

“LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL LIBERAL: CONTORNOS Y PROYECCIONES A PARTIR DE UNA CONCEPCIÓN PERSONALISTA”

José Manuel Sánchez Corral*

RESUMEN:

Tanto el concepto como la funcionalidad del bien jurídico en el campo del Derecho penal se contraponen críticamente a los nuevos planteos de la cultura contemporánea desde el discurso punitivo de un Estado liberal de Derecho. De ahí la necesidad de estructurar lineamientos teóricos que redimensionen antropológicamente al individuo (persona) como eje legitimante y acotante del *ius puniendi* dentro del mencionado esquema de organización política para enfrentar, entre otras cuestiones, el delito ecológico y sus implicancias.

PALABRAS CLAVE:

Bien jurídico penal; Estado Liberal de Derecho; Persona; Libertad; Realización; Legitimación; Protección; Cumulación.

ABSTRACT:

Both the concept and functionality of the legal right in the field of criminal law are critically contrasted with the new situations of contemporary culture since the punitive speech of a liberal state of law. Hence the need for structured theoretical guidelines that anthropologically redimensionen the individual (person) as axis

* Abogado, Especialista en Derecho Penal (Universidad Nacional del Nordeste - Argentina). Maestrando en la Maestría en Ciencias Penales (U.N.N.E. -Argentina). Ex Profesor de Derecho Penal -Parte General- (Universidad de la Cuenca del Plata y U.N.N.E. -Argentina). E-mail: jmsc444@hotmail.com. Ciudad: Corrientes (República Argentina).

legimitising of the jus puniendi within the above-mentioned political organization among other issues, the environmental crime and its implications to deal with.

KEYWORDS:

Well Criminal legal; Liberal State of law; person; freedom; Realization; Legitimation; Protection.

SUMARIO:

I.- Introducción.- II.- Presentación y dialéctica. ¿El comienzo del fin del bien jurídico en la Teoría Penal?.- III.- Hacia la plena vigencia de la protección penal de bienes jurídicos desde el dato individual.- IV.- Fundamentos: individuo, libertad y protección penal.- V.- Desafíos actuales: El Derecho Penal hacia el futuro. La concepción personal del bien jurídico y la acumulación en la cuestión ambiental.

I.- INTRODUCCION

Como si el tiempo no fuese un devenir lineal y consumativo, sino un eterno retorno, tal cual lo concebían los presocráticos, Plotino y el mismo Nietzsche, la teoría (alemana) del bien jurídico vuelve a instalarse una vez más con una encendida discusión entre diversos interlocutores de la ciencia penal contemporánea.

Sin embargo, a más de un siglo y medio de los esbozos iniciales, ya no se discuten actualmente –por superadas, modificadas y/o desarrolladas– algunas de las concepciones teóricas expuestas entre otros por, FEUERBACH y su lesión de derechos (*Rechtsverletzung*) subjetivos, el posterior aporte de BIRNBAUM con la primer mención respecto a la protección de bienes jurídicos (*Rechtsgüterschutz*), la construcción normativo-positivista de BINDING junto a la variante naturalista de VON LISZT, la instauración de supuestos “valores culturales” como objeto de protección en el neokantismo de la *Kieler Schule*, el ontologismo del modelo ético-social welzeliano y las variadas construcciones funcionalistas de JAKOBS, AMELUNG y ROXIN.

Hoy en día el problema se plantea en términos binarios respecto a la funcionalidad operativa para el Derecho penal del concepto del bien jurídico frente a nuevos desafíos marcados por una tendencia inflacionista¹ de lo penal expresada *verbigratia* mediante bienes jurídicos colectivos (*Kollektivrechtsgüter*) estructurados bajo un formato combinado por delitos de acumulación (*Kumulationsdelikte*) y delitos de peligro abstracto (*abstrakte Gefährdungsdelikte*); es decir, el punto será si es posible o no ofrecer un esquema conceptual de bien jurídico resiliente a estas nuevas exigencias, obligando a decidirse por una visión individualista o estatista ante el problema². Naturalmente, detrás de tal disyuntiva se esconden agudos planteos de índole filosófico-política y dogmática que denotan distintas concepciones sobre la relación Estado, Derecho (penal) y sujeto. Redefiniéndose de este modo la interacción entre la función instrumental y simbólica de la teoría y práctica penal, signada muchas veces por la imposición de la segunda sobre la primera, expresada mediante una aparente protección de bienes jurídicos que en realidad pareciera ocultar en ciertas ocasiones una protección ideológica instaurada por grupos hegemónicos³.

Tanto la importancia del tema y sus implicancias como la cantidad de obras generales o específicas que lo tratan vuelve prácticamente inabordable su análisis en un trabajo enmarcado bajo el formato de artículo. Es por ello que para facilitar la comprensión de la tarea a

¹ Tendencia retratada -entre otros- por Silva Sánchez cuando alude a que "...la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo *delito de lesiones de bienes individuales* al modelo *delito de peligro de bienes supraindividuales*, pasando por todas las modalidades intermedias". Afirmando seguidamente que "...la doctrina tradicional del bien jurídico, pone de relieve cómo...su capacidad crítica en el marco de procesos de criminalización como los que caracterizan el presente -y seguramente el futuro- resulta sumamente débil". Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 98. Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

² HASSEMER, Winfried; *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, pp. 7. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.

³ TERRADILLOS BASOCO, Juan; *Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal*, pp. 13. En *Pena y Estado* - Dir. Juan Bustos Ramírez- Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1995.

desarrollar, adelantamos nuestra adhesión a la plena vigencia⁴ de la teoría del bien jurídico en el campo penal desde una visión personal y crítica al sistema y su relevante función de referencia del Derecho penal en un Estado liberal de Derecho junto a sus aportes en el ámbito intrasistemático de la teoría del delito y de la pena.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, habrá que despejar toda ingenuidad respecto a la posibilidad de solucionar acabadamente la problemática del bien jurídico con la sola referencia a una visión personal del mismo. Estamos convencidos sí que la reflexión sobre el tema deberá hacerse desde el dato individual enmarcado en el modelo político Estado de Derecho y sobre esas bases deberá desarrollarse toda la investigación. No es posible que un concepto que haya servido con tanto éxito en diferentes momentos históricos del discurso penal, palidezca ante las necesarias evoluciones de los entramados culturales en las sociedades contemporáneas. En ese sentido, tal vez haya llegado el momento de sortear todo eufemismo y plantear, como ya lo sugería RADBRUCH y lo reafirma HORMAZABAL MALARRE⁵, el reemplazo de la acción como piedra angular de la teoría del delito a fin de facilitar el trabajo teórico con dos ámbitos de valoración distintos: el injusto y el sujeto responsable.

Auguramos entonces que con la teoría del bien jurídico no ocurra lo mismo que describe BRECHT⁶ en su *Epitafio para M.*, cuando luego de obtener el éxito frente a los tiburones y al tigre, termina siendo devorado por los piojos.

⁴ Vigencia que, por otra parte, Schünemann se encarga de redoblar al sentenciar que “no sólo se debe perseverar en la posición central del concepto de bien jurídico para la dogmática penal; sino que, más bien, el auténtico desarrollo de la teoría del bien jurídico está aún por venir.” Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd; *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, pp. 226. En *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehl (ed.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

⁵ HORMAZABAL MALARRE, Hernán; *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, pp. 170 y ss. Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1992.

⁶ BRECHT, Bertolt; *Epitaph für M.: “Den Heien entrann ich/ Die Tiger erlegte ich/ Aufgefressen wurde ich/ Von den Wanzen”*.

II.- PRESENTACIÓN Y DIALÉCTICA. ¿EL COMIENZO DEL FIN DEL BIEN JURÍDICO EN LA TEORÍA PENAL?

Con una marcada heterogeneidad argumental en su etiología, se estructuran diferentes críticas en derredor al bien jurídico en el Derecho penal las cuales están dirigidas, entre otras cosas, a presagiar de algún modo su inutilidad en el actual discurso punitivo del Estado.

Como adelantáramos, la extensión de cada desarrollo tornaría inviable su tratamiento en pocas líneas. Aun así, intentaremos reseñar sintéticamente la opinión de algunos autores contrarios⁷, en cierto modo, a la teoría del bien jurídico en el Derecho penal, a fin de facilitar un posible diálogo que contribuya a disparar una reflexión conclusiva por parte del lector.

En ese sentido, STRATENWERTH sostiene que cada grupo humano conoce y necesita diferentes normas de conducta asentadas en la cultura y por esa razón ya resulta insostenible el dogma de ilegitimidad de toda ley penal que no proteja ningún bien jurídico determinado⁸. Argumenta que el sistema de normas y valores que representan una tradición cultural no pueden reivindicarse a nivel universal y por ello un concepto personal de bien jurídico sólo puede abarcar lo importante para el individuo⁹. A partir de estas ideas construye la tesis de que un mero consenso social sustituye con solvencia el dato bien jurídico, cuyo concepto “a pesar de múltiples esfuerzos, hasta hoy no se ha logrado esclarecer”¹⁰.

⁷ A nivel nacional, Balcarce, bajo el título “Extremaunción”, establece un paralelismo de la situación del bien jurídico penal con un cáncer (polisemia) que hace metástasis en la teoría del delito por su extrema vaguedad, sugiriendo “un retorno a Binding” o una profundización de la función teleológica como imprescindible para asegurar lo poco que le queda de vida, pues –según expone- ya se encuentra conectado a un respirador artificial. Cfr. BALCARCE, Fabián; *La ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico*, pp. 584 y ss.. En *Revista de Derecho penal – Consecuencias jurídicas del delito II- 2009-2*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

⁸ STRATENWERTH, Günter; *Derecho penal –parte general I- El hecho punible*, pp. 66. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

⁹ STRATENWERTH; Günter; *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*, pp. 368 y 369. En *La Teoría del Bien Jurídico...*

¹⁰ STRATENWERTH, Günter; *Derecho penal*, ob. cit., pp. 65.

También HIRSCH afirma que “este debate de principios muestra una tendencia a la disolución del concepto de bien jurídico que se traduce en la aparición...de nuevos bienes jurídicos universales, esto es bienes jurídicos supraindividuales o de la generalidad”¹¹, entre los cuales ubica la problemática del medioambiente, el tráfico vial y el lavado de dinero.

En similar sentido apunta FRISCH que “...la limitada potencia crítica de la teoría penal del bien jurídico no sólo se debe a la vaguedad del concepto...”, sino también a la falta de legitimidad del penalista o legislador penal para decidir qué realidades son o no bien jurídico, sobre todo considerando “que el Derecho penal no puede sencillamente ignorar ni negar aquello que en otros sectores del ordenamiento jurídico se reconoce como bien jurídico”. De ahí extrae la idea de que la legitimidad de las normas penales que restringen la libertad no se conforma con un, vago y parcialmente adecuado, concepto de bien jurídico, sino que precisan que su contenido satisfaga los criterios del Derecho (coactivo) en una comunidad de individuos autónomos donde pueden regir como recíprocamente queridas¹².

Por su parte, JAKOBS desde su conocido funcionalismo sistémico sustentado en la filosofía hegeliana y la sociología de LUHMANN, trabaja con una idea radicalmente distinta, el bien a proteger es “la firmeza de las expectativas normativas frente a la decepción”¹³ de las mismas. En este caso, lo extremo del planteo hace hincapié en una concepción *pro* mantención del sistema con una consideración menor al individuo¹⁴. Por ello, deviene necesario aquí hacer propias las objeciones dirigidas a la idea que del Derecho penal tiene el ex catedrático de Bonn, pues en definitiva en su mismo origen ya se produce la distancia con una

¹¹ HIRSCH, Hans Joachim; *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico*, pp. 303/4. Estudios Jurídicos, Anales de Jurisprudencia, Buenos Aires.

¹² FRISCH, Wolfgang; *Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*, pp. 315, 318, 323/4 y ss.. En *La Teoría del bien jurídico*

¹³ JAKOBS, Günther; *Derecho penal –parte general- Fundamentos y teoría de la imputación*, pp. 45. Marcial Pons, Madrid, 1997.

¹⁴ En Argentina, auspicia esta visión del tema, entre otros, SCHIAVO, Nicolás; *El aporte marginal de la teoría del bien jurídico*. Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2008. Para quien el bien jurídico sólo aporta la base material de la relación jurídica como centro de la protección penal, ver pp. 97.

concepción individual y crítica del bien jurídico como la que propugnamos¹⁵.

También desde una visión sociológica del fenómeno penal, aunque basado en PARSONS y luego de criticar por su excesiva flexibilidad a la teoría de protección de bienes jurídicos, AMELUNG¹⁶ afirma que "... el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana... por ello se apoya en la idea de la sanción penal como instrumento para la protección de la vigencia fáctica de las normas de conducta".

Aún a pesar de las consideraciones de tan prestigiosos juristas, pensamos que una concepción personalista del bien jurídico puede y *debe* validarse como fundamento de bienes individuales y colectivos. En consecuencia, la dificultad de hallar un concepto homogéneo no impone un serio obstáculo para desarrollar tal criterio, pues la misma estriba muchas veces en los diferentes presupuestos teóricos que sustentan los postulados de las diversas tesis; algo similar a lo ocurrido con otras categorías sumamente discutidas (pero no por ello descartadas) de la teoría penal, como ser, la acción, el *dolus generalis*, la imputación objetiva, el contenido del injusto, el fundamento de la tentativa inidónea, el concepto de culpabilidad penal, etc..-

Además, como advierte SCHÜNEMANN, "... el concepto sólo puede ser concretizado después de mucho trabajo y después de mucha discusión jurisprudencial", considerando que tal resultado dependerá del nivel tecnológico y cultural de la sociedad¹⁷.

Por otra parte, si bien cada cultura desarrolla su propio modelo de organización político y jurídico, nada impediría establecer estándares comunes dentro de un esquema teórico racional como ser el Estado de

¹⁵ Sobre la crítica al modelo sistémico funcional en relación a la teoría del delito, por todos, ZAFFARONI, Eugenio R.-ALAGIA, Alejandro- SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal – parte general-*, pp. 392/3 y 451 y ss.. Ediar, Buenos Aires, 2000.

¹⁶ AMELUNG, Knut; *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección de bienes jurídicos*, pp. 263. En *La Teoría del bien jurídico ...*

¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd; *The system of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special Parts of the Criminal Code*, pp. 554. Buffalo Criminal Law Review, Vol. 7: 551.

Derecho en función del pensamiento occidental, única referencia desde donde pueden ser interpretadas las ideas que pretendemos exponer. Así entonces, es posible advertir que el Derecho penal protege, en más o en menos, lo mismo en diferentes y distantes países configurados político-normativamente desde el paradigma liberal. Hecho que permite trazar sobre tal estructura las coordenadas de un Derecho penal construido por y para el individuo, entendido como fundamento y fin de todo el macrosistema cultural.

III.- HACIA LA PLENA VIGENCIA DE LA PROTECCIÓN PENAL DE BIENES JURÍDICOS DESDE EL DATO INDIVIDUAL.

Aún hoy el principio de protección de bienes jurídicos perfila la intervención estatal en la vida de los ciudadanos al imponer al legislador un vínculo de referencia permanente al momento de criminalizar conductas que lo protejan mediante la conminación penal de su puesta en peligro y lesión. Como advierte HASSEMER¹⁸, desde un punto de vista constitucional, se construye de ese modo una verdadera prohibición de exceso de todo accionar ilegítimo por parte del Estado en tanto interfiera libertades individuales sin apoyo en una afectación de bienes jurídicos. Sin embargo, siguiendo aquí también al célebre representante de la Escuela de Frankfurt, aquel aspecto crítico y negativo de la teoría del bien jurídico ensamblado armónicamente a la prohibición de exceso aludida, halla su contrapartida en un aspecto positivo de la criminalización de conductas, el mandato normativo (dado al legislador) de protección de los bienes importantes, conocido también como prohibición de defecto en el contexto del llamado "Derecho penal moderno". Aún así, en ambos casos el bien jurídico pasa a ser el referente a considerar en la cuestión. De este modo se erige entonces el postulado central de un Derecho penal liberal pues tal función de referencia para el *ius puniendi* termina –en nuestra opinión– por: definir principalmente la materialidad del delito, ofrecer un criterio angular de la política criminal estatal, efectivizar el principio de fragmentariedad, dotar de contenido al injusto mediante el desvalor objetivo –en términos normativos– de aquellas conductas más graves para el bien (imputación objetiva), y en función a ello, consolidar

¹⁸ HASSEMER, Winfried; *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, pp. 98 y ss. En *La Teoría del Bien Jurídico...*

la matriz legitimante de la pena perfilando así también una legitimación del propio sistema penal junto a la innegable utilidad de su función clasificatoria de los diferentes tipos en la parte especial.

Con ello, resulta trascendente para la tarea dogmática brindar no solo una definición de bien jurídico penal sino también los contornos de su rol a desempeñar dentro de una determinada estructura social, política y cultural para que el mismo pueda cumplir debidamente su función.

Así pues, partimos de la base de concebir al Estado al servicio del hombre, ideado originalmente como un ente con poder limitado para efectivizar una mejor calidad de vida de todos los componentes de un grupo histórico determinado. El Estado de Derecho (*Rechtsstaat*¹⁹) extraído del paradigma liberal de la Ilustración y moldeado por el sinalagma contractualista ofrece, así lo creemos, la plataforma con la cual es posible reconducir todos los bienes jurídicos penales a un sustrato individual²⁰. Reconducción que sin embargo no implica indiferencia por la vulneración general del Derecho (como dato complementario) ocurrida a manos de cualquier injusto penal, tal circunstancia como advierte ESER²¹, resulta relevante también para el concepto de pena y para expli-

¹⁹ Sobre el primer uso de la expresión *Rechtsstaat*, un gran número de autores sindicaron a Robert von Mohl como el pionero en utilizarla, sin embargo la cuestión no está exenta de discusión debido a que Böckenförde afirma que en realidad el primero en recurrir a ella fue Carl Th. Welker, seguido luego por R. v. Mohl, y tiempo después por Ch. Freiherr von Arentin; demostrando, en definitiva, el origen alemán del término. Cfr., VALADES, Diego; *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, pp. 8 y ss. Instituto de investigaciones jurídicas, serie Estudios Jurídicos n° 69, México 2002. También, VON MOHL, Robert; *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundlagen des Rechtsstaates*. Zweite umgearbeitete Auflage, Verlag der Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1844.

²⁰ Aún cuando la configuración de las sociedades occidentales contemporáneas incluyan la noción bidimensional de sujeto de derecho a sus estructuras con el fin de viabilizar conceptualmente (*vgr.*) a las personas jurídicas, también éstas en definitiva se construyen en torno a la persona física, es decir el individuo.

²¹ ESER, Albin; *Rechtsgut und Opfer. Zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*, *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, pp. 1023. Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs- Universität Freiburg. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996. Este autor parte de una concepción dual del delito, es decir, tanto institucional como individual, "*Eine derart-institutionell, individuell- duale Verbrechenkonzeption...*", la cual compartimos como complemento y en la medida en que lo individual sea el dato clave de todo desarrollo subsiguiente.

car más fácilmente a la reparación como parte de la sanción. Lo que decimos, en función del aporte de HASSEMER²², es que en el Derecho penal el fin de la protección de bienes jurídicos es la realización de la persona individual, siendo el interés general sólo un paso en este rumbo²³. Así, compartimos la idea de ROXIN cuando los define conceptualmente como “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”²⁴. Concepto que, desde un punto de vista material, importa una relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto²⁵, descartando de esa manera toda posible confusión con meras funciones administrativas del Estado²⁶.

En este contexto sin embargo, el bloque constitucional (léase Constitución Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional) brindan una pauta axiológica necesaria aunque no suficiente para configurar dicho concepto en un Estado liberal de Derecho, pues la dinámica propia de la cultura excede muchas veces la rigidez inherente a una estructura constitucional contenedora de valores, principios e intereses heterogéneos que no guardan necesaria relación directa con el

²² HASSEMER, Winfried; *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, pp. 222. Frankfurt am Mein, EV, 1980.

²³ De otra opinión, WESSELS-BEULKE; *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 32. neu bearbeitete Auflage, pp. 3 y ss.. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002. Quienes hablan de una protección penal sustentada en los valores ético-sociales de la Constitución, consistente en la protección de bienes jurídicos para asegurar la realización del bien común y la defensa de la paz jurídica.

²⁴ ROXIN, Claus; *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* pp. 124. En *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2008. También en, *La teoría del bien jurídico...*, pp. 448.

²⁵ En Argentina siguen esta idea - planteada originariamente en Alemania por Sinna- entre otros; ZAFFARONI, Eugenio R.-ALAGIA, Alejandro- SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal - parte general-*, pp. 466. Ediar, Buenos Aires, 2000. Sobre la cuestión, al parecer también NIÑO, Luis Fernando; *El bien jurídico como referencia garantista*, pp. 55. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

²⁶ MOCCIA, Sergio; *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos iliberales*, pp. 114 y ss.. En *Política Criminal y nuevo Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997. En igual sentido, TAVAREZ, Juares E.X.; *Bien jurídico y función en el Derecho penal*, pp. 53 y ss.. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

fenómeno penal. Con ello, la referencia a los postulados del hombre y su dignidad son un aporte valorativo inestimable pero no suficiente –como dijimos- para proyectar desde el texto constitucional la protección de bienes jurídicos destinados, entre otras cosas, a satisfacer la pulsión impuesta por las necesidades de la psicología social²⁷.

IV.- FUNDAMENTOS: INDIVIDUO, LIBERTAD Y PROTECCIÓN PENAL.

Siguiendo a ALEXY²⁸ podemos observar que el sujeto tiene frente al Estado una libertad iusfundamental protegida mediante un derecho a que ese Estado no le impida hacer aquello que comprende dicha libertad, configurando de ese modo un verdadero derecho a una acción negativa o al no estorbamiento de acciones. Así, esta protección negativa trasladada al ámbito penal sólo puede ser “desactivada” cuando en el ejercicio de su libertad el sujeto afectase un bien jurídico penal. En este caso tomará protagonismo la denominada protección positiva del Estado mediante la reacción de su sistema punitivo en virtud de tal afectación. Como vemos, el daño o menoscabo a un interés del individuo se convierte concéntricamente en el punto clave de la cuestión, pues tanto la versión histórica del individualismo racionalista imperante en el siglo XVIII como su posterior desarrollo demandan un Estado presente con una respuesta legítima y efectiva a favor del sujeto que resultara perjudicado en esa dialéctica de poder. Con esto queremos destacar el hecho de que la potente fuerza repulsiva entre sí de dos conceptos vectores de la teoría política, como son poder estatal por un lado y libertad individual por otro, sólo puede ser aminorada merced al principio del daño a terceros²⁹. Principio que, como es sabido, se remonta históricamente a las primeras formulaciones de la regla de ofensividad tratadas coincidentemente por

²⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús María; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 307. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002.

²⁸ ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 226. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

²⁹ Sobre tal principio Von Hirsch –en base a los aportes de Mill y Feinberg-, sostiene en consonancia con la gran mayoría de la doctrina alemana que si no hay daño a terceros (*harm to others*) no puede legitimarse la criminalización de una conducta. Cfr., VON HIRSCH, Andrews; *El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”*, pp. 47. En *La Teoría del Bien Jurídico...*

Crocio, Hobbes, Beccaria y Puffendorf, entre otros, aunque luego recibiera diferentes contenidos³⁰.

En una comunidad política, tanto individuo como sociedad son conceptos a compatibilizar desde un vínculo relacional, pues como advierte SCHMITT³¹, una condición central de la misma reside en el poder de decidir sobre la vida física de las personas, caracterizándose así frente a cualquier otra comunidad o sociedad. Por ello, el Estado (liberal de Derecho) no debería –al menos con éxito– valerse de la herramienta penal para solucionar daños inflingidos por un individuo a su propia persona *so pretexto* de la existencia de ese daño. Es aquí donde las directrices filosófico-políticas del modelo liberal deberían impedir su conversión en un esquema paternalista invalidando sin más toda pretensión al respecto ya que, a mayor autonomía menor será el intervencionismo³². Del mismo modo, en sentido contrario tampoco sería viable que un individuo reclame la respuesta penal del Estado en supuestos donde no se verifique un daño cierto a bienes jurídicos del otro. Y si bien tales ejes se apoyan en nuestro Bloque Constitucional Federal, su fundamento estriba esencialmente en los postulados constructivos de la filosofía política liberal del Estado.

En este orden de ideas, el individuo adquiere un papel preponderante a punto tal que las conductas punibles sólo serán legítimas en la medida en que lo protejan de las afectaciones más graves a su libertad realizadora, entendiendo a ésta como un presupuesto indispensable para la proyección orientativa de la vida de cada sujeto de derecho, conforme a su esquema de convicciones en relación a otros. Por ello interesará aquí

³⁰ Un breve panorama al respecto en, FERRAJOLI, Luigi; *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*, pp. 5 y ss. Traducción del Prof. Walter Antillón M., Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

³¹ SCHMITT, Carl; *Der Begriff des Politischen*, pp. 22. Duncker & Humblot, Berlin, 1979.

³² Al parecer de otra opinión, BACIGALUPO, Enrique; *Derecho penal y el Estado de derecho*, pp. 105. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005. Quien sostiene, en contra por ejemplo de Santiago Mir Puig, que el concepto de “Estado de derecho” sólo puede señalar qué principios superiores deben ser respetados en la aplicación del derecho penal, pero no determinar directamente los conceptos dogmático-penales ya que con solo mantener su compatibilidad con la idea “Estado de derecho”, cualquier punto de vista sería válido.

-como advierte KAHLO³³ con apoyo en ZACZYK y KHÖLER- comprender al bien jurídico como un vínculo posibilitador (constitutivo) de la libertad externa de una persona en función a la interacción con sus semejantes.

Naturalmente, el hecho de afirmar que la protección penal de un bien jurídico apunta a la realización de la libertad externa de los sujetos en su faz intersubjetiva, demanda la composición de cierta *Weltanschauung* que permita ubicar antropológicamente al sujeto en el mundo.

Es sabido que no puede negarse al individuo como *factotum* productor de toda cultura³⁴, en la cual también se incluye al Estado y al Derecho como sus componentes. Con esto, la opción por el modelo Estado de Derecho implica condicionamientos operativos para la mantención de su plena vigencia, a saber: subordinación de todos los subproductos culturales a favor del individuo éticamente libre en sociedad y vinculación del legislador penal al respeto por la realidad culturizada en la que opera el sujeto. Se puede decir que lo colectivo y lo individual expresan así una interdependencia en la actividad cultural del grupo, una relación del hombre con los hombres que, como lo advierte GRAMSCI³⁵, no se da por mera yuxtaposición sino orgánicamente en la medida en que se forma parte de otros organismos sencillos o complejos. También con la naturaleza ocurre otro tanto, pues al decir de este autor, el hombre se relaciona con ella por medio del trabajo y la técnica, concluyendo en definitiva que en ninguno de ambos casos la vinculación resulte mecánica. De ahí que no debería resultar viable concebir una noción de lo individual sobrepuesta a lo colectivo, ni viceversa. En ese plano de interacción cultural, no hay sociedad organizada sin sujetos de derecho (*ubi societas ibi ius*) y cada uno de los miembros de ese compuesto

³³ KAHLO, Michael; *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 56. En *La Teoría del Bien Jurídico...*

³⁴ Corresponde aclarar que el término cultura (o realidad culturizada) que utilizamos aquí, en nada se vincula con la idea de "cultura social" sostenida por la Escuela de Kiel enmarcada en la filosofía neokantiana de los valores. Por el contrario, cuando a ella aludimos hacemos referencia a la manifestación explícita o implícita del grado de evolución estructural de un grupo social en un momento histórico determinado.

³⁵ GRAMSCI, Antonio; *Introducción a la filosofía de la praxis*, pp. 22. Nueva Colección Ibérica - Ediciones Península, Barcelona, 1970.

sociocultural no pueden “ser” sin proyectarse en aquélla (en cierto sentido también, *ubi ius ibi societas*). Así pues, siguiendo los desarrollos de QUILES³⁶, pensamos que el hombre no solo existe en el mundo (al cual entendemos como una realidad culturizada) sino que insiste en él³⁷. Es decir, no puede completarse ontológicamente sin volverse hacia el exterior³⁸ luego de abreviar en sus universos interiores. De esa manera, el hombre otorga sentido al mundo y éste hace lo propio con aquél. Dentro de ese plano exterior al individual el sujeto se vale de su libertad externa para relacionarse con un mundo que lo plenifica. Y, precisamente sin la intervención penal del Estado respecto a los bienes que la configuran, dicha libertad acabaría por destruirse con todas sus implicancias. Por ello, mediante la protección jurídico-penal de los bienes frente a las afectaciones más graves, el Estado también brinda (institucionalmente) una certeza sobre las condiciones individuales y colectivas que sostienen la vida del sujeto en sociedad, permitiendo de ese modo que el mismo crezca y se desarrolle en su universo cultural, auspiciando que tanto los bienes individuales como los colectivos hallen su legitimación en la persona³⁹. No perdamos de vista que, de acuerdo a la definición de bienes jurídicos que venimos siguiendo, los mismos son tanto realidades dadas como fines contruidos para lograr en ambos casos la realización del individuo.

El bien jurídico penal, en nuestra opinión, es el campo de prueba de una determinada concepción política y filosófica del hombre en relación al Estado, a punto tal que, como lo resalta ALCACER GUIRAO⁴⁰

³⁶ QUILES, Ismael; *Más allá del insitencialismo*, pp. 69 y ss. Filosofía In-Sistencial. Una filosofía del ser y dignidad del hombre. Luis Miracle Editor, Barcelona, 1958.

³⁷ La presentación de este esquema de pensamiento, discurre relativamente en la conjunción de lo que Therborn denomina, por un lado, ideología inclusivo-existencial y por otro, ideología posicional existencial; y tiene a nuestro modo de ver, el importante papel –aunque no definitivo– de permitir reasignar funciones al hombre y al derecho penal en su interrelación conceptual. Cfr., THERBORN, Göran; *The ideology of power and the power of ideology*, pp. 23 y ss. Verso Classic, London-New York.

³⁸ Entendiendo por exterior a todo aquello que está en el mundo, fuera de la consciencia individual del sujeto, incluyendo a sus semejantes y el medio que los rodea.

³⁹ Respecto a esta última idea también, STERNBERG-LIEBEN, Detlev; *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*, pp. 109 y ss. En *La teoría del bien jurídico...* ob. cit.-

⁴⁰ ALCACER GUIRAO, Rafael; *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* Pp. 80 –ref. nota marginal 233-. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

siguiendo a PAPAGEORGIOU, más importante que el concepto en sí del bien jurídico es el programa ético-político desde el cual se construye lo valioso a proteger penalmente. La concepción liberal del Derecho penal (en este caso) no puede ser desligada medularmente de su génesis, es decir, actuar en favor de la realidad culturizada del hombre bajo pena de perder su vigencia. Tal aserción implica -entre otras cosas como dijimos- que las directrices del concepto de bien jurídico, enmarcadas en el modelo instrumental Estado de Derecho determinen directamente las coordenadas teóricas del delito. Ello significa, si el bien es “jurídico” ergo normativo, es obvio que también lo será el modo de su afectación, o sea que la construcción del juicio de desvalor emitido sobre la conducta que lo afecte deberá descartar, entre otros puntos, los meros procesos físico-causales sostenidos oportunamente por el naturalismo positivista del siglo XIX. Por el contrario, brindaría sí un punto de partida general –a nuestro juicio infranqueable- para el legislador penal en tanto y en cuanto le imponga en última instancia una afectación al individuo al momento de diseñar la prohibición de conductas graves cómo núcleo de toda incriminación. Es obvio que la fragmentariedad obliga a proteger penalmente un bien sólo respecto a las conductas más graves que lo lesionen o pongan en peligro, mientras que las más leves merecerán o no una respuesta del Estado mediante otros dispositivos del orden jurídico (dcho. Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, etc.). Con ello, el animal carnívoro del que hablaba Schopenauer en referencia al Estado sólo debería aparecer mediante su *ius puniendi* cuando la interferencia en la libertad externa de los individuos impida sus mínimas condiciones de existencia, subsistencia y desarrollo.

La tutela penal de bienes jurídicos no debe, así lo creemos, ser entendida de otra manera, pues reducirla a la posibilidad (más o menos cierta) que una tendencia perversa impulse al legislador a incriminar conductas bajo su aparente peligro para los bienes no es precisamente un problema de la función legitimante del concepto que analizamos, por el contrario sería una distorsión radical manipulada sin ingenuidades por sectores interesados⁴¹. Una concepción personal, crítica y liberal del bien

⁴¹ La distorsión malintencionada de un concepto en todo caso no sería exclusiva del carácter legitimante del bien jurídico penal. De seguirse tal razonamiento, la construcción de la idea de “riesgo prohibido” resultaría mucho más importante que el bien jurídico, pues determinaría la relevancia penal de conductas que no importen tanta gravedad y cuya

jurídico penal, desde un punto de vista conceptual, no debería abrir indiscriminadamente la criminalización primaria de conductas bajo la apariencia protección de bienes aunque, es cierto, no todas las afectaciones a intereses individuales deben ser procesadas mediante el aparato penal, sólo lo serán las más graves. Cuando el Estado tutela penalmente algunos bienes jurídicos sólo frente a determinados comportamientos humanos, su función protectora debería ser esencialmente limitada, específica y efectiva basada en el parámetro axiológico-kantiano del sujeto entendido como fin último de todo desarrollo posterior⁴². En tal sentido, siguiendo a FERRAJOLI⁴³, hablamos de un Derecho penal mínimo que procure no sólo el máximo bienestar posible de los no desviados, sino también el mínimo malestar necesario de los desviados. Así, un Estado que permita, mediante la protección penal, la consolidación íntegra del sujeto en sociedad termina indirectamente realizándolo.

V.- DESAFÍOS ACTUALES: EL DERECHO PENAL HACIA EL FUTURO. LA CONCEPCIÓN PERSONAL DEL BIEN JURÍDICO Y LA CUMULACIÓN EN LA CUESTIÓN AMBIENTAL.

Una vez definidos en favor del principio de protección de bienes jurídicos penales desde una concepción personalista, el interrogante central que se presenta es determinar si el Derecho penal debería (y en caso afirmativo, de qué modo) encarar los desafíos contemporáneos concretos que presentan los delitos cumulativos y los delitos de peligro

regulación estaba reservada (conforme a la fragmentariedad penal) a otras áreas del Derecho.

⁴² De otra opinión, ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *ob. cit.*, pp. 463 y ss. Para quienes la expresión "bien jurídico tutelado" lleva a una confusión con el carácter fragmentario y sancionador de la legislación penal y dado que la ley penal no fundamenta tampoco decide la tutela. Por nuestra parte no compartimos totalmente esa idea ya que la función penal de protección vinculada al principio de *ultima ratio* configurada en función a la fragmentariedad, valida la intervención del Estado de un modo distinto a otras intervenciones menores del mismo Estado respecto a ese bien. Con eso, la contingencia coyuntural de las decisiones políticas criminalizantes a la que refieren también podrían - en mayor o menor medida- motivar la discrecionalidad del poder en otros ámbitos de la protección jurídica.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón*, pp. 332. Editorial Trotta, Madrid, 1995.

abstracto como estructuras contenedoras de la protección penal para bienes jurídicos colectivos.

Digamos en primer orden que los delitos cumulativos refieren a aquellas estructuras típicas en las cuales la conducta relevada, a pesar de no poseer entidad *per se* para poner en peligro al bien o lesionarlo, consiste en la posibilidad de la afectación al mismo mediante la repetición masiva de tal comportamiento en el futuro. En función a ello, se ensambla la protección de esa clase de bienes jurídicos mediante los delitos de peligro abstracto dado que la lesión de aquellos, dentro de una sociedad de riesgo, está sometida al dominio del azar⁴⁴.

En esas estructuras el ejemplo más extendido viene dado por el medioambiente como objeto de protección penal⁴⁵, entendiéndolo a éste en función al hombre, es decir desde una visión antropocéntrica que obliga a pensarlo desde lo individual⁴⁶. En ese sentido no discutimos su carácter de bien jurídico colectivo, lo damos por sentado, ya que resulta compatible con las ideas de “no exclusión en el uso” y “no distributividad” en tanto y en cuanto conceptual, real y jurídicamente, resulta imposible dividirlo en partes y asignarlo a un individuo⁴⁷. Por otro lado, tampoco podemos detenernos aquí en la problemática referida a la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, solo señalamos en este caso la conveniencia de gestionar penalmente un conflicto de estas características mediante la estructura de esos delitos.

⁴⁴ HEFENDEHL, Roland; *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?* pp. 7, Revista electrónica de ciencia penal y criminología (RECPC 04-14, 2002).

⁴⁵ En Argentina, la cuestión ambiental no posee una estructura legislativa homogénea. Por un lado, la Constitución Nacional alude al medioambiente en los artículos 41 y 43 mediante lineamientos generales; por otro, el Código penal argentino, tanto en los artículos 200 al 208, como el 184 y 186 protegen la salud pública y la propiedad sin un neto sentido ecológico y por último también existen leyes especiales como la 24.051 (Residuos Peligrosos), la 22.421 (Fauna Silvestre), la 20.481 (Contaminación de aguas y puertos por hidrocarburos), la 20.284 (Preservación de los recursos del Aire), la 20.466 (Fiscalización de Fertilizantes), la 20.560 (Promoción Industrial), la 25.675 (Política Ambiental Nacional), la 21.418 (Residuos plaguicidas) y la 14.346 (Protección de animales), entre otras.

⁴⁶ De otra opinión, ALCACER GUIRAO, Rafael; *La protección del futuro y los daños cumulativos*, pp. 9. Revista electrónica de ciencia penal y criminología (RECPC 04-08, 2002).

⁴⁷ HEFENDEHL, Roland; *¿Debe ocuparse...*, pp. 4. Aclarando debidamente que el medioambiente importa un bien consumible, por lo que no se daría la característica de “no exclusión en el consumo”, propia de los bienes colectivos.

Naturalmente, extremando las perspectivas de una concepción personalista resulta evidente que si el hombre depende no solo de sus semejantes para vivir, coexistir y realizarse, sino también del medioambiente al punto de otorgarle sentido por interdependencia, la razón última de la "eco-protección" es netamente individual ante la posibilidad (por acumulación) de anular una condición básica de la vida. Con ello, nos apartamos del razonamiento de la Escuela de Frankfurt en virtud del cual considera que el concepto personal de bien jurídico expande ilimitadamente la responsabilidad penal por riesgos futuros dentro de los modernos esquemas de tecnificación social propios de las sociedades de riesgo.

Por nuestra parte, siguiendo a HEFENDHEL y los aportes de KUHLEN, concebimos al medioambiente como un bien jurídico colectivo consumible y por ende extingible, con lo cual el Estado debería aparecer para regular dicho consumo sancionando penalmente a quien lo ponga en grave riesgo o lo lesione. Es por ello que en estos delitos ecológicos, la clave viene dada por el criterio de la acumulación, presentado como una equivalencia material al nexo de causalidad que vincula a toda acción con el bien jurídico⁴⁸.

Desde esta manera de reflexionar la cuestión ambiental podrá sostenerse que el delito contra el medioambiente es un delito de peligro abstracto pues lo disvalioso estriba en una eventual afectación colectiva futura y no en una puesta en peligro actual mediante la conducta individual del agente⁴⁹. En este caso, la respuesta no estará ligada exclusivamente al concepto personal del bien jurídico sino en la estructura del modelo de organización política, es decir, en los lineamientos de un Estado de Derecho de corte liberal. La gravedad jurídico-penal de una conducta de estas características (desvalor material) deberá fijarse en función a una potencialidad cierta de peligro para el bien colectivo dada por el criterio de la acumulación, pues en definitiva aunque la verificación empírica del daño grave sólo pueda acontecer en un futuro hipotético, la conducta individual amerita su desvalor en que la escasa "dosis" de daño infligido al medioambiente es residual en caso de una reproducción masiva de la misma.

⁴⁸ HEFENDEHL, Roland; *¿Debe ocuparse...*, pp. 11.

⁴⁹ ALCACER GUIRAO, Rafael; *La protección...*, pp. 5.

Con esto no decimos que el Derecho penal ocupe terrenos propios del Derecho administrativo, pero sí que intervenga proporcionalmente al injusto realizado cuya relevancia penal no debería seriamente ser cuestionada. Sostener que la distancia actual con la lesión futura del bien jurídico medioambiente es muy grande, no es un argumento que impida perder de vista una mínima pero efectiva intervención penal que incrimine conductas generadoras de un peligro germinal (aunque residual) para un bien colectivo como este. De hecho si la mentada protección adquiere aquí un especial adelantamiento respecto del medioambiente, no será fruto de dudosas técnicas legislativas que determinen la relevancia penal o de sobreesfuerzos en el campo de la imputación sino que obedecerá a las particulares características de este bien colectivo y su modo de afectación gradual. La acumulación de daños menores a manos de una conducta actual no puede ser tratada aquí de acuerdo a las reglas de la insignificancia penal, pues las condiciones mínimas del desarrollo humano obligan a la aparición efectiva y no meramente simbólica del aparato estatal en estos casos. Pensar de otra manera, demandaría razonar incorrectamente la cuestión pues al no ofrecerse una respuesta penal proporcional al injusto sustentado en un riesgo germinal para el bien, se impone la pregunta referida a cuántas veces se deberá tolerar desde el Estado (mediante el Derecho administrativo tal vez) una conducta de actual riesgo menor para que recién a partir de un límite pueda considerarse su entidad necesaria para afectar al bien.

Es cierto que la simple y eventual reproducción masiva de similares conductas en el futuro no es algo que pueda ser atribuido penalmente al desvalor de una conducta actual, pero sí sin embargo, creemos en la necesidad de imputar lo que hoy se haga en miras al porvenir, ya que de resultar multiplicado acabará seguramente con el medioambiente.

Esto significa que a pesar de la innegable transformación sociocultural de las sociedades modernas que obliga a amoldar el fenómeno penal basado en el esquema de "formalización" y vinculación a principios valorativos, a un modelo de "tecnología social"⁵⁰, la vulneración efectiva o potencial de toda condición humana para la existencia y desarrollo digno, deberá ser controlada punitivamente.

⁵⁰ HASSEMER, Winfried; *Persona...*, pp. 9.