

# Política penal en el Estado democrático

HERNAN HORMAZABAL MALARÉE

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

## 1. PLANTEAMIENTO

En un Estado democrático el desarrollo de una política penal está sujeto a los condicionamientos que impone su estructura. En efecto, si partimos del presupuesto de que la democracia es un concepto dinámico que obliga al Estado a una permanente revisión de su aparato coercitivo, Estado democrático será aquél que en un proceso constante de apertura va reduciendo la coerción al mínimo indispensable (J. Bustos y H. Hormazábal, 1980, 116). En este contexto, el recurso penal será siempre la *última ratio* en la llamada lucha en contra de la criminalidad y representa el aspecto extremo de la política criminal (F. Bricola, 1978, 105).

Pero, si el Estado democrático decide incriminar una conducta —lo que en definitiva significa el reconocimiento del fracaso de su política social—, debe, al mismo tiempo, individualizar el objeto de protección de la norma penal correspondiente. Esto significa señalar claramente, libre de enmascaramientos ideológicos, lo que realmente se protege con la norma penal. En otras palabras, se trata de que el *bien jurídico* protegido por el precepto penal sea una expresión real de la superación de la contradicción que se genera entre el Estado como monopolizador de la coerción y la libertad que el Estado democrático reconoce y garantiza a los individuos.

El cambio político de un gobierno autoritario a un gobierno democrático obliga a este último a la revisión de todo su sistema represivo, incluido, por supuesto, el sistema jurídico penal. No deja de ser sintomático que tradicionalmente en España el cambio político haya ido aparejado con la reforma penal. La historia nos enseña que precisamente bajo los gobiernos autoritarios se han promulgado los códigos penales más rigurosos, a cuya revisión se han visto obligados los escasos gobiernos liberales (M. Barbero Santos, 1977).

En el Estado democrático este proceso de revisión del Derecho penal debe de hacerse conforme a criterios científicos y con sen-

sibilidad ante los problemas que afectan a la sociedad. El legislador y con mayor razón el legislador penal, no puede desvincularse de la realidad social en que desarrolla su actividad. Si así lo hace, se coloca en el plano de la idealidad, en el voluntarismo de querer resolver los problemas de la realidad social con normas del deber ser, en el de la confusión de la realidad con la idea.

El legislador penal indispensablemente tiene que entrar a considerar la realidad concreta. La norma penal ha de constituir una superación de las contradicciones que se suceden dentro de la realidad social, pero como un recurso extremo cuando no quede otro que la coerción penal. La norma penal y el precepto penal forman también parte de esta realidad social y es en este contexto que el penalista tiene que centrar su quehacer.

El Derecho penal no puede seguir siendo pensado como ciencia dogmática en el sentido más estricto de la palabra, anclado en una concepción aséptica del derecho que pretenda desconocer su naturaleza de ciencia social y, por lo tanto, su naturaleza esencialmente política. Por el contrario, se trata de asumir esta esencia y también el que el penalista debe orientar su actividad conforme a su naturaleza social y de acuerdo con las reivindicaciones que reclama una sociedad democrática.

De lo expuesto nace una nueva exigencia para el jurista penal. Su imposibilidad de desconocer el aporte del resto de las Ciencias Sociales a la revisión crítica del Derecho penal y la necesidad de construir una nueva ciencia integrada del Derecho penal de acuerdo con una concepción más receptiva de los intereses sociales de las mayorías (Sola A. de, 1983, 245).

A nuestro juicio, la puerta de entrada de las ciencias sociales en el campo del Derecho penal la posibilita el *bien jurídico*, concepto que aunque acuñado por J. M. F. Birnbaum (1834, 149 y s.) en el siglo pasado, ha venido designando tradicionalmente el objeto de protección jurídica de la norma penal.

## 2. IDEOLOGIA Y BIEN JURIDICO

Las tesis que desde entonces se han formulado sobre el bien jurídico se pueden agrupar bajo dos grandes categorías. Las que son *inmanentes* al sistema jurídico penal y las que son *trascendentes* a dicho sistema. Las primeras cumplirían una función meramente sistemática y reducen al bien jurídico a una creación del legislador. Las segundas sitúan al bien jurídico más allá del Derecho penal y cumplen una función crítica del sistema (W. Hassemer, 1973, 19 y s.).

Lo cierto es que, a nuestro juicio, todas estas teorías sobre el bien jurídico, incluso las que son trascendentes al sistema jurídico penal y que están, en consecuencia, en condiciones de plantearse críticamente ante la norma penal, en la medida que están formuladas dentro del sistema social, sólo señalan en forma apa-

rente lo que se protege, ya que sus autores o bien les dan contenido desde la idea, o bien se fundamentan en teorías sociales de carácter ideológico traspasando con ello una concepción interesada del mundo al concepto de bien jurídico. En definitiva, estas teorías no hacen más que *explicar o legitimar ideológicamente* a la ley penal, pero distan mucho de dar una concepción material de bien jurídico.

En efecto, el examen de la historia del Derecho penal hecho desde la perspectiva de las teorías sobre la pena pone de manifiesto el carácter ideológico de la pena como fundamento legitimador de la ley penal, según creemos haberlo demostrado en un trabajo anterior (J. Bustos y H. Hormazábal, 1980a, 97 y s.). En esa oportunidad, se dejó en claro la estrecha relación que existe entre una determinada concepción de la pena y, por ende, del Derecho penal y una determinada forma de Estado, lo que permitió destacar no sólo la congruencia entre la ideología de la hegemonía política de cada época con la correspondiente teoría explicativa de la pena, sino incluso su funcionalidad con el sistema hegemónico.

Un examen hecho desde la perspectiva de las teorías del bien jurídico lleva a conclusiones similares. A cada época ha correspondido una determinada concepción del bien jurídico. Puesta dicha concepción en relación con la forma de Estado de la época de su formulación, se aprecia su funcionalidad con los requerimientos de la hegemonía política de cada momento histórico.

En efecto, las aseveraciones anteriores ya pueden comprobarse en la época en que se acuñó el concepto por J. M. F. Birnbaum (1834). El «bien» establecido por Birnbaum para designar el objeto jurídico de protección de la ley penal nace como consecuencia de la necesidad de superar la tesis de Feuerbach, de clara impronta liberal, de que el Derecho penal sólo debe proteger «derechos subjetivos», lo que dejaba fuera de la protección penal los delitos en contra de la religión y de la moral, en contradicción con el espíritu restaurativo de la época (K. Amelung, 1972, 39; P. Sina, 1962, 19).

No obstante, hay que dejar señalado que la teoría de Birnbaum pasó desapercibida en aquella época, ya que fue suficiente para los fines de la Restauración la enorme influencia de G. W. F. Hegel y su jusracionalismo histórico.

La consolidación definitiva del concepto de bien jurídico sólo se iba a lograr más tarde bajo la ideología del positivismo en una Alemania recién unificada. Alemania en esa época presentaba una estructura económica agraria poco sólida, una escasa industrialización y, sobre todo, un retraso económico en relación con el resto de Europa (K. Lenk, 1971, 47). La revolución burguesa, aunque limitada a su aspecto económico, se iba a realizar de la mano de un poder estatal fuerte y autoritario, resultado de un compromiso entre unas fuerzas sociales que no habían logrado

imponerse por la vía revolucionaria y una nobleza feudal agraria que se vio en la necesidad de ceder ante la realidad (G. Jellinek, 1978, 511).

Para lograr este objetivo el Estado tenía necesariamente que fortalecerse. Se trataba de que se equiparara en facultades al individuo. Por ello, la teoría política le reconoce su autonomía, su personalidad moral o jurídica y también el poder público, o sea, el poder de dominar como *un derecho*. El Estado pasa a ser, de esta forma, titular de un derecho subjetivo público, el derecho del Estado a exigir la obediencia.

Nada más de acorde con la ideología de este Estado, conservador en lo social y revolucionario en lo económico, que el Derecho penal «cosificara» el objeto del delito en la defensa de «bienes jurídicos», en tanto que objetos concretos que habrían de derivarse de los propios códigos penales (S. Mir Puig, 1976, 209 y s.).

El positivismo en el Derecho penal iba a tomar dos corrientes metodológicas diferentes y formalmente enfrentadas. Por un lado el jusracionalismo positivista representado por Karl Binding y por el otro el positivismo naturalista de Franz von Liszt.

Karl Binding (1913; 1916), en plena concordancia con la ideología política del Estado alemán del II Imperio, concibe al delito como una contravención de la norma y, al mismo tiempo, también como una lesión de un derecho subjetivo del Estado (1916, 96). Este derecho subjetivo lo identifica con el derecho de mandar del Estado, derecho que por sí mismo es suficiente para exigir la obediencia (97, 98). Esta concepción tan amplia de delito lo llevó a buscar un sustrato material que le permitiera diferenciar el delito criminal de la simple infracción administrativa. Con este objeto dirigió su atención hacia el fin de las normas que, según él, sería la mantención de las condiciones concretas para una sana vida en común (339). Según Binding, estas condiciones se materializarían en los bienes jurídicos, «por su calidad de bienes para la vida jurídica» (340). En cuanto a su origen, Binding señala que los bienes jurídicos son una creación exclusiva del legislador, el que actúa sin otra limitación que su propia consideración y la que impone la lógica (353, 340).

Como puede apreciarse, toda la teoría jurídico penal de Binding está fundamentada en el poder del Estado y en el deber de obediencia que tienen todos los ciudadanos. El presupuesto ideológico parte de la consideración del Estado como persona jurídica que se autolimita a través del derecho, lo que a su vez legitima ideológicamente la titularidad del Estado de derechos subjetivos públicos como, por ejemplo, el derecho de exigir obediencia a los ciudadanos.

De ahí que cuando expresa que «en la superficie de la desobediencia se esconde como núcleo la lesión de un bien» (365), en definitiva está señalando que toda norma encierra en sí un bien jurídico y que toda desobediencia a la norma constituye una lesión al bien jurídico que ella contiene. Con ello confirma su tesis

de que el bien jurídico es simplemente una creación del legislador, que el legislador junto con crear la norma, crea al bien jurídico. La teoría de Binding se enmarcaría de acuerdo con la sistematización de W. Hassemer entre las immanentes al sistema jurídico penal (1973, 42).

Si en Karl Binding el positivismo está reducido a aspectos puramente normativos, en Franz von Liszt se iba a expresar en forma integral (1905a; s/f) al tratar el fenómeno delictual no sólo como un problema normativo, sino también como un problema de todas las demás ciencias que se ocupan del delito y del delincuente, proponiendo lo que el llama «die gesamte Strafrechtswissenschaft».

No obstante, von Liszt siempre reafirmó la independencia del Derecho penal y su estricto fundamento normativo, llegando a señalar que «el Derecho penal constituye el límite infranqueable de la política criminal» (1905 b, p. 80 y s.).

Precisamente es en ese límite donde von Liszt al bien jurídico, en el límite de la dogmática penal y de la política criminal (J. Bustos, 1982b, 65 y s.), en «el límite de la lógica jurídica abstracta», en el punto de unión del Derecho penal con las otras ciencias sociales.

De esta forma, von Liszt formula una tesis sobre el bien jurídico trascendente al sistema jurídico penal. El bien jurídico concebido como un «concepto límite» entre la ciencia jurídica y la política, posibilita que los conceptos de las ciencias sociales puedan hacer su entrada en el campo del Derecho penal.

El bien jurídico en von Liszt es concebido como un concepto perteneciente a la teoría general del derecho que expresa en el campo de lo jurídico, lo que representan los intereses de los individuos en sus relaciones vitales, relaciones que del mismo modo que los intereses, cuando son asumidas por el derecho, se transforman en relaciones jurídicas (von Liszt, s/f, t. II, 7).

Luego, para von Liszt, el bien jurídico no es como en Binding un concepto exclusivamente jurídico, una creación del legislador contenida en la formulación de la norma, sino una creación de la vida y como tal un interés vital del individuo o de la comunidad, a la que la protección del derecho le da la categoría de bien jurídico (v. Liszt, s/f, t. I, 6).

No obstante las infinitas posibilidades que abre la tesis de este autor sobre el bien jurídico, lo cierto es que también en ella se advierten los signos conservadores de defensa social y de fortalecimiento de un Estado que habría de conducir a Alemania a su esperada revolución económica.

En efecto, el pensamiento de v. Liszt, no sólo está influido por la Escuela Positivista italiana, sino sobre todo, en lo filosófico por la idea de fin de von Ihering (K. Amelung, 1972, p. 162). Según esta línea, las normas en cuanto está referidas al mundo social hay que entenderlas e interpretarlas desde el fin que quieren lo-

grar, que no sería otro que asegurar las condiciones de vida de la sociedad.

En el pensamiento penal de von Liszt, esta idea de fin se expresa sintéticamente en su concepto de bien jurídico (v. Liszt, 1905c, 212; P. Sina, 1962, 48; K. Amelung, 1972, 82-83), que formulado con una pretensión de materialidad con el objeto de superar el formalismo de Binding, lo define como «un interés jurídicamente protegido», esto es, las condiciones vitales del individuo o de la sociedad amparadas por el derecho. El fin del Derecho penal, de la norma penal y de la ejecución penal, está precisamente en la protección de bienes jurídicos. Ellos expresan, según v. Liszt, la idea-fin de protección de los presupuestos del orden social.

En estas condiciones, el bien jurídico en la teoría de von Liszt aparece colocado en el centro mismo de la discusión como el elemento que daría materialidad al delito y que al mismo tiempo expresaría el fin del ordenamiento jurídico penal. En otras palabras, permite romper la barrera lógico formal que impone un tratamiento puramente normativo del delito y dar fundamento a un sistema teleológico, pero ello sólo se ve posibilitado en la medida que está concebido no como un «bien del derecho», sino como un «bien de los hombres», por lo tanto, como un reflejo de la realidad social en el mundo de lo jurídico. El bien, por lo tanto, para von Liszt, se encuentra originariamente dentro de la realidad social y está sujeto, por ello, permanentemente a la contingencia de su revisión crítica cuya eficacia dependerá de la mayor o menor fluidez de los canales de comunicación entre la sociedad política y la sociedad civil. Es, en consecuencia, un concepto trascendente al sistema jurídico penal.

Pero el planteamiento de von Liszt se desdibuja desde el momento en que identifica las «condiciones de la existencia social» con las «condiciones de la comunidad estatal», con lo que la sacralización de las condiciones de la existencia humana como bien jurídico sigue siendo una decisión política del Estado. Esta identificación de los intereses de los hombres con los intereses estatales viene, en definitiva, a privilegiar una forma de Estado, un modelo de sociedad. El espíritu «defensista» del positivismo viene a truncar la propuesta de von Liszt dejándola en último término, en un puro formalismo (1905a, 126 y s.).

El formalismo de von Liszt se extrema posteriormente, cuando opone en forma predominante los bienes del Estado a los bienes del individuo y la antijuridicidad formal sobre la material, al señalar que el juez en esta alternativa «está ligado a la ley» (K. Amelung, 1976, 82; P. Sina, 1951).

Como puede apreciarse, que si bien es cierto que tanto K. Binding con F. von Liszt presentan grandes diferencias en su concepción del bien jurídico, especialmente en lo que se refiere a su origen social o normativo, en último término vienen a coincidir en sus planteamientos «defensistas» de un modelo de sociedad y de una forma de Estado. Ambos coinciden en cuanto a sus pro-

pósitos de legitimar ideológicamente el «ius puniendi estatal». Para Binding se legitimará lisa y llanamente en la autoridad de la norma. En von Liszt en un interés social que se identifica con el interés del Estado.

El positivismo en Alemania tuvo un doble aspecto. Por un lado fue revolucionario en orden que bajo su ideología el Estado pudo efectuar la revolución económica. En lo político fue, en cambio, conservador y contribuyó a mantener un orden social más propio de estructuras preindustriales.

La reacción antipositivista no se hizo esperar. Al finalizar la Primera Guerra Mundial, llegó también a su término el Segundo Imperio y con él el modelo de Estado que bajo la inspiración de Otto von Bismarck había conducido a Alemania a la llamada Europa moderna.

El nuevo modelo de Estado es el que se perfila en la Constitución de Weimar, en la que las ideas de libertad y el reconocimiento de los derechos económicos y sociales de los ciudadanos contrastan violentamente con lo que el modelo anterior de Estado entendía que debían ser sus fines. La Constitución de Weimar habría de recuperar la idea de libertad del Iluminismo y, al mismo tiempo, al constatar las desigualdades sociales que habría acarreado el proceso de industrialización que se había producido bajo el Estado positivista, en el afán de nivelar dichas desigualdades, incorpora en sus preceptos un programa económico social y según Hans Kelsen, también un sistema de relativismo político (1959, 472).

La ideología legitimadora del poder habría de ser coherente-mente el relativismo del pensamiento de Kant, reformulado en la corriente filosófica que se denominó neokantismo. Es la reacción de la filosofía pura dispuesta a desprenderse de la descomposición a que la había sometido la «cientificidad» (S. Mir Puig, 1972, 331).

Con el neokantismo el bien jurídico comienza un proceso de espiritualización, principalmente en la corriente denominada teleológica de Richard Honig, que renunciando a la búsqueda de la función garantista liberal del bien jurídico, centra su atención en el rendimiento teleológico del concepto. Por ello define el bien jurídico como «una fórmula sintética» en la que «el legislador ha reconocido el fin que persigue en cada una de las prescripciones penales» y «como una síntesis categorial en la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares» (R. Honig, 1919; J. H. Rudolphi, 1970, 151-167).

A partir de esta definición, Honig va a consumir la definitiva espiritualización del concepto de bien jurídico, quitándole todo contenido real y concreto al señalar que «los objetos de protección no existen como tales» y que «sólo son un producto de un pensamiento jurídico específico» (R. Honig, 1919).

La dirección neokantiana de Erik Wolf, menos radical que la

de Honig, sin abandonar la colocación sistemática del concepto en el núcleo de la antijuridicidad y su consiguiente rendimiento dogmático, no obstante, en su excesiva abstracción iba de hecho a ponerse a su mismo nivel por su nula importancia político criminal (K. Amelung, 1972, 147).

El asalto al positivismo no sólo se habría de realizar desde la perspectiva axiológica de los neokantianos y del relativismo historicista, sino también desde la fenomenología y desde el neohegelianismo. Todos iban a contribuir al renacimiento de la filosofía pura.

El vuelco de la filosofía neokantiana en las teorías del Derecho penal, según se ha visto, se concretó en general en el bien jurídico. El esfuerzo por distinguir entre el objeto de la acción u objeto material del delito y el objeto jurídico del delito o bien jurídico, iba a conducir hacia concepciones cada vez más abstractas y espirituales de este último, con la consecuente pérdida de toda su eficacia limitadora al «*ius puniendi*» estatal.

El neohegelianismo y la fenomenología criticaron a las corrientes neokantianas su parcial superación del positivismo y centraron su atención en otros puntos del Derecho penal y específicamente dentro de la teoría del delito, en el concepto de acción, señalando con razón que aún no se había liberado del dogma causal (J. Bustos v H. Hormazábal, 1980b, 533-554).

De esta forma, tanto Hellmuth Mayer desde el neohegelianismo, como Hans Welzel desde la fenomenología, plantearon una reformulación del concepto de acción y la mediatización del bien jurídico anteponiéndole, como objeto de protección de la norma penal, la protección de los valores de acto.

Así, para Mayer el delito es antes que nada un desvalor de acción cuyo contenido viene determinado por la lesión de un orden de protección y, sobre todo, por una inadmisibles lesión de un orden moral realizada por una acción, con lo que se completa la insuficiente, según él, concepción del delito como lesión de bienes jurídicos (H. Mayer, 1967, 51).

La teoría del delito de Hans Welzel, aunque formulada en sus líneas medulares antes de la II Guerra Mundial, no obstante, iban sólo a ser consideradas al finalizar la guerra. Ello se comprende si se advierte el contenido ético y humanista de sus tesis jusfilosóficas y jurídico penales que, por supuesto, eran incompatibles con el nacionalsocialismo.

El ambiente de revisión del pasado inmediato en la postguerra iba a ser el medio que mejores condiciones iba a ofrecer para el desarrollo y consolidación de sus planteamientos en el contexto político de una Alemania constituida en un Estado social y democrático de derecho, conforme a la Constitución de Bonn de 1949.

Toda la teoría penal de Welzel, se funda en la distinción entre desvalor de acto y desvalor de resultado (H. Welzel, 1976, 11 y s.). Consecuentemente con esta distinción, señala que la «misión del Derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en

comunidad» y que lo hace protegiendo «los bienes vitales de la comunidad», los llamados bienes jurídicos. Dicha protección se realiza por el Derecho penal prohibiendo en la norma y castigando en el precepto penal las acciones que están dirigidas a la lesión del bien jurídico. Se trata de impedir a través de la punición del desvalor de acto que se expresa en el precepto penal, el desvalor de resultado que significa la lesión de un bien jurídico que se produce como consecuencia de la realización del acto desvalorativo recogido en el tipo penal. Luego, según Welzel, la protección de los bienes jurídicos se realiza mediante la punición de los desvalores de acto (12).

Así, de acuerdo con lo expresado, el bien jurídico en Welzel se encuentra mediatizado por la protección que el Derecho penal debe brindar «a los valores elementales de conciencia, de carácter ético y social», valores que constituyen «el fundamento más sólido que sustenta al Estado y a la sociedad» (13).

En cuanto a su origen, Hans Welzel concibe al bien jurídico en una instancia prejurídica, en la realidad social «influyendo y siendo influenciados por la relación social» (H. Welzel, 1975, 137).

Aun cuando es mérito de Welzel haber recuperado el bien jurídico para la relación social, lo cierto es que su sistema con la mediatización por los desvalores de acto y la consiguiente aceptación de la existencia de delitos sin bienes jurídicos (1975, 137), y el hecho de derivarlo de la norma sin explicar su génesis, y no directamente de la relación social, lo conduce a dar una definición formal de bien jurídico que no explica qué es lo que realmente protege el Estado cuando entra a sancionar penalmente la realización de una determinada conducta. Sin embargo, la tesis sobre el bien jurídico de Welzel queda dentro de la categoría de las trascendentes al sistema jurídico penal.

En la actualidad se aprecia en relación con el bien jurídico la continuación de la línea de pensamiento a que diera lugar von Liszt al concebirlo como un «concepto límite» entre la ciencia jurídica y la política. De allí que se pueda constatar una *corriente sociológica* en las teorías sobre el bien jurídico (K. Amelung, 1972; R. P. Calliess, 1974; W. Hassemmer, 1973; S. Mir Puig, 1976). Obviamente que ello significa que el autor de esta corriente toma postura en orden a considerar al derecho como una ciencia social interrelacionada con las demás ciencias sociales y no como una ciencia autónoma exclusiva y excluyente.

Ahora bien, si la teoría social que sirve de fundamento a un concepto de bien jurídico, sólo tiene por objeto legitimar un modelo de sociedad, dicho concepto de bien jurídico cumplirá también una función legitimadora de la actividad punitiva del Estado y será portador de la ideología que enmascara la realidad de lo que realmente se protege por la norma penal. Este concepto de bien jurídico, si bien es cierto que es *trascendente* al sistema jurídico penal, no lo es menos que es *inmanente* al modelo de sociedad dentro del cual se enmarca dicho sistema. Un concepto

de bien jurídico de estas características no posibilita de ningún modo una revisión crítica del Derecho penal que esté de acuerdo con la dinámica que va imponiendo y exige el Estado democrático.

De allí que surja en el Estado democrático la necesidad de determinar *materialmente* al bien jurídico, esto es, de determinarlo en forma tal que permita revelar los encubrimientos ideológicos con que se presentan formalmente en la realidad los objetos a ser protegidos penalmente. De esta forma, el concepto no sólo se convertirá en un instrumento de crítica del sistema jurídico penal, sino que lo será también de la estructura social concreta que ha producido dicho sistema. La política penal del Estado democrático requiere de un concepto de bien jurídico que sea *trascendente* no sólo al sistema jurídico penal, sino que también lo sea al correspondiente modelo de sociedad.

De esta manera, todo esfuerzo en orden a darle contenido material a la expresión «bien jurídico» tiene que partir necesariamente de la consideración de que éste es un producto social que surge históricamente dentro de una relación social concreta. Esto significa tener en cuenta la estructura interna, las contradicciones y la forma en que se realiza la superación de esas contradicciones en un modelo de sociedad concreto. Significa también entrar a considerar al hombre concreto, su situación y rol dentro de la sociedad de que se trata, y, sobre todo, la forma encubierta en que se le presenta la realidad a través de fórmulas legitimadoras de carácter ideológico que ocultan su verdadera naturaleza.

### 3. BIEN JURIDICO Y ESTADO DEMOCRATICO

Según se puede apreciar de la lectura de nuestras reflexiones, el bien jurídico constituiría un aspecto esencial de la relación política penal-estado democrático. Pero, también a su vez, bien jurídico y estado democrático se encuentran recíprocamente relacionados. Por una parte, está la propuesta programática de que el Estado esté constreñido a penalizar sólo conductas que afecten a bienes jurídicos, y por la otra, la necesidad de que el objeto a proteger, aun cuando responda a un requerimiento social, esté libre de condicionamientos ideológicos, esto es, que corresponda a un requerimiento real de la sociedad. Este último aspecto precisamente determina al Estado democrático como condición necesaria para hacer efectiva una política penal de protección de bienes jurídicos (S. Mir Puig, 1976, 140).

Si, según señalábamos, Estado democrático sería aquél que no se encuentra reducido a su aspecto coercitivo puro, tendríamos que concluir que en términos positivos significa la existencia de una sociedad civil fortalecida ante una sociedad política en retroceso. Dialécticamente significa que si la sociedad política representa la tesis y la sociedad civil la antítesis, la dinámica democrática

tica importa el permanente robustecimiento de la antítesis (H. Portelli, 1978, 95; N. Bobbio, 1977).

De allí que, como una primera aproximación para una determinación material del bien jurídico, surja como premisa que éste se geste en un Estado democrático. Sólo en un Estado democrático se pueden generar bienes jurídicos, ya que sólo él ofrece las condiciones estructurales necesarias para que se produzca la síntesis dialéctica.

Conforme a lo expuesto, el bien jurídico es una *síntesis normativa* resultado de la contradicción que se genera en una sociedad democrática entre el Derecho penal como expresión más pura de la coerción y la negación de dicha coerción con el reconocimiento jurídico de los derechos y libertades de los individuos. Esta síntesis normativa, en consecuencia, se habrá de producir en la superestructura jurídico política, específicamente, en la sociedad política y se habrá de concretar en un tipo penal socialmente significativo (J. Bustos y H. Hormazábal, 1980b).

Por ello, a nuestro juicio, el bien jurídico como expresión para designar el objeto jurídico de protección penal, es una categoría exclusiva del Derecho penal. El ámbito de comprensión del bien jurídico, en relación con los objetos protegidos por otras ramas del derecho, es más restringido. El bien jurídico podrá ser homologable con ellos, pero no son idénticos.

Confirman esta apreciación el carácter de una *última ratio* y fragmentario que la doctrina en forma unánime predica del Derecho penal (F. Muñoz Conde, 1975, 72; S. Mir Puig, 1976, 124), según el cual la intervención penal queda reservada como última instancia cuando fracasen todos los demás recursos sociales y sólo para proteger al objeto protegido ante los ataques más graves.

Pero es evidente que el problema del bien jurídico no se agota en la constatación de que es simplemente una *síntesis normativa* dentro de la sociedad democrática. Es preciso considerarlo, también, en la esfera de la sociedad civil, en cuanto producto social de una sociedad democrática.

Si afirmamos que el bien jurídico es un producto social quiere decir que es el resultado de la superación de las contradicciones concretas que se producen dentro de una relación social concreta (J. Bustos Ramírez, 1982a, 19 y s.; 1982b, 65 y s.). El bien jurídico es una relación social, pero una *relación social sintética* de la sociedad democrática. Precisamente por su carácter de relación social tiene un carácter histórico y está condicionado por la forma específica en que se producen las relaciones sociales, sobre todo por la ideología enmascaradora de la realidad.

En la sociedad civil, aunque proyectada hacia un primer plano respecto de la sociedad política en el Estado democrático, es donde entran a jugar los aspectos ideológicos, esto es, las concepciones del mundo que puede tener un determinado grupo social hegemónico. Las fórmulas ideológicas pueden también mani-

festarse en los bienes jurídicos encubriendo la verdadera naturaleza de las relaciones sociales concretas que se protegen por el Derecho penal con lo que el objeto protegido por el Derecho penal se corresponderá, aunque en forma encubierta, con los intereses de dicho grupo hegemónico. Ello traerá como consecuencia que una determinada y particular concepción del mundo se habrá objetivado a través de una norma penal que habrá de fijar conforme a ella pautas de conducta social. El objeto se presentará como un bien jurídico, pero en su esencia sólo cumplirá una función legitimadora de un *ius puniendi* estatal no democrático. La ideología presentará en este caso sólo formalmente un Derecho penal democrático, pero en su esencia estará protegiendo otras realidades enmascaradas por un bien jurídico ficticio.

En el Estado democrático, el bien jurídico concebido materialmente como una relación sintética de carácter normativo y social, cumple esencialmente una función de carácter crítico no sólo del ordenamiento penal vigente, en la medida que se coloca en una instancia prejurídica, sino también del modelo de organización social en la medida que se sitúa incluso fuera de dicho modelo. Su función es, por lo tanto, de naturaleza político penal, en la medida que no sólo impone la restricción dentro del Estado democrático del *ius puniendi* a la exclusiva protección de bienes jurídicos, sino también en cuanto a poner de manifiesto la necesidad de penalizar ciertas y determinadas conductas que por su dañinidad social merecen ser castigadas penalmente.

El carácter crítico del bien jurídico se concreta respecto del ordenamiento penal en cuanto impone la obligación de su revisión y puede traer como consecuencia la demanda social y la decisión estatal de despenalizar determinadas conductas que no correspondan a la protección de bienes jurídicos en el Estado democrático, así como a replantearse el sentido y alcance de un determinado precepto penal. De la revisión del ordenamiento vigente desde la perspectiva del bien jurídico material, puede también surgir la necesidad de cubrir las lagunas penales que se puedan apreciar en dicha revisión.

A título de ejemplo se puede citar el proceso de despenalización del adulterio en España al poco tiempo de la reinstauración de la democracia. La apertura democrática permitió poner a la luz que bajo la ideología de la protección del matrimonio monogámico y de la familia, en el fondo se encubría, en tanto que el delito sólo podía ser cometido por la mujer, la posición de sometimiento de ésta respecto del hombre dentro de la relación social. La consideración de la situación concreta de los individuos dentro de la relación social, permitió apreciar la realidad de lo que verdaderamente se estaba protegiendo e hizo exigible una reforma penal.

Del mismo modo, el contexto del Estado social establecido en la Constitución Española de 1978 plantea la necesidad del desarrollo de una política penal de protección de la intimidad, del pa-

trimonio artístico, de los consumidores y del medio ambiente, cuestión que surge no sólo como exigencia constitucional, sino como una verdadera demanda de la base social de limitar la libertad del capital en beneficio de la libertad de los individuos.

En resumen, el Estado democrático debe orientar su política penal hacia la exclusiva protección de bienes jurídicos, pero de bienes jurídicos entendidos materialmente en cuanto expresan lo realmente protegido por una norma penal, esto es, *síntesis normativas de relaciones sociales concretas* en una sociedad democrática. Pero, del mismo modo como el Estado democrático está obligado a la protección de bienes jurídicos, debe asegurar el funcionamiento democrático de la sociedad reforzando sus estructuras y siendo receptivo a sus reales necesidades.

#### BIBLIOGRAFIA .

- AMELUNG, K. (1976), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt a.M.
- BARBERO SANTOS, M. (1977), *Política y Derecho penal en España*, Tucur Ediciones, S. A., Madrid.
- BINDING, K. (1913), *Grundriss des deutschen Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 8.ª ed. Aalen Scientia Verlag, Leipzig.
- BINDING, K. (1916), *Die Normen und ihre Übertretung*. 3.ª ed. Verlag Felix Meiner, Leipzig.
- BIRNBAUM, J. M. F. (1834), *Über des Erfordnis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderen Rücksicht auf den Begriff der Ehren kränkung*, en «Archiv des Criminalrechts». N. Ed. T. 15, pp. 149 y s.
- BOBBIO, N. (1977), *Nota sobre la dialéctica en Gramsci*, en «Gramsci y la concepción de la sociedad civil». Ed. Avance, Barcelona.
- BRICOLA, F. (1978), *Política criminal y Derecho penal*, en «Revue Internationale de Droit Penal», 1, 105-112.
- BUSTOS, J. (1982a), *Consideraciones en torno del injusto*, en «Bases críticas de un nuevo Derecho penal», Temis, Bogotá.
- (1982b), *Política criminal e injusto*, en «Bases críticas de un nuevo Derecho penal». Temis, Bogotá.
- BUSTOS, J. y H. HORMAZÁBAL (1980a), *Pena y Estado*, en «Papers» 13, 97-128.
- (1980b), *Significación Social y Tipicidad*, en «Doctrina Penal» 11, 533-554.
- CALLIESS, R. P. (1974), *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt a.M.
- HASSEMER, W. (1973), *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt a.M.
- HONIG, R. (1919), *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim-Berlin-Leipzig.
- JELLINEK, G. (1978), *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (1959), *Teoría General del Estado*. Editora Nacional, México.
- LENK, K. (1971), *La ciencia política como crítica e instrumento de poder*. Vi-

- sión histórico-dogmática*, en «Introducción a la ciencia política». Ed. W. Abendroth y K. Lenk. Ed. Anagrama. Barcelona, 29 y s.
- v. LISZT, F. (s/f), *Tratado de Derecho Penal* (Trad. Luis Jiménez de Asúa), Instituto Editorial Reus. Madrid.
- (1905a), *Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung*, en «Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze», 2 T. J. Guttentag Verlagsbuchhandlung. Berlin. T. II, pp. 230 y s.
- (1905b), *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen und die Grundbegriffe des Strafrechts*, en la misma colectánea, T. II, pp. 80 y s.
- (1905c), *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, en la misma colectánea, T. I, pp. 212 y s.
- (1905d), *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en la misma colectánea, T. I, pp. 126 y s.
- MAYER, H. (1967), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. W. Kohlhammer Verlag. Stuttgart, Berlin, Colonia, Mainz.
- MIR PUIG, S. (1976), *Introducción a las bases del Derecho penal*. Bosch. Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (1975), *Introducción al Derecho penal*. Bosch. Barcelona.
- PORTELLI, H. (1978), *Gramsci y el bloque histórico*. S. XXI. México.
- RUDOLPHI, H. J. (1970), *Die verschiedene Aspekte des Rechtsgutbegriffs*, en «Festschrift für R. Honig». Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen. Hay traducción castellana de E. Bacigalupo: «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», en «Nuevo Pensamiento Penal».
- SINA, P. (1962), *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*. Helbing & Lietsch, Basilea.
- SOLA, A. de (1983), *Política social y política criminal*, en «El pensamiento criminológico». Península. Barcelona. T. II, pp. 245-265.
- WELZEL, H. (1975), *Studien zum System des Strafrechts*, en «Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie» Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, pp. 120-184.
- *Derecho Penal Alemán* (1976) (trad. J. Bustos y S. Yáñez). E. Jurídica de Chile. Santiago de Chile.