hirsch, Hans Joachim, “El derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad”, *op. cit.*, nota 6, t. II, pp. 61 y ss.

Estado totalitario basado en la idea de Hobbes.³⁷ Por eso “la aspiración de una sentencia materialmente justa en el caso concreto encuentra sus límites en el carácter fragmentario del derecho penal. Sólo es punible aquello que se declara punible. El merecimiento de pena no fundamenta por si solo la punibilidad”.³⁸

V. LA SEGUNDA RESPUESTA JURÍDICA: EL DERECHO PENAL Y LOS FINES³⁹

1. *La prevención especial y la general*

La doctrina mayoritaria afirma de una manera casi sin discusión que el derecho penal moderno y racional es esencialmente un derecho penal de prevención. La prevención especial actúa de dos modos sobre el delincuente: primero la corrección para que el sujeto se reintegre a la comunidad de hombres honrados; en segundo término, cuando el reo es incorregible, la eliminación o inocuización.⁴⁰ En palabras de Antón Oneca, respecto a la prevención especial, le corresponde al Estado regularizar las conductas de los ciudadanos; para ello tiene dos medios: el primero es crear una experiencia de utilidad, persuadir al reo de que no es conveniente delinquir porque la consecuencia es un mal mayor que la satisfacción procurada por el delito. La pena, en esta posición, debe tener un carácter aflictivo, pero con la salvedad de que debe evitar un castigo desproporcionado que lleve al condenado a una especie de venganza en contra del orden social y que por ende sea más fuerte que el freno del castigo. El segundo medio es crear en el delincuente hábitos de trabajo, de modo que pueda reintegrarse de manera útil en la sociedad.⁴¹

³⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 34, p. 54.

³⁸ Hirsch, Hans Joachim, “Acerca de la tensa relación entre la teoría y la práctica en el derecho penal”, *op. cit.*, nota 24, t. II, p. 38.

³⁹ Se sigue en lo general a Naucke, Wolfgang, “Generalprävention und Grundrechte der Person”, *Hauptprobleme der General prävention*, de Hassemer, Lüderssen, Naucke, Alfred Metzner Verlag GmbH Frankfurt am Main, 1979, pp. 9 y ss.

⁴⁰ Antón Oneca, “La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena”, *Obras completas*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, t. II, p. 58.

⁴¹ *Ibidem*, p. 60.

La prevención general entiende que su función es pedagógica al reafirmar la moral colectiva y la actuación ejemplar conforme a sus principios. Además es intimidación, ya que actúa como instrumento educador sobre las conciencias más rudas, y como un medio de que el Estado dispone para el mantenimiento del orden jurídico, del que todo individuo es posible infractor. Y, finalmente, es satisfacción a la víctima y a los círculos a ella inmediatos, donde la infracción a la norma tuvo mayor repercusión.⁴²

2. La prevención general positiva

La idea de la prevención general positiva tiene su fuerza expansiva en los años sesenta por obra principalmente de Roxin y sus discípulos. Roxin afirma que⁴³ pueden distinguirse tres finalidades: un efecto didáctico de motivación socio-pedagógico en cuanto ejercitamiento de la fidelidad al derecho, en el sentido de Jakobs;⁴⁴ un efecto de confianza, si el ciudadano ve que el derecho prevalece y, finalmente, uno de satisfacción, si con la sanción por el quebrantamiento del derecho se considera apaciguada la conciencia jurídica general y concluido el conflicto con el autor (prevención de integración).

El *Bundesverfassungsgericht* (BverfGE) ha seguido esta línea al afirmar que la pena tiene su fundamento en mantener y robustecer la confianza en la fuerza estabilizadora y prevalente del ordenamiento jurídico; por consiguiente, en la tarea de mostrar la inquebrantabilidad del mismo ante la comunidad jurídica, y así fortalecer la fidelidad al derecho.⁴⁵

3. La teoría de la pena sin fines

La pregunta que debe hacerse es si, tanto desde un punto de vista filosófico como de política criminal, la prevención es la meta del Estado, por una parte, y, por otra, si realmente esta meta, en los hechos, tiene algún efecto sobre el individuo.

⁴² *Ibidem*, p. 78.

⁴³ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, t. I, nota 9.

⁴⁴ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997, §1, núm. 15.

⁴⁵ BverfGE, 45, 187, 256.

Se pueden dar ejemplos que son contrarios a esta idea de prevención. La punición de la tenencia de drogas y de la tenencia de armas demuestra que no sólo la tipificación de tales conductas, sino también el aumento de las penas, no sólo llevó a un nulo efecto, sino que, por el contrario, existe en las sociedades un aumento considerable del consumo de drogas y de armas en poder de particulares de manera ilegal. Como ha dicho Hirsch, nunca los Estados han gastado tantos esfuerzos, dinero y tiempo en tan magros y pésimos resultados.⁴⁶

Si esto ya es una carga, por lo menos de tipo utilitario, sobre cualquier derecho penal basado en la prevención, hay otro no menor que hace al Estado social y democrático de derecho, en cuanto existe una relación de contradicción entre los principios de la prevención y los derechos fundamentales del hombre, protegidos no sólo por la Constitución nacional (artículos 18 y 19), sino por los tratados sobre derechos humanos.

En estos textos legales se acredita la visión de la filosofía europea de la Ilustración en el derecho penal liberal, que tiene como objeción fundamental a la idea de prevención la violación de la dignidad del hombre.

La filosofía política de la Ilustración, a través, entre otros, de Beccaria (1764), vio la justificación de la pena sólo en su resultado útil para el hombre. Pero este fin era siempre un fin racional que rechazaba los fines religiosos.

En el siglo XVIII, la cuestión se precisa aún más cuando se da entrada a la idea de protección de los bienes jurídicos fundamentales del hombre. En este punto es inevitable la entrada en juego de las ideas de la prevención. El derecho penal, al proteger bienes jurídicos, busca la intimidación de los miembros de la sociedad y la educación del autor, siempre con la esperanza de evitar la repetición de los hechos delictivos.

Como la dialéctica de la prevención lleva a que la pena de muerte aparezca en el horizonte de su movimiento, debido a que como el propio Kant lo había vislumbrado, quien quiere el fin, quiere el medio;⁴⁷ de este modo la racionalidad del sistema lleva a la pregunta de la limitación de la muerte del delincuente frente a casos extremos. Pero ya se plantea la

⁴⁶ Hirsch, “El derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad”, *op. cit.*, nota 6, p. 68.

⁴⁷ Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburgo, Felix Meiner Verlag, 1965, Erster Abschnitt, pp. 11 y ss.

dialéctica propia de la prevención, que lleva inevitablemente a la muerte del infractor por ser, en el fondo, un enemigo de las normas.⁴⁸

Sin embargo, la respuesta que dio la Ilustración no fue en este aspecto uniforme, ni tampoco terminante. Beccaria afirmó que la pena de muerte no es útil en el campo de la línea argumentativa de la Ilustración. La muerte, a través de la pena, sería con relación al lugar que ocupa el ciudadano incompatible. En este punto se encuentra la fuente de la argumentación en contra de un derecho penal de fines. El derecho penal de prevención, tanto especial como general, tiene un fundamento positivo como requisito previo de fines, pero los fundamentos de este derecho penal no están de acuerdo con los derechos fundamentales de la persona.⁴⁹

En este sentido, fue Kant quien formuló la frontera —a fines del siglo XVIII— entre el derecho penal de prevención y los derechos fundamentales de la persona. La expresión que glosa en la *Metaphisik der Sitten*⁵⁰ reza:

La pena judicial... no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro, ni confundido entre los objetos del derecho real. El delincuente debe resultar castigado, y no debe ser pensado que esa pena tiene una utilidad para él o para los demás.

Lo extraordinario en esta frase es, como ha resaltado Naucke, que no sólo se refiere a la pena, sino que concierne a todo el derecho penal en general. Con ello se afirma que el derecho, y por ende el derecho penal, no es ningún instrumento en servicio de fines de cambio social, y que es sólo una reacción ante el hecho, y por lo tanto el derecho penal no se estructura sobre la idea de los fines.⁵¹

⁴⁸ Jakobs, Günther, “Sobre la teoría de la pena”, *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Lima, Palestra Editores, 2000, pp. 71 y ss.

⁴⁹ Kargl, Walter, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, cit., nota 4, pp. 49 y ss.

⁵⁰ Kant 1797, *Rechtslehre*, II, Teil 1, Abschnitt, allgemeine Anmerkung E.

⁵¹ Naucke, Wolfgang, *op. cit.*, nota 39, pp. 9 y ss.; también puede verse: Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hansischer Gildnverlag, Joachim Heitmann & Co., 1962.

Es posible un derecho penal fundado en los fines, y no hay duda, como se verá, que hay una línea dentro de la propia Ilustración en ese sentido, pero desde Kant en adelante se ha contradicho tal concepción del derecho penal aduciendo la dignidad de la persona humana, y en consecuencia se ha afirmado la idea de que sólo el hombre puede ser la medida del posible fin del derecho penal.⁵² No hay duda tampoco que en esta concepción de Kant es en donde han abreviado los textos constitucionales citados, así como las convenciones de derechos humanos. Desde esta perspectiva, la respuesta a dar en este punto, según Naucke, es clara: un derecho penal de fines es posible, pero está puesto seriamente en duda ya que está obligado a ser un derecho con una fuerte disminución de las garantías.⁵³

Adviértase que en el siglo XIX, Feuerbach intentó hacer un derecho penal desde la idea de prevención general, sin dejar de lado la idea de la dignidad de la persona que había sostenido Kant. Partió de la idea de que la prevención especial, a través de la pena, no es la tarea asignada al Estado, ya que la prevención especial utiliza al hombre como medio para los fines sociales. Feuerbach había advertido que el pensamiento final en el derecho es inevitable, pero por su formación no quería renunciar al pensamiento de la Ilustración basado en Kant. Intenta conciliar el fin de la pena con la dignidad del ser humano. Con base en esto construye la idea de prevención general, que limita la amenaza de la pena en el sentido de que debe ser general, intimidatoria y preventiva.

Sin embargo, como ha sido visto, esta concepción de Feuerbach es, en este sentido, prekantiana, ya que contiene en sí misma la idea de utilidad de un hombre para los otros hombres, fundada en la idea de organización social, a la cual la pena sirve. Se trata de una especie de lucha entre el derecho penal de la prevención, con base en fines que la sociedad exige, y la duda en la licitud de la misma basada en la filosofía de los derechos fundamentales del hombre.⁵⁴

La réplica a esta idea de prevención terminó dándola Hegel, quien objetó a Feuerbach que con la teoría de la prevención se trata al hombre de

⁵² Eser, Albin, “Una justicia a la medida del ser humano en la época de la europeización y la globalización”, *Modernas tendencias del derecho penal y en la criminología*, cit., nota 24, pp. 15 y ss.

⁵³ Naucke, “Generalprävention...”, *op. cit.*, nota 39, p. 15.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 15.

igual manera que a un animal: “como cuando un perro levanta un palo, y el hombre no es tratado según su dignidad y libertad, sino se lo trata como a un perro”.⁵⁵ La formulación de Hegel es que el delito es la lesión del derecho, como derecho, y por tanto la pena es la compensación, la abolición del delito, que por el contrario fue vigente, y por la cual se repara, se restaura al derecho. Con esta idea, en palabras de Naucke, la teoría absoluta de la pena, en contraposición a la teoría de la prevención, ha quedado establecida.⁵⁶

Todo lo que viene después, incluido el Programa de Marburgo de 1882 de von Liszt, hasta las teorías modernas de la pena, entra en la discusión planteada y en los términos antes delimitados. Por eso Regina Harper, siguiendo la línea inaugurada por Kant, ha sostenido que la pena tiene que ser fundada en la independencia.⁵⁷ Esta noción de independencia, según la autora citada, fue obra de Kant, quien reemplazó los principios de libertad, igualdad, fraternidad, por los de libertad, igualdad e independencia. “Desde Kant la independencia debe tratarse en la filosofía como estímulo de la subjetividad... la independencia materializa el estado de la razón autoconsciente y alcanza como tercer nivel de reflexividad la fundamentación positiva de la comunidad de individuos libres e iguales”.⁵⁸

Esta noción de independencia fundamenta en Kant la pena, sustituyendo las condiciones teóricas del contrato y desterrando la fundamentación de Hobbes. Cuando no se reconoce el principio de independencia se pone en peligro el Estado de derecho, reemplazándolo por la pura fuerza y la demostración del poder del positivismo, o, lo que es lo mismo, la teoría contractual complementada por la teoría de los sistemas.⁵⁹

Desde esta perspectiva de la independencia se puede decir que, como es asunto de todas las personas, la regulación de sus relaciones sociales, una vez establecida la regla, la persona pasa a ser independiente. Independencia significa, en este caso, de *motu proprio* y comprendiendo la situación, realizar el esfuerzo mental y dirigir entonces la conducta dentro

⁵⁵ Hegel, *Filosofía del derecho*, § 99.

⁵⁶ Naucke, “Generalprävention...”, *op. cit.*, nota 39, p. 18.

⁵⁷ Harzer, Regina, “La independencia y su significación para la teoría de la pena”, *La insostenible situación del derecho penal*, *cit.*, nota 4, pp. 35 y ss.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 36.

de una sociedad ya fundada. Sólo superando el estado de naturaleza dependiente se puede establecer una relación pacífica entre los individuos. Desde esta perspectiva, la pena se puede explicar de la siguiente forma: “Con el delito la posición independiente de los afectados queda destruida. La víctima queda incapacitada y se la coloca en un estado de dependencia infantil. La relación jurídica del delito es relación de independencia anulada”.⁶⁰ Por eso no se requiere ninguna complementación fundamentadora mediante la idea de fin.⁶¹

De esta forma, E. A. Wolf, basado en estas ideas, ha podido definir el delito como “la lesión concreta de la confianza básica jurídicamente constituida y presupone la lesión de otro individuo o del Estado de manera tal que éstos no puedan reaccionar —en el marco de la existencia auto-orientada que reconoce el ordenamiento jurídico— por sus propios medios”.⁶²

El intento de poner al derecho penal en función de fines, esto es, que tiene como función la de evitar conductas dañosas como sustrato normativo esencial de los tipos del núcleo del derecho penal, tiene sus problemas. El caso de la tentativa inidónea es un ejemplo de estas dificultades.⁶³ El ejemplo del homicidio es más que demostrativo de lo que se viene diciendo. Cuando la vida es destruida, las consecuencias de semejante menoscabo funcional ya no afectan a su titular, que obviamente no existe. Se anulan definitivamente las condiciones indispensables de desarrollo individual, que, como afirma Karl, parece también eliminar de forma paradójica la base del juicio de dañosidad. ¿Cómo se puede perjudicar a alguien en su interés por vivir si para él ya no existe tal interés? De modo que en el primer caso hay dificultades para determinar el daño, y en el segundo para identificar a la víctima.⁶⁴

Una primera respuesta sería la de dejar de lado la cuestión meramente empírica de la cuantía de los daños y analizarlos desde la única forma posible: la verdadera imposibilidad de compensar el daño no puede estar condicionada por razones contingentes, sino sólo por razones lógicas.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 38.

⁶¹ *Ibidem*, p. 39.

⁶² Wolf, E. A., *Die abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen*, citado por Harzer (*ibidem*, p. 39).

⁶³ Nozick, *Anarchy, State and Utopie*, citado por Kargl, *op. cit.*, nota 49, p. 51.

⁶⁴ Kargl, *op. cit.*, nota 49, p. 52.

“La muerte no deja en la víctima rastro alguno que pueda calificarse de dañoso. Lo que lesiona la muerte es el interés por vivir, que la víctima ve destruido para siempre cuando acontece un brutal homicidio”.⁶⁵ La muerte sólo adquiere su perfil normativo en el contexto de una moralidad que percibe la vida como valiosa y que pretende su conservación tanto tiempo como sea posible. El daño del homicidio radica en la lesión de dicha moralidad, es decir, en el menosprecio del respeto debido a la vida del individuo. Por ende, el juicio de dañosidad no se basa en el acaecimiento de un estado de cosas indeseado y perjudicial en sí, sino en la lesión de la pretensión de que tal estado de cosas eventualmente no llegue a producirse. Es el interés de la persona por vivir, sin cuya existencia no habría podido desarrollar su plan individual de vida. El valor de la vida es el fin último del desarrollo individual. “Sobre este fundamento estrictamente moral se asienta toda determinación de cuáles son los valores dignos de respeto que resultan indispensables para que pueda desarrollarse la autonomía humana”.⁶⁶

El derecho penal sólo puede escoger sus bienes a partir del conjunto de intereses referidos a la persona, con lo cual tiene la función de señalarle al legislador cuáles son los bienes jurídicos que deben ser protegidos por la ley.⁶⁷ Sin embargo, estos criterios de selección están sujetos a cuáles sean las reflexiones sociales sobre las finalidades, que se explica por el cometido del derecho penal: garantizar la permanencia de aquello que tiene valor para la moralidad que se toma como base.⁶⁸ Con lo cual se vuela al principio de nuestra exposición, en el sentido de que no es ni lógico ni racional, ni desde el punto de vista valorativo, el modelo de prevención, ya que se confunde la pena con la idea de evitación del daño, lo que no es correcto.

Los bienes jurídicos merecedores de pena, con base en el principio de protección, son aquellos que sitúan a las personas en condiciones de desarrollar sus facultades y su capacidad de comunicación, esto es, la posibilidad de crear su autonomía y, por ende, la intangibilidad de las espec-

⁶⁵ *Ibidem*, p. 53.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁷ En contra Hirsch, quien sólo admite la función intrasistemática del bien jurídico (“Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, *op. cit.*, nota 24, pp. 378 y ss.).

⁶⁸ Kargl, *op. cit.*, nota 49, p. 56.

tativas de autoorganización del individuo. En consecuencia, cuando se lesiona o se pone en peligro la autonomía de la persona, con base en los bienes que son su desarrollo, se afecta al centro vital de la personalidad.

Porque es claro que en un Estado basado en la libertad, que es toda una opción dentro de la sociedad democrática, nadie puede estar seguro frente a agresiones violentas o negativas ante sus propias expectativas, como tampoco se deben regular conductas futuras mediante el derecho penal, ya que ello lleva a una ideologización no permitida éticamente. En consecuencia, como bien dice Kargl, “la única función del derecho es aportar capacidad de resistencia, en caso de conflicto, a un sistema de expectativas. La plasmación de las expectativas en normas tiene el sentido de declarar que, pese a la defraudación, la expectativa se mantiene intacta”.⁶⁹ En la medida en que las expectativas sólidas, desde una perspectiva moral, son protegidas por el derecho, la lesión de intereses o la defraudación de expectativas deben ser caracterizadas como lesiones al derecho.⁷⁰

El derecho penal sólo se justifica cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad que se estructure sobre la base de la libertad de las personas, con base en cimientos razonables. Se deduce de lo expuesto que el Estado no puede imponer conductas determinadas en lo relativo al orden religioso o moral. La tolerancia, entendida como el respeto a la conciencia del hombre, a la autonomía del hombre, en el sentido kantiano.⁷¹ El Estado, pues, no debe inmiscuirse en el ámbito de la conciencia de los hombres ni puede ordenar conductas que, sin afectar derechos de terceros, sean contrarias a la moral.⁷²

Por eso el núcleo de los temas que deben ser puestos por el derecho penal son aquellos que hacen a la idea de asegurar expectativas de los individuos dentro de la sociedad, para a través de las sanciones resistir a su frustración. Para ello deben darse tres condiciones básicas, tal como lo expone Kargl: *a)* que las atribuciones normativas estén en condiciones de prever y describir la conducta que defrauda y sus consecuencias;

⁶⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 59.

⁷¹ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, *cit.*, nota 47, p. 60.

⁷² Nosotros hemos tratado el tema en el comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia, Portillo, Alfredo, del 18 de abril de 1989, La Ley, 1989-C-405, en *Doctrina Penal*, 1898, p. 385.

b) que deben designar *a priori* un titular de la acción y a quien puede imputársele dichas consecuencias de la acción, y c) que las determinaciones pretéritas y actuales no van a ser revisadas a causa de futuras evoluciones de la sociedad.

Todo lo dicho implica que el derecho penal debe actuar frente a expectativas normativas que se refieren al pasado y de ninguna manera al futuro, tal como lo sostienen las teorías de la prevención,⁷³ con lo cual se evita politizar al derecho penal.⁷⁴

VI. LA CUARTA RESPUESTA JURÍDICA

Teniendo en cuenta lo afirmado hasta ahora, se podría definir el delito “como la acción objetiva y subjetiva de lesión a la general y especial vigencia del derecho, como derecho, en la medida que la libertad e independencia de la persona o de la sociedad se encuentren alteradas o perjudicadas”.⁷⁵ Esto explica el carácter fragmentario del derecho penal, ya que sólo deben sancionarse conductas que lesionan un mínimo ético, de acuerdo con lo expuesto en el texto.

Por lo tanto, se trata de bienes jurídicos negados tanto desde el injusto de acción como desde el injusto del estado de las cosas.⁷⁶ Esencialmente, lo que se lesiona es la concreta y existente libertad de una persona o de la generalidad, como la vida, la libertad, el honor y la propiedad, la existencia y la función esencial del Estado. Lo afectado es, pues, el desarrollo de la independencia concreta de la persona, en cuanto a su dirección de vida. Serían las condiciones que posibilitan una sociedad libre. Pero debe tenerse en cuenta que la afectación se materializa por la lesión o el peligro concreto de esos bienes. Con lo cual entran en crisis los mal llamados delitos de peligro abstracto, mismos que no tendrían cabida en este sistema.

De lo anterior se puede afirmar de manera categórica que lo que el delito afecta esencialmente es al derecho como derecho. Pero para que ello se dé, el autor debe, tanto objetiva como subjetivamente, afectar con su

⁷³ Kargl, *op. cit.*, nota 49, p. 61.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁷⁵ Köhler, M., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin Heidelberg, Springer, 1997, p. 22.

⁷⁶ Hirsch, “Estado de las cosas”, *op. cit.*, nota 6, t. III.

acción u omisión los bienes antes reconocidos. Esto exige que en el delincuente debe haber una negación subjetiva de los bienes jurídicos, y por ende debe actuar con la mala voluntad, que significa que actúe con libertad. En este punto ya hemos afirmado nuestra posición en cuanto que el concepto de acción exige la idea de libertad. Se trata entonces de la negación del derecho, esto es, la negación del otro como sujeto de derecho independiente. Por eso el concepto de bien jurídico tiene relación con la libertad del otro, y en ese sentido es que debe protegerse.⁷⁷ De esta forma, el bien jurídico es un concepto que hace a la existencia de la libertad y cuya condición de existencia tiene relación con la norma de conducta. Por eso, cuando se considera, por ejemplo, al bien jurídico vida, no se lo hace tomándolo como un objeto natural, sino como posibilidad de existencia de un sujeto de derechos autónomo e independiente.⁷⁸

Está claro, pues, que esta concepción del derecho penal nada tiene que ver con los llamados fines preventivos de la pena.

VII. LA RESPUESTA EN LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Qué sucede entonces con los problemas antes enunciados que se ciernen sobre la actual sociedad globalizada. La respuesta es eminentemente política y no penal. Quien pretenda solucionar este tipo de problemas complejos a través de la pena demuestra como mínimo la falta de imaginación y como máximo que no acepta vivir en una sociedad democrática. Como bien se ha afirmado,

...el modelo económico y político de occidente, sobre todo en la última década, ha demostrado su manifiesta ineptitud para ser presentado como universal y universable. Los programas prolongadamente impuestos como modelo obligado para dirigir la acción económica y social con la esperanza de obtener un desarrollo político y económico en los países del tercer mundo, en líneas generales, han fracasado. No les alejan de la pobreza y de la incultura, más bien incrementa el número de la gran mayoría sumergida en ella... el modelo de explotación industrial de lo que se llamó el capitalismo tardío se muestra inapropiado para un desarrollo sostenible de la

⁷⁷ Köhler, M., *op. cit.*, nota 75, pp. 22 y ss.

⁷⁸ El tema lo hemos tratado en la nueva edición del libro *Derecho penal. Parte especial*, 2a. ed., Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I.

economía mundial... pues el dinero y el poder se han convertido en los principales garantes de las normas que definen lo que es válido socialmente.⁷⁹

Por eso acierta Habermas cuando reflexiona sobre los hechos del 11 de septiembre: “Viendo que la globalización se impone sin límites en los mercados, muchos de nosotros esperamos el retorno de lo político, no en la forma hobbesiana original de un Estado de seguridad con policías, servicio secreto y ejército, sino como un poder civilizador de alcance mundial”.⁸⁰

⁷⁹ Gimbernat, José Antonio, “La recepción de la filosofía de Jürgen Habermas en España”, *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997, pp. 18 y 19.

⁸⁰ Habermas, Jürgen, *Crear y saber. El futuro de la naturaleza humana*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 131.