

FUNCIONES INSTRUMENTALES Y SIMBÓLICAS DEL DERECHO PENAL: UNA DISCUSIÓN EN LA PERSPECTIVA DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA*

ALESSANDRO BARATTA

Director del Instituto de Sociología Jurídica
y Filosofía Social de la Universidad del
Saarland, Alemania Federal

Hasta algún tiempo parecía haberse alcanzado puntos definitivos sobre la cuestión del bien jurídico en el Derecho penal. Por lo menos los términos del problema parecían seguros. No parecía problemática la distinción tradicional entre las dos funciones asignadas al concepto de bien jurídico: una función inmanente al sistema del Derecho penal positivo y una función extrasistemática.

La primera función obedece a la interpretación teológica de las normas penales y a su construcción sistemática. La consecuencia dogmática principal de este uso intrasistemático del concepto de bien jurídico es la duplicación de la antijuridicidad: Antijuridicidad formal es la violación de la norma social o jurídica correspondiente al tipo delictivo (Binding); antijuridicidad material es la lesión o puesta en peligro del interés protegido por la norma. Hay responsabilidad penal sólo si se realizan ambas formas de antijuridicidad. Sin embargo, la antijuridicidad material está condicionada a la existencia de la antijuridicidad formal¹.

Junto a esta función intrasistemática y con una pretendida independencia de ésta, se construye una función extrasistemática de concepto de bien jurídico como criterio de valoración del sistema positivo y de la política criminal. No existe una correlación necesaria entre antijuridicidad material considerada a la luz del uso extrasistemático del bien jurídico y la antijuridicidad formal (intrasistemática) de un comportamiento. Es decir, se admite que el legislador penal puede separarse de ella por defecto o por exceso; dejar de tutelar intereses merecedores de ella, considerados vitales para la sociedad, o tutelar intereses que no lo merecen².

*Traducción de Mauricio Martínez Sánchez (Universidad del Saarland, Alemania Federal).

1. Cfr. entre otros R. Maurach/H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Teilbad. 1, 6², München 1983; H. -H. Jeschek, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3^a ed., Berlin 1978, pág. 5 y ss.; H. -J. Rudolphi, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs*, en «Festschrift für R. -M. Hoing», 1970, pág. 151 ss.; K. -H. Gössel, *Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeit-seischränkendes Tatbestandsmerkmal*, en «Festschrift für D. Dhlen», 1985, pág. 97 ss.; véase también G. Bettioli, *L'odierno problema del bene giuridici*, en «Scritti giuridici», tomo II, Padua 1966, pág. 911 ss.

2. Véase para el efecto F.V. Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, 12/13^a ed., Berlin 1903, pág. 140 ss.; Binding, *Die Norme und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bc. I (Normen und Strafgesetze), Aalen 1872, pág. 193.

En realidad, a esta duplicidad de funciones³ no ha correspondido hasta ahora una terminología unívoca. Por ejemplo AMELUNG asigna a la función extrasistemática el término «antisocialidad»⁴, con la cual se hace referencia a una antigua tradición de la ciencia penal alemana. En ésta, la voz «bien jurídico» ha sido utilizada principalmente para la función intrasistemática. En 1872 BINDING escribía que «sólo la norma penal eleva un objeto a la categoría de bien jurídico»⁵. VON LISZT hablaba en 1888 de las «condiciones vitales de la comunidad estatal» que el legislador penal transforma en «objeto real de tutela», pero que de otra parte, él puede faltar por defecto o por exceso.⁶

Sin embargo, a pesar de las diferencias terminológicas, en el pensamiento penal alemán aparece clara la distinción entre dos niveles de construcción al interior de la teoría de los bienes jurídicos (o en sentido negativo, de la antisocialidad o antijuridicidad material que corresponde a las dos funciones distinguidas por HASSEMER⁷). A nivel ideológico y político se trata de la individualización de las condiciones necesarias (y/o suficientes) de producción de normas penales (función de legitimación y/o de limitación); a nivel exegético y dogmático, se trata de la interpretación y de la sistematización *teológica* de las normas; las diferencias hacen relación a los presupuestos ontológicos y epistemológicos que intervienen en las operaciones propias de los dos niveles de discurso⁸.

El concepto intrasistemático de bien jurídico es normalmente utilizado por el legislador mismo en el articulado de la «parte especial» del Código Penal y en la intitulación con base en el objeto a proteger. Igualmente en la «parte general» del Código Penal, el concepto de bien jurídico es usado por el legislador en sus propias elaboraciones técnico-jurídicas: piénsese en la formulación del estado de necesidad como justificante, del artículo 34 del Código Penal alemán⁹. No se trata siempre, entonces, en la función extrasistemática del bien jurídico, de definiciones «tácticas» del legislador y de meras construcciones doctrinarias, sino frecuentemente, de enunciados legislativos que designan los objetos de la tutela prestada por las normas penales y que deben ser empleadas por la doctrina y la jurisprudencia.

En el ámbito del presente discurso, no es posible analizar las variantes y los diversos presupuestos que se encuentran en la historia más que centenaria de los usos de «bien jurídico», o de expresiones equivalentes en las dos funciones arriba mencionadas. La literatura al respecto es rica en análisis históricos; a ella nos remitimos¹⁰.

3. Cfr. a propósito W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt 1973.

4. Véase K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt 1972.

5. K. Binding, *Die Normen*, cit. pág. 193.

6. F.V. Liszt, *Des Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der «Enzyklopädie» des Wissenschaft*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschafts», VIII, 1888, págs. 133-156.

7. Véase W. Hassemer, *Theorie*, cit. pág. 19 ss.

8. Cfr. H. Mittasch, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlín 1939.

9. El estado de necesidad como justificante se fundamenta en el principio de compensación de intereses, sobre todo entre interés amenazado e interés sacrificado para su salvación. Cfr. H.H. Jeschek, *Lehrbuch*, cit. pág. 288 ss.

10. Entre otros véase P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Bael 1962; W. Naucke, *Zur Lehre von strafbaren Retrug*, Frankfurt 1964; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz*, cit. págs. 25-56; M. Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, Berlín 1987, págs. 115-168.

Me limitaré a indicar una alternativa entre dos líneas de tendencia que comienza a perfilarse desde los orígenes de las teorías del bien jurídico y que acompañan la historia. Se trata de la alternativa entre un uso exclusivamente defensivo y un uso también promocional de la pena respecto de bienes e intereses relevantes. La segunda alternativa tiene su más notable expresión en la llamada «teoría metodológica» del bien jurídico introducida por HONIG en 1919¹¹. Se trata de dos líneas de tendencia al interior de la misma concepción instrumental de la función punitiva.

Podemos denominar «teorías del bien jurídico» en sentido lato a las teorías promocionales. Sin embargo, esta distinción, como se verá mejor más adelante, se ha vuelto cada vez menos precisa y ha perdido relevancia práctica, en la medida en que la tutela se ha extendido de intereses individuales y circunstancias, hacia áreas de intereses generales y difusos¹².

Igualmente la distinción entre teorías intrasistemáticas y teorías extrasistemáticas se revela problemática en un análisis más riguroso. Esta distinción clasifica los discursos según las intenciones de los autores, pero no es del todo apropiada para clasificarlos según las premisas epistemológicas y los contenidos. Esto sería posible sólo si la definición extrasistemática de áreas de intereses dignos de tutela fuese realmente independiente de la definición intrasistemática, tanto respecto a las premisas epistemológicas como a los contenidos y si, viceversa, el criterio del bien jurídico utilizado en las operaciones exegéticas y sistemáticas sobre las normas existentes, fuese realmente independiente de las valoraciones político-criminales dirigidas a lo que *debería ser* tutelado por las normas penales.

En una reciente contribución, BALOG ha demostrado que esta condición no ha sido realizada ni en uno ni en otro sentido¹³. En realidad, las definiciones extrasistemáticas de los bienes dignos de tutela han sido obtenidas utilizando ampliamente, como punto de vista heurístico, el sistema de los bienes protegidos por las normas penales existentes. Viceversa, en las definiciones intrasistemáticas, a las operaciones analíticas sobre las normas penales existentes, se sobreponen ampliamente los modelos ideales y las valoraciones político-criminales de los diferentes autores.

La circularidad del resultado se traduce en un doble inconveniente. Por un lado, intereses y valores «extrapositivos» son definidos al interior de la lógica del discurso punitivo. Son dos las características principales de este discurso, así como se ha consolidado en la tradición de la ciencia del Derecho penal: en primer lugar, la sociedad es considerada como una comunidad homogénea de valores e intereses que se defiende de una minoría de personas desviadas. En segundo lugar, la atención del discurso es polarizada sobre los conflictos interindividuales y sobre aquéllos entre individuos y «sociedad», mientras quedan excluidos los conflictos estructurales y entre grupos. Aparece evidente que si estas características influyen la óptica «extrasistemática» sobre la negatividad social, se producirá una visión deformada y parcial de ella, incapaz de proveer criterios eficaces para la valoración crítica de los sistemas punitivos existentes y para la formulación de proyectos innovadores de política del control social.

11. R. Honig, *Die Binwilligung des Verletzten*, I, Mannheim Berlin Leipzig, 1919, pág. 94.

12. W. Hassemer, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, en «*Dei delitti e delle pene*», II, 1984, pág. 109 ss.

13. Cfr. A. Balog, *Rechtsgüter in Theorie und Praxis*, en «*Kriminalsoziologische Biographie*», VIII, 1981, págs. 51-57.

Por otro lado, los contenidos positivos del Derecho penal son idealizados y legitimados a través de la vinculación «metodológica» con principios y valoraciones extrasistemáticas. Éstas a su vez, hacen parte de contextos de discurso que tienen en común con el discurso punitivo las dos características principales de éste: la visión consensual de la sociedad¹⁴ y la óptica parcial sobre los conflictos¹⁵.

Algunas teorías extrasistemáticas de los bienes jurídicos elaborados con una indudable perspectiva crítica, tampoco logran sustraerse del todo a una doble función de legitimación que ellas cumplen independientemente de la intención de los autores en relación con los sistemas de la justicia criminal. Tomemos como ejemplo la teoría «personal» del bien jurídico elaborada recientemente por HASSEMER¹⁶: su intención es rigurosamente limitativa. En efecto, es admitida en esta teoría la legitimidad extrasistemática únicamente de la tutela penal de bienes jurídicos «aferrables» y determinados, relacionados directa o indirectamente con intereses de personas físicas. La deslegitimación de las normas penales de tutela de intereses difusos y de «funciones», implica sin embargo una indirecta legitimación de las otras normas.

El riesgo es que la exclusión «por principio» de los bienes jurídicos difusos e indeterminados sea compensada con una aceptación, también «por principio», de los bienes jurídicos personales e indeterminados, y que ésta aceptación sustituya la comprobación empírica de la hipótesis de la idoneidad de la pena en la tutela de estos bienes, transformándose en un nuevo soporte ideológico de la teoría instrumental del Derecho penal. De esta manera, la portada crítica y política del discurso queda de hecho limitada a la dimensión cuantitativa (contener la expansión del sistema punitivo) sin intervenir sobre la dimensión cualitativa, es decir, sobre el concepto de la función instrumental del Derecho penal *tout court*.

La legitimación de ciertos objetos de tutela y no de otros, sobre la base de su «relevancia penal», deja abierto el problema de la legitimación del Derecho penal sobre la base de su cualidad instrumental. Por más que sea laudable cualquier operación teórica y política dirigida a reducir cuantitativamente los sistemas penales y a contener su tendencia expansiva, el déficit de verificación cualitativa de la legitimación instrumental del sistema no será jamás saneado por los resultados cuantitativos de aquella operación.

La distinción entre concepto extrasistemático y concepto intrasistemático de bien jurídico deviene más problemática con la incertidumbre y la fluidez de los confines que deberían delimitar al «sistema». ¿Se trata del Derecho penal «en sentido estricto», o también del Derecho penal administrativo? Más en general, ¿debemos considerar un sector específico del ordenamiento (el Derecho penal), o el ordenamiento en su conjunto? Y si la consideración intrasistemática se extiende hasta las normas

14. Esta visión ha encontrado entre los dos siglos su formulación clásica (aún vigente) en la teoría de la pena de Durkheim, según la cual, la función de la sanción penal sería la de expresar y reforzar los valores entorno a los cuales la sociedad está integrada. Crf. E. Durkheim. *Les règles de la méthode sociologique*, 13ª ed., París 1956, pág. 64 ss. *De la división du travail social. Etude sur l'organisation des sociétés supérieures*, 2ª ed., París 1902, pág. 35 ss.

15. Al respecto me permito remitir a mi *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, México 1986, especialmente, en el capítulo X, «Las teorías conflictivas de la Criminalidad».

16. Véase la contribución de W. Hassemer recopilado en *Scritti in onore di A. Kaufmann per il suo 65 compleanno*, de próxima publicación.

constitucionales, ¿se hace referencia a la constitución en sentido formal, o comprenderá también la constitución en sentido material? ¿Se limitará a la praxis interpretativa de la constitución o se anticipará dinámicamente a las posibles praxis interpretativas del mañana? Si se tienen presentes estos interrogantes y se considera además cuán difícil es distinguir entre interpretación de las normas constitucionales y construcción de teorías sociológicas y políticas, y cuán arduo es distinguir entre principios normativos de la constitución positiva y principios generales del Derecho, fácilmente nos daremos cuenta que la construcción intrasistemática y la extrasistemática, antes que corresponder a dos esferas de operaciones limitadas entre sí, son momentos de un continuum en el que suceden pasajes relativos en cuyo transcurso lo que era «extrasistemático» en una fase precedente, deviene «intrasistemático» en la fase posterior y así sucesivamente.

La relatividad de la distinción entre concepto intrasistemático y concepto extrasistemático de los bienes jurídicos, explica la óptica deformada con la cual a veces los juristas buscan definir bienes e intereses dignos de tutela independiente del Derecho penal positivo, sin preocuparse por dejar previamente la visión del penalista. El programa mismo de la investigación, es decir el que define áreas de negatividad social desde el punto de vista del posible empleo instrumental del sistema de la justicia criminal, representa una reificación de este sistema y de la negatividad social. De esta manera no se tiene en cuenta que negatividad social y sistemas de control son objetos de una construcción social e institucional que refleja la dinámica de los conflictos y su dislocación; la transformación del poder de definir de los actores implicados y de las relaciones de poder entre ellos.

Desde el punto de vista epistemológico, esta reificación se deriva de una inversión conceptual característica de saberes sociales separados generados en el interior de sectores especializados de la función pública. Ella se verifica cuando los juristas intentan definir qué problemas o conflictos sean aptos para ser afrontados con el instrumental del sistema criminal, antes que, cuáles de los instrumentos existentes en los diversos arsenales institucionales o que deben todavía ser inventados, sean aptos para afrontar determinados problemas o conflictos.

El resultado es en primer lugar, la reproducción ideológica y material del sistema punitivo; en segundo lugar, la distinción tradicional entre situaciones «relevantes» para éste, y «no relevantes». En este último caso, estamos en presencia de otro razonamiento circular típico de los saberes sociales separados: se deduce la llamada «fragmentariedad» del sistema penal de la relevancia de ciertas materias y no de otras, mientras al mismo tiempo la relevancia de ciertas materias se deduce del hecho de que éstas, y no otras, son objeto de la intervención de aquel sistema.

Se derivan así, definiciones de interés y de bienes dignos de tutela personal, o demasiado genéricas (la vida, la libertad personal) o demasiado específicas. Los resultados hasta ahora alcanzados por las investigaciones extrasistemáticas sobre el bien jurídico y sobre la negatividad social, han sido modestos e inadecuados a las finalidades críticas y de política del Derecho asignadas a ella en el ámbito de las posiciones más «progresistas» que encontramos en la literatura ¹⁷.

17. A análogas conclusiones llega también A. Balog, *Rechtsgüter*, cit. pág. 56 ss.

Éste es un síntoma de la escasa interdisciplinariedad y de la parcialidad autorreflexiva con la cual se ha desarrollado generalmente, salvo alguna excepción¹⁸, la discusión sobre los bienes jurídicos en el interior de la ciencia penal.

Examinando esta discusión, hay fundamentos para sostener que el interés específico haya hecho perder de vista el carácter general del concepto que es relevante en todos los sectores del Derecho y no sólo en el Derecho penal. Mientras la pretensión de que los intereses protegidos penalmente tengan una cualidad privilegiada respecto a todos los otros intereses que son y pueden ser tutelados por el Derecho, es un ejemplo ulterior de argumentación circular, o sea, se define el Derecho penal como un instrumento que tutela los intereses vitales y fundamentales de las personas y de la sociedad, pero al mismo tiempo se definen como vitales y fundamentales los intereses que tradicionalmente ha tomado en consideración el Derecho penal.

Bienes constitucionalmente relevantes como la libertad, la integridad personal, el honor, la salud, o el funcionamiento de los órganos del Estado y de las instituciones públicas, son objeto de tutela por parte de prácticamente todas las ramas del Derecho. Realmente la «fragmentariedad» de las áreas de tutela en cada rama del Derecho, dependen no tanto de la naturaleza de los bienes como de la estructura de las diversas situaciones que le son perjudiciales y de la que varias ramas del Derecho se «hacen cargo», concurriendo y en parte sobreponiéndose entre ellas con las propias y específicas técnicas de tutela. Por esto la cuestión de los contenidos de la tutela colocada en términos de la cualidad intrínseca de los bienes jurídicos, es al fin y al cabo una cuestión imposible de resolver y por lo tanto vana.

Desde un punto de vista epistemológico, una investigación correctamente «extrasistemática» sobre los «bienes jurídicos», o mejor sobre las situaciones conflictivas o problemáticas en las que aquéllos pueden encontrarse comprometidos, debería por lo menos respetar dos condiciones: la primera consiste en colocar provisionalmente «entre paréntesis», con un procedimiento de sustracción o de *epoché* metodológica¹⁹, los conceptos de «delito» y de «pena» y la existencia de la justicia criminal. La segunda condición consiste en considerar, entre las situaciones conflictivas y problemáticas, aquéllas producidas por la intervención del sistema de la justicia criminal²⁰. En realidad, una correcta investigación «extrasistemática» sobre la «negatividad social» debe tener un horizonte exhaustivo, y no puede excluir del propio objeto la realidad institucional, pues ésta, según la colocación de los actores en los conflictos y la percepción de ellos, es la sede de su «resolución», o la sede de su producción o consumación. Cuando se habla de «referente material»²¹ de las definiciones de desviación y de criminalidad, no se hace referencia a las cualidades ontológi-

18. Entre las investigaciones sobre el bien jurídico que se caracterizan por su interdisciplinariedad, merecen mención expresa por su profundidad teórica y por la originalidad que logran, las investigaciones de W. Hassemer, *Theorie*, cit., K. Amelung, *Rechtsgüterschutz*, cit.

19. Cfr. al respecto mis reflexiones en *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, en «Dei delitti e delle pena» III, 1985.

20. Insiste particularmente sobre este punto en sus análisis críticos del sistema de la justicia criminal, L.H.C. Hulsman, *Critical Criminology and the Concept of Crime*, en H. Bianchi, R. van Swaaningen (a cargo de) *Abolition - Toward a Non-repressive Approach to Crime (proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition, Amsterdam, 1985, Amsterdam 1986*, págs. 25-41; cfr. también L.H.C. Hulsman, J. Bernat de Celis, *Peines perdues. Le mystère pénal en question*, París 1982.

21. Cfr. para un intento por definir epistemológicamente tal concepto, A. Baratta, *Forma giuridica e contenuto sociale: labelling approach*, en «Dei delitti e delle pene», II págs. 241-269.

cas de situaciones y de procesos de control, sino a objetivos cuyas cualidades son atribuidas por los actores implicados en los conflictos y que reflejan la dinámica de éstos y de las relaciones de poder entre los actores. Se trata también de los resultados de una redefinición continua de las finalidades, de los objetos y de los límites del «control social»²².

Una vez cumplidas estas condiciones epistemológicas, será después más oportuno, desde el punto de vista de la terminología, reservar el término «bien jurídico» a los resultados de las construcciones intrasistemáticas y llamar con otro nombre al referente material construido en el ámbito de operaciones extrasistemáticas²³.

Como hubo de observarse precedentemente, la distinción entre concepción defensiva y concepción promocional del bien jurídico ha perdido en buena parte su significado. Esto se debe, como quedó señalado, a la expansión del área de la tutela penal hacia intereses difusos o colectivos (el ambiente, la salud, los intereses del consumidor, el del orden público, etc.) y hacia funciones de la administración pública (como el sistema monetario, el sistema de la economía, la actividad del Estado como monopolista del mercado de cambios, etc.). La estructura misma de estos bienes jurídicos hace que en relación con éstos, el concepto estático, defensivo, de los bienes jurídicos, no se pueda seguir distinguiendo claramente del concepto dinámico, promocional.

El fenómeno general en que se inscribe este devenir evanescente de la línea de distinción entre función defensiva y función promocional del concepto de bien jurídico, puede ser indicado como «administrativización» del Derecho penal. Este término indica por lo menos dos hechos complementarios pero distintos: en primer lugar, el hecho de que la mayor parte de las normas penales que los legisladores producen en cantidad cada vez mayor, junto a los códigos, y también algunas leyes de reforma de los códigos mismos (véanse por ejemplo los nuevos artículos sobre tutela del ambiente incorporados al código de la República Federal de Alemania²⁴), sean normas penales accesorias a las normas generales y a la actividad administrativa del Estado y de los entes públicos; o sea, normas que sostienen las funciones, interviniendo de manera subrogativa. Esto significa, como ha sido puesto en evidencia por LASCOUMES²⁵, que la disciplina penal interviene, eventualmente, en una fase avanzada de la interacción entre administración y sujetos privados, cuando su comportamiento no parece regulable mediante mecanismos de control propios de la acción administrativa, en este caso de accesoriedad administrativa, no existe una «norma social» que sirva de base a la norma penal como lo sostenía la teoría clásica de BINDING²⁶, sino una función administrativa pública.

22. Cfr. T. Pitch, *Che cos'è il controllo sociale*, P. de Leonarolis y otros (a cargo de) en «Curare e punire», Milán 1989, págs. 21-44.

23. En mis investigaciones uso términos «negatividad social y/o situaciones problemáticas y conflictivas». Véase entre otros, A. Baratta, *Problemas sociales y decepción de la criminalidad*, en «Revista del Colegio de Abogados del Valle», 9, págs. 17-32; *Principi*, cit. También las críticas formuladas contra un uso «indiscriminado» del concepto «problemas sociales» de Steinert, *Widersprüche, Kapitalstrategien und widerstand oder: warum ich der Begriff «Soziale Probleme nicht mehr hören kann, en kriminalsoziologische Biographie*, VIII, 32, págs. 56-88.

24. Cfr. H.P. Sander, *Umweltstraf- und Ordnungswidrigkeiten- recht: mit Einführung zu allgemeinen Fragen des Straf-, Ordnungswidrigkeiten und Verfahrensrechts*, Berlín, 1981.

25. Cfr. P. Lascoumes, *Sanction des fautes en question des illegalismes. Un exemple, la repression de la fraude fiscale*, en «Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques», 10, 1983, págs. 125-156.

26. K. Binding, *Die Normen*, cit. 35 ss.

El otro hecho indicado en el término «administrativización» es aquel por el cual tales tipos penales nuevos se parecen cada vez más en su forma, a las normas de intervención de la administración pública, alejándose de los requisitos «clásicos» de la ley (abstracción y generalidad). Las normas penales se transforman de esta manera en un instrumento de administración de situaciones particulares, de riesgos excepcionales; en otras palabras, en un instrumento de respuesta contingente y puntual a «emergencias» concretas²⁷. Al mismo tiempo, ha sido puesto en evidencia por STORTONI y otros²⁸, cómo se expande la esfera de competencia decisional y de discrecionalidad de la magistratura; las decisiones judiciales tienden a asumir un carácter pragmático y «político» similar al de las leyes.

Este fenómeno del «Derecho penal jurisprudencial» es ayudado, en primer lugar, por la técnica legislativa usada en la formulación de las leyes (empleo de conceptos indeterminados, de elementos normativos o de cláusulas generales). Esta técnica es el instrumento por el cual el legislador, como sucede en no pocas ocasiones a causa de los inciertos equilibrios de las mayorías parlamentarias y de los gobiernos de coalición, procura transferir a las decisiones judiciales la responsabilidad política que él no puede o no quiere asumir con las decisiones «programáticas» que a él le corresponderían (esperando del juez, en cambio, aquéllas «programadas» de los casos particulares).

En segundo lugar, la consolidación de un Derecho penal jurisprudencial proviene de transformaciones en la estructura y en la función de la magistratura; de una expansión, por así decirlo, autógena de su discrecionalidad, que se manifiesta con el compromiso con la gestión política de los conflictos. Estos cambios que recientemente han llamado la atención en Italia, corresponden a su vez a los que intervienen en las relaciones entre poder jurisdiccional y los otros poderes, entre magistratura y sociedad y en la interacción comunicativa entre jueces y opinión pública y publicada.

En ambos casos, nos encontramos en presencia de fenómenos complementarios que concurren a lo que ha sido definido, la asignación y/o la asunción por parte de la magistratura de una «función de suplencia» respecto del poder legislativo y de la administración²⁹. Para comprender estos fenómenos en su raíz histórico-política, es necesario dejar el campo específico de la justicia penal y tener presente las transformaciones que intervienen en la realidad del Estado contemporáneo en su conjunto.

En una reciente contribución de DENNINGER³⁰, se nos presenta un cuadro analítico bastante útil para comprender esta transformación de la estructura política, y a través de ella, las transformaciones en curso en los sistemas penales de las sociedades industrializadas avanzadas. DENNINGER analiza la evolución del Estado hacia un «Estado de la prevención». En una confrontación con el modelo clásico, esta transformación significa que la *seguridad de los bienes jurídicos* tiende a prevalecer (se podría agregar: por lo menos desde el punto de vista de las funciones declaradas) sobre la seguridad o «certeza» del Derecho. El Estado preventivo es entonces el «Es-

27. Respecto a este fenómeno cfr. las observaciones críticas de W. Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart 1985.

28. Me refiero a los actos no publicados todavía de un seminario sobre «el Derecho penal jurisprudencial» que tuvo lugar en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Trento en marzo de 1988.

29. *Ibidem*.

30. E. Denninger, *Der Präventions-Staat*, en «Kritische Justiz», XXI, págs. 1-15.

tado de la Seguridad», en el sentido en que esta expresión es usada por HIRSCH en un significativo libro de 1980³¹. Éste a su vez, no es sino la manera como la estructura política se adecua a las características de una sociedad que en forma cada vez más acelerada, conduce a situaciones de riesgo: es la forma política que asume la «sociedad del riesgo» tal como BECK ha definido nuestra sociedad³². El Estado de la prevención o Estado de la seguridad, precisando entonces, es aquel en el que la producción normativa y los mecanismos decisionales también tienden a reorganizarse permanentemente como respuesta a una situación de *emergencia estructural*.

Esto explica la «delegación» de competencias decisionales por parte del legislador a la administración y a la justicia; pero se explica también el fenómeno que DENNINGER estudia bajo la etiqueta de «dinamización de los bienes jurídicos»³³. Dinamización de los bienes jurídicos posee por lo menos dos significados: en primer lugar, un desplazamiento en la relación entre Estado y sociedad en relación con la producción y protección de bienes jurídicos. En el modelo del Estado liberal clásico, el Estado de la certeza del Derecho, los substratos reales de los bienes jurídicos son producidos en la sociedad civil, preconstituidos en relación con las funciones públicas. En el Estado de la prevención, los bienes jurídicos por proteger son, cada vez más, «bienes» producidos por el Estado mismo, conciernen a infraestructuras, complejos administrativos y funciones que tienen que ver con la actividad del Estado y de los entes públicos.

En segundo lugar, el Estado de la prevención asume por sí mismo, ampliamente, la distribución de los bienes producidos en la sociedad civil, el control de su producción, así como la administración de los riesgos que acompañan a la producción³⁴. La administrativización del Derecho penal, en el sentido de la tendencia de las normas y de las decisiones penales a devenir accesorias a normas y a funciones administrativas, constituye entonces, sólo un aspecto de una administrativización general del Estado. De garante de la certeza del Derecho (o sea de las reglas del juego y del espacio jurídico en el que se realizan las relaciones de producción y los relativos conflictos), el Estado se transforma en garante de la seguridad de los bienes, administrador de los riesgos anexos a la producción de ellos y de los conflictos que los acompañan.

El segundo aspecto de la transformación de los sistemas penales indicado por el término «dinamización de los bienes jurídicos», hace relación al desarrollo de técnicas de imputación de responsabilidad penal que anticipan la esfera de punibilidad a fases anteriores de la conducta en las cuales no se ha realizado todavía una lesión efectiva del bien tutelado. Han sido estudiadas las formas en que esta tendencia se manifiesta, también con motivo de la respuesta de algunos sistemas punitivos a la emergencia terrorista primero, y luego a «nuevas» emergencias³⁵. Basta recordar la

31. J. Hirsch, *Der Sicherheitsstaat. Das «Modell Deutschland» und seine soziale Bewegung*, Frankfurt 1980.

32. U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt 1980.

33. E. Denninger, ob. cit., pág. 7.

34. E. Denninger, ob. cit., pág. 10 ss.

35. Cfr. entre la extensa literatura sobre el impacto de la emergencia terrorista en el sistema del Derecho penal AA.VV., *Terrorismo e stato della crisi*, fascículo especial de «La questione criminale» V, 1979; F. Bricola, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 79*, en «La questione criminale», VI, 1980, págs. 179-275; L. Ferrajoli, *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*, en «Dei delitti e delle pene», II, 1984, págs. 271-292; y sobre la emergencia mafiosa y de la criminalidad organizada en general, A. Gamberini, *Lotta al crimine organizzato e ciclori processuali. Riconoscibilità dell'intervento... e ... della funzione difensiva*, en «Dei delitti e delle pene», IV, págs. 63-74.

reciente discusión sobre los tipos de peligro abstracto³⁶, sobre los delitos de asociación, así como sobre las figuras de responsabilidad penal «por sospecha», para usar la terminología empleada por FERRAJOLI en el análisis de ciertos aspectos de la legislación antiterrorista en Italia³⁷.

La anticipación de la esfera de punibilidad y la aceptación que ella goza entre la opinión pública, señalan igualmente una tendencia de desarrollo hacia una nueva forma de «personalización» de la antijuridicidad distinguida por una mayor relevancia de los «elementos subjetivos» de los tipos penales³⁸, por un mayor empleo de elementos normativos en su formulación, por una tendencia del Derecho penal a controlar no sólo la conducta, sino también la lealtad del sujeto al ordenamiento y al Estado³⁹. Se trata de aspectos de lo que contextualmente puede ser considerado como una transferencia del concepto de antijuridicidad y de las técnicas de imputación de responsabilidad penal de las características de la acción hacia las características del autor⁴⁰.

Estas tendencias han sido interpretadas por JAKOBS en una significativa contribución de 1985⁴¹, como el desplazamiento de una concepción *liberal* del Derecho penal «orientado hacia el ciudadano», a una *autoritaria* de un Derecho penal «orientado hacia el enemigo». En este caso la imputación de responsabilidad penal no tiene como término de referencia a un ciudadano dotado de una esfera de derechos y de un espacio de libertad interior, substraídos del control del Estado, sino a un sujeto concebido como fuente de peligro por los bienes jurídicos a proteger, como potencial «enemigo». Se comprende entonces, cómo pueden ser abandonados los límites objetivos del comportamiento, cómo el control penal puede penetrar también en la esfera de las intenciones y de las opiniones. Igualmente, el principio «cogitationis penam nemo patitur» no queda más fuera de discusión, concluye JAKOBS.

36. C. Fianga, *La tipizzazione del ...*, en «Dei delitti e delle pene», II, 1984, págs. 441-472.

37. L. Ferrajoli, *Emergenza penale*, cit.

38. Cfr. para una interpretación «garantista» de la subjetivización de la figura del delito, G. Bettiol, *Sul diritto penale dell'attingimento interiore*, en «Rivista italiana di Diritto e procedura penale», 1971, pág. 3 ss.

39. La crítica en particular de la legislación sobre los «arrepentidos» del terrorismo, primero, y de la mafia posteriormente, denuncia con fuerza el aporte substancial de estas disciplinas a la transformación general del sistema penal italiano en el sentido indicado en el texto. Véase entre otros L. Ferrajoli, cit.; T. Padovani, *La soave inquisizione*, en «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1981; E. Resta, *Il diritto penale «Nuove strategie di controllo sociale»*, en «Dei delitti e delle pene», I, 1983, pág. 41-70.

40. En realidad, como resulta de numerosas investigaciones sociológicas sobre la influencia de los estereotipos y de las teorías de «todos los días» (every day theories), o del «sentido común» sobre los procesos de aplicación de las normas penales y de imputación de la responsabilidad penal en particular, estos procesos interpretativos son guiados por una «gramática» (second code) en la cual adquieren relevancia, ante todo, criterios subjetivos de adjudicación de responsabilidad independientemente de las formulaciones más o menos «objetivas» del tipo normativo. Cfr. David Sudnow, *Normal Crimes. Sociological Features of the Penal Code*, en Earl Rubington, Martin S. Weinberg (a cargo de), *Deviance. The Interactionist Perspective*, Nueva York - Londres, 1968, págs. 158-169; H. Laurence Ross, *Traffic Sociology and the Stereotype of the Criminal*, Londres, Nueva York, Sidney, Toronto, 1968; Karl Dieter Opp, *Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Straf prozeß*, en «Kritische Justiz», 3, 1970, pág. 383 ss.; Rudiger Lautmann, *Justiz - die stille Gewalt*, Frankfurt A.M., 1972, Dorotea Peters, *Richter im Dienst der Macht*, Stuttgart 1973; Gerlinda Smaus, *Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache des deutschen Bevölkerung*, Opladen 1989; Cfr. también últimamente, Claudia Schönborn, Gabriele Fröhlich, Waldeman LILL *Der Prozess der Kategorisierung einer Person als Kriminellereine experimentelle Untersuchung*, en «Kriminologisches Journal», 3, 1978, págs. 229-238.

41. G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», XCVII, 1985, págs. 75-785.

Para dar un instrumento técnico de análisis de los problemas relativos a esta materia, JAKOBS, que toma decididamente posición a favor del Derecho penal «orientado hacia el ciudadano», propone distinguir entre tutela anticipada de bienes jurídicos y anticipación de bienes jurídicos a fines de la tutela. En este segundo caso, la norma penal no protege anticipadamente el bien jurídico «principal» (como sucede en el primer caso que ha sido también hasta ahora el más estudiado), sino protegería por el contrario, un fragmento de él («bien jurídico instrumental»), que constituye un momento funcional. JAKOBS presta particular atención a esta forma de anticipación; en ella el ilícito no se basaría, como en el primer caso, el de la tutela anticipada de los bienes jurídicos, en la puesta en peligro de la norma que los protege (piénsese por ejemplo en la responsabilidad para la tentativa), sino sobre la puesta en peligro de una norma subsidiaria que protege la norma principal. Sería en este sentido, un ilícito parcial.

El bien jurídico parcial protegido por la norma subsidiaria es, según JAKOBS, la validez de la norma principal. Esta validez se refiere a terceros, excluyendo en consecuencia, tanto al autor como a la víctima potencial. O sea, se trata de la seguridad cognoscitiva de los coasociados, de su confianza en la norma principal⁴². A diferencia de la transgresión de la norma principal que representa un atentado directo e inmediato a su validez, se trata en estos casos de un atentado indirecto. JAKOBS estudia bajo este aspecto una serie de figuras de delito del Código Penal alemán conocidas con la etiqueta de «perturbación de la paz pública» y de «perturbación del clima social». ¿Cuáles atentados indirectos a la validez de la norma principal -se preguntarán constituir hipótesis criminosas en un Derecho penal orientado hacia el ciudadano?

La crítica del autor se extiende a la mayor parte de los tipos penales pertenecientes a las categorías arriba mencionadas⁴³. No son compatibles con un Derecho penal orientado al ciudadano, principalmente: la apología del delito (§ 140 StGB—Código Penal alemán—); instigación a la población (§ 130 StGB); incitación al odio racial (§ 131 StGB); exaltación de la violencia (§ 132 StGB). En cambio en el caso de la amenaza de efectuar acciones delictivas (§ 126, 241, StGB), el perjuicio sufrido por la confianza en la norma principal podría ser considerado relevante en dicho Derecho. A diferencia de lo que sucede en tal tipo, en las normas arriba mencionadas se castiga sobre todo la expresión de opiniones o sentimientos, o simplemente la desaprobación del ordenamiento jurídico, mientras la confianza en la norma principal encuentra una protección natural en la capacidad de juicio que debería ser reconocida a terceros. Sólo el reconocimiento de una situación de emergencia podría justificar la imposición al autor, del sacrificio de una parte del Derecho propio; pero esta legitimación —concluye JAKOBS— equivale a una declaración de bancarrota del ordenamiento jurídico liberal.

La tendencia expansiva de los sistemas penales hacia la tutela de bienes jurídicos difusos o de funciones y hacia una progresiva anticipación de la esfera de tutela, son dos fenómenos estrictamente complementarios. Es la misma estructura de los intereses difusos y de las funciones, en cuanto se asuman como objeto de tutela penal, la que favorece la adopción de formas de tutela anticipada, de incriminación por peli-

42. *Ibidem*, pág. 775.

43. *Ibidem*, pág. 775 ss.

gro abstracto o por la defensa de bienes jurídicos «instrumentales» en el sentido indicado por JAKOBS. Por otra parte, la lógica del riesgo y de la emergencia comporta no sólo la extensión, sino también la administrativización del Derecho penal y se encuentra con la línea de tendencia del sistema político analizado por DENNINGER. La consecuencia es la disminución del status de ciudadano de todos los sujetos comprendidos por la administración de la justicia criminal: autores, víctimas y terceros.

¿Es posible y útil contraponer a la línea de expansión de los sistema penales, como estrategia de crítica y contención, una teoría extrasistemática reduccionista de las áreas de tutela penal legítima en un Derecho penal liberal u «orientado al ciudadano»? Los intentos, como los aquí recordados, de HASSEMER y de JAKOBS, encuentran, a mi manera de ver, tres dificultades principales: La primera dificultad es de carácter histórico. Sabemos que el concepto extrasistemático de bien jurídico ha sido hasta ahora usado prevalentemente en sentido extensivo y no en sentido restrictivo. Aun recientemente, la extensión de la tutela penal desde los derechos individuales hacia los intereses difusos —en particular los de los consumidores y el interés de la colectividad en la defensa de la ecología— era una bandera de las corrientes progresistas en la ciencia del Derecho penal⁴⁴. Además, se puede verificar, por lo menos hasta los años setenta, una convergencia en el programa expansionista de corrientes progresistas y conservadoras, que acompaña todo el arco de desarrollo de la doctrina de los bienes jurídicos.

Realmente desde el comienzo, la historia del concepto, a partir de la famosa crítica de BIRNBAUM a su construcción individualista por parte de FEUERBACH⁴⁵, ha sido la historia de la extensión de la tutela penal de la esfera de los derechos de las personas a los intereses difusos y a las funciones. A ella ha correspondido precisamente la historia de las técnicas de imputación con la tendencia a anticipar la esfera de la punibilidad.

La segunda dificultad es de carácter normativo. Es fácil verificar el vicio de argumentaciones que pretenden hacer derivar del reconocimiento de valores e intereses en la constitución, la obligación del legislador de proveerles una tutela penal. No existen bienes jurídicos reconocidos en la constitución que *por su naturaleza* impongan asumir en ella la existencia de una norma tácita que tenga por objeto una obligación de este tipo⁴⁶. Pero es cierto también lo contrario. Es áspero el recorrido que debe atravesar quien quiera hacer derivar de la naturaleza de los bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos y de su colocación jerárquica en el sistema constitucional de los valores, una prohibición de criminalizar las conductas que ofenden o ponen en peligro dichos bienes.

La tercera dificultad, tal vez la principal, es de naturaleza epistemológica. A ella me refería anteriormente cuando expresaba mis dudas acerca del carácter «extrasiste-

44. Piénsese en el interesante ensayo de Sgubbi F, *Tutele penale di interessi difussi*, en «La Cuestione Criminale» 3, 1975, pág. 43.. ss.

45. J.A.F. Birnbaum, *Über das Erfordernis einer Rechtssutuerletzung zur Begriffe des Verbrechens mit besonderen Rücksicht auf der Begriff der Ehrenkränkung*, en «Archiv des Criminalrecht, N° F», XV, 1834, p.149 ss.

46. Por el contrario el reclamo a los dictámenes constitucionales en materia penal representa una importante estrategia interior de un discurso crítico del Derecho penal positivo dirigido a reducir drásticamente el área de intervención, Cfr. como ejemplo particularmente significativo, F. Bricola, *Teoría generale del reato* voz del «Nuovissimo digesto italiano», Turin, 1973, págs. 8-93.

mático» de un referente material construido bajo la óptica del sistema punitivo, como el provisto precisamente por la teoría penal de los bienes jurídicos. Un discurso crítico sobre los bienes jurídicos no puede ser solamente un discurso relativamente extrasistemático; éste debe colocarse decididamente desde un punto de vista externo al sistema penal y a la lógica de su legitimación instrumental.

La legitimación instrumental de los sistemas punitivos ha llegado en efecto, en mi criterio, a una crisis irreversible. La función de prevención especial positiva (resocialización del infractor) en la que se habían basado los programas de rehabilitación en América del Norte y en Europa en los años setenta, puede ser hoy en día vista como una hipótesis falsificada por los programas investigativos de control⁴⁷. La función de prevención general negativa (disuasión de potenciales infractores), sobre la cual todavía en buena parte se basa el consenso de que goza el sistema penal en el «sentido común», puede ser considerada a su vez como una hipótesis empírica no verificada ni verificable. La función de prevención especial negativa es hoy sostenida, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, en dos formas alternativas o complementarias: la neutralización del infractor (*incapacitation*) y la intimidación específica (*specific deterrence*). Mientras la discusión sobre su verificación empírica está todavía abierta, ambas formas pueden ser consideradas, en relación con el discurso axiológico, como dos variantes de una ideología tecnocrática del Derecho, incompatible con el principio de la dignidad de la persona como fin en sí mismo y con una visión que asigna al hombre, antes que al «sistema», la prioridad en la escala de los valores⁴⁸.

En lo que respecta a la verificación empírica, la teoría de la prevención especial negativa, no es falsificable del mismo modo en que lo son las otras dos teorías instrumentales de la pena en la defensa de los bienes jurídicos y de la sociedad. Esto significa que los comportamientos delictivos a manifestarse sufrirían una relevante disminución. Este fin útil, a su vez, se lograría a través de la realización de las funciones específicas inmediatas que están en el centro de las diversas teorías.

En el caso de la teoría de la resocialización, aquel fin se lograría «transformando» al condenado de tal modo que él se vuelva «capaz de una vida en libertad sin delitos»⁴⁹. La función inmediata es esta transformación del infractor. En el caso de

47. Cfr. entre otros D. Liotar, R. Martinsen, J. Wilks, *The Effectiveness of Correctional Treatment. A Survey of Treatment Evaluation Studies*, Nueva York, 1975; L.B. Sechrest, S.O. White, E.D. Brown, (a cargo de) *The Rehabilitation of Criminal Offenders: Problems and Prospects*, Washington 1979; S.E. Martin, L.B. Sechrest, R. Redner (a cargo de), *New Directions in the Rehabilitation of Criminal Offenders*, Washington 1981. En la literatura, sin embargo, el juicio negativo sobre el fracaso del tratamiento no es tan perentorio como parece hacer creer el texto. En efecto, modificando los criterios de lectura de los datos empíricos, por ejemplo de la reincidencia, se ha llegado a un juicio menos negativo respecto de los resultados de los programas de resocialización, sobre todo, revalorizando los efectos de «intimidación específica» debidos a métodos de tratamiento, antes que a los de verdadera «resocialización». Cfr. ad es. J.G. Wilson, *What works? Revisited: New Findings on Criminal Rehabilitation*, en «The Public Interest», CI, 1981, págs. 3-17). De aquí se ha abierto una amplia y muy articulada discusión metodológica sobre los programas investigativos de control de las formas de tratamiento. Para un cuadro general introductorio de la problemática, véase H. Kury, *Zur Methodendiskussion in der Behandlungsforschung*, en «Methodische Probleme der Behandlungsforachung - insbesondere in der Sozialtherapie», a cargo de Kury et al., Colonia 1983, págs. 27-80.

48. Cfr. A. Baratta, *La teoria della prevenzione- intergraziones. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, en «Dei delitti e delle pene», II, 1984, págs. 5-30 y G. Samaus, *Technokratische Legitimierungen des Strafrechts*, en «Zeitschrift für Rechts soziologie», VI, 1985, págs. 90-103.

49. Así en la formulación de la vigente ley penitenciaria de la República Federal Alemana.

la teoría de la intimidación general, en cambio, la defensa social se realizaría creando a través de la amenaza de la pena y/o el espectáculo de su aplicación, una contramotivación en los potenciales infractores, o sea, en todos aquellos sujetos que aun no siendo autores de infracciones, se puede hipotetizar que no tengan una actitud «espontánea» de lealtad con el ordenamiento. Tal contramotivación es la función inmediata. En el caso de la teoría de la prevención especial negativa, en fin, el objetivo se realizaría volviendo definitiva o temporalmente al autor de una infracción incapaz de cometer ulteriores delitos (*incapacitation*), sea con la destrucción física o psíquica, con una custodia de máxima seguridad, con intervenciones quirúrgicas o con formas hoy experimentadas de control electrónico en libertad, o produciendo en el autor a través de un tratamiento severo una contramotivación a cometer ulteriores infracciones (intimidación específica).

Fuera de las dificultades axiológicas que han investido su legitimación, y sobre las cuales no quisiera detenerme, la crisis de las primeras dos teorías instrumentales se ha debido también a la clasificación o a la falta de verificación de sus bases empíricas, o sea, la realización de las funciones inmediatas asumidas respectivamente. La falta de evidencia empírica para la realización de estas funciones en medida estadísticamente relevante, ha hecho surgir dudas sobre la posibilidad de alcanzar la finalidad inmediata: la tutela de los bienes jurídicos y la defensa social. Dicho déficit de verificación empírica no parece haber quebrantado hasta ahora la base empírica de la teoría de la prevención especial negativa. La realización de las funciones inmediatas es asumida como evidente por el «sentido común», y no ha encontrado hasta ahora serias dificultades de verificación científica. En lo que respecta a la hipótesis de la neutralización, los programas de control empírico no han alcanzado un nivel comparable con el obtenido en relación con otras teorías utilitarias y por esto, la hipótesis no es considerada ni falsificada ni verificable; en lo que respecta a la hipótesis de la intimidación específica, algunas investigaciones de control que han hecho uso de nuevas metodologías estadísticas, parecen haberle otorgado verificaciones parciales⁵⁰. Esto explica por qué la teoría de la prevención especial negativa se ha vuelto hoy en los Estados Unidos la última frontera de resistencia de la concepción instrumental del Derecho penal.

Sin embargo, ya hay signos de fragilidad de esta frontera, y diversas consideraciones hacen surgir dudas sobre la base empírica de la teoría. Me limitaré a indicar la principal de ellas: se puede observar que la realización de la finalidad mediata es bastante menos «evidente» en este caso, de lo que parece serlo la realización de los efectos inmediatos. Para valorar la relevancia de tales efectos para la tutela de los bienes jurídicos y la defensa social, es necesario tener en cuenta también en el caso de esta teoría la elevadísima selectividad de los sistemas punitivos en el reclutamiento de su clientela potencial. Como se ha observado, la impunidad no es la excepción sino la regla en el sistema de la justicia criminal⁵¹. El porcentaje de infractores que son, o pueden ser disuadidos o neutralizados (en la mayor parte de los casos sólo temporalmente) con la intervención de la justicia criminal, es tan bajo, que es justo preguntarse si ella es significativa, también en relación con los costos sociales de la intervención.

50. Cfr. I.C. Wilson, .. cit. (nota 55).

51. Cfr. L.H.C. Hulsman, *Critical Criminology*, cit.

La cuestión resulta crucial para la teoría cuando se tiene presente que el funcionamiento selectivo de la justicia penal no depende solamente de la discrepancia entre programas de acción (las normas penales) y los recursos dispuestos o disponibles en el sistema para su implementación,⁵² sino también de otras variables estructurales, como la especificidad de las infracciones y las connotaciones sociales de los autores «típicos» de ellas⁵³. Sabemos que en la clientela de la cárcel son subestimadas algunas de las infracciones a las que se relaciona la producción de los más altos daños sociales (delitos económicos, ecológicos, acciones de la criminalidad organizada, graves desviaciones de los órganos del Estado) y sobreestimadas infracciones de relativamente menor dañinidad social, como delitos contra el patrimonio, especialmente los que tienen como autor típico a individuos pertenecientes a los estratos sociales más débiles y marginados⁵⁴.

La principal actividad de esta teoría de la pena es, sin embargo, de carácter axiológico. En efecto, ésta debe justificar la limitación de los derechos y los sufrimientos impuestos al condenado con razones instrumentales; pero esto equivale a negar a la persona la calidad de sujeto y a considerarlo, en cambio, como objeto. Tal vez precisamente a causa de esta dificultad axiológica, ha habido en los Estados Unidos, simultáneamente con la consolidación de esta teoría, una verificación de la concepción «retributiva» o «absoluta» de la pena. El ligamen sutil que subsiste entre la teoría de la pena «útil» y la teoría de la pena «justa» en el ámbito de la misma orientación «neoclásica» del pensamiento penal norteamericano de hoy⁵⁵, a pesar de su diversidad (la primera es una teoría de la función instrumental, la segunda una teoría de la función simbólica de la pena), tiene una razón profunda. El principio metafísico de la justicia es una especie de compensación del pragmatismo cínico que caracteriza la teoría de la prevención especial negativa. Se trata de una mezcla de invocación retórica a valores y de razón instrumental típica de la cultura «oficial» de los Estados Unidos bajo la administración de Ronald Reagan.

Sin embargo, la coexistencia con el neorretribucionismo no es un símbolo de fuerza, sino de debilidad y también de la potencial crisis de la concepción instrumental del Derecho penal en aquel país. En realidad, las teorías de la pena justa representan, en el interior del pensamiento neoclásico, el «núcleo fuerte» que tiende a llevarlo fuera de aquella concepción, dirigiéndolo hacia una visión simbólica en la que el control

52. Cfr. Baratta, *Il diritto penale*, cit.

53. Cfr. al respecto A. Baratta, *Criminologia crítica*, cit. y del mismo autor, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en «La questione criminale», V. 1979, págs. 147-183.

54. En el curso de la reciente discusión sobre el control social y médico se ha reformado la hipótesis de que el sistema penal (carcelario), tiende a desarrollarse como un sistema especializado de control para individuos «peligrosos» y que, a diferencia del modelo positivista, «peligrosidad» es la característica de individuos dotados, no de menor, sino de mayor «subjetividad» o sea, de capacidad de control de los propios actos o de más amplias alternativas comportamentales. Según esta hipótesis, es sobre todo la subjetividad y no el mero comportamiento negativo, la que determina el reclutamiento en la «población criminal» en la que debe ser «incapacitada», porque ésta es potencialmente rebelde respecto de la normalidad vigente y del actual proyecto de «normalización» conservador que se está realizando en nuestros días en Europa. Cfr. al respecto, T. Pitch, ob. cit.

55. Cfr. A. v. Hirsch, *Doim Justice. The Choice of Punishment. Report of the Committee for the Study of Incarceration*, Nueva York, 1976; Para una valoración crítica del pensamiento «neoclásico» americano y ulteriores referencias bibliográficas, véase Th. Weigend, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XCIV, 1982, págs. 801-814 y N. Christie, *Die versteckte Botschaft des Neckclassizismus*, en «Kriminologisches Journal», 15, 1988, págs. 14-33.

del delito, la protección de bienes jurídicos y la defensa social, no son la finalidad principal de la pena. No es improbable que estemos hoy en presencia, en los Estados Unidos de Norteamérica, de la última ilusión del utilitarismo penal, destinada también ella a desaparecer con el «ocaso» de la prevención, o más precisamente de la concepción instrumental de ésta.

El traslado de la pena de funciones instrumentales a funciones simbólicas, parece ocurrir en los Estados Unidos mucho más decididamente en la práctica del sistema punitivo que en la teoría. En Europa Occidental en cambio, la teoría parece de algún modo anticiparse en relación a la praxis en este desplazamiento de la función de la pena. Es en la praxis del sistema que se han utilizado políticas de neutralización y de disuasión específica, especialmente en relación con las formas de desviación caracterizadas por mayor subjetividad y rebelión al orden constituido: la violencia política y el terrorismo de izquierda primero, las nuevas «clases peligrosas» luego, o sea, los que podríamos denominar «marginales por convicción», los grupos reticentes a las reglas impuestas por el proyecto de normalización conservadora en curso hoy. La teoría, en gran parte, se ha limitado a registrar esta tendencia, a menudo con reservas y críticas. En ella, junto al ocaso de las concepciones instrumentales de la prevención, encontramos más bien, una nueva atención a funciones simbólicas sobre las que se habían basado teorías clásicas, «declarativas» de la pena, a partir de Émile DURKHEIM y que ahora son repropuestas en el ámbito de la teoría de la «prevención general positiva» o «prevención-integración», principalmente en la República Federal de Alemania.

Según esta teoría, la función de la pena no va dirigida ni a los infractores actuales ni a los potenciales, sino sobre todo a los ciudadanos fieles a la ley, a los que se supone, tengan una tendencia «espontánea» a respetarla. Frente a ellos, la previsión o aplicación de penas no tiene la función de prevenir los delitos (prevención negativa) sino la de reforzar la validez de las normas (prevención positiva): esto significa restablecer la «confianza institucional»⁵⁶ en el ordenamiento quebrantada por la percepción de la desviación. Uno de los principales representantes de esta teoría define el fin de la pena como el de «entrenar a los ciudadanos en el ejercicio de la validez de la norma»⁵⁷, fórmula no lejana de la utilizada por ANDENAES, quien hablaba de «educación de los ciudadanos conformes a la ley»⁵⁸.

La teoría de la prevención general positiva es entonces una teoría de la función simbólica del Derecho penal, en el sentido de que las funciones indicadas tienen que ver directamente con la expresión de los valores asumidos por el ordenamiento y la confirmación de la validez de las normas, confirmación simbólica y no empírica, por ser independiente de la cantidad de infracciones y de su reducción. La defensa de los bienes jurídicos no puede ser considerada como una función principal de las normas penales, según la teoría de la prevención-integración. Desde este punto de vista, el Derecho penal no es tanto un instrumento de imposición de la «moral dominante», sino más bien un medio eficaz de representación (simbólica) de ésta⁵⁹.

56. G. Jakobs, *Strafrecht, allgemeiner Teil. Die Grundlagentheorie des Zurechnungslehre*, Berlín, Nueva York 1988.

57. *Ibidem*.

58. Andenaes, Johannes, *Punishment and Deterrence*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1974.

59. Cfr. P. Steinart, *Morale del lavoro e indignazione penale: storia del controllo sociale, ovvero storia delle strategie del capitale*, en «Dei delitti e delle pene», 11, 1984, págs. 213-240.

Las nuevas concepciones de la función simbólica del Derecho penal representan posiciones de la teoría no menos, sino más avanzadas que la práctica, ya que señalan, acreditan y en parte anticipan la línea de tendencia del desarrollo real del sistema punitivo. Su eficacia es estudiada, en efecto, a la luz de estas teorías, considerándola no tanto como un sistema de producción de seguridad real de los bienes jurídicos sino más bien, como instrumento de respuesta simbólica (y precisamente, en este sentido, tecnocrático) a la demanda de pena⁶⁰ y seguridad⁶¹ por parte del «público» de la política, pero eso corresponde a lo que sucede en la realidad de la política criminal y de la política en general, cuando en ésta la «comunicación política de base» se presenta entre ciudadanos y entre ciudadanos y sus representantes.

O sea, la democracia es sustituida por la comunicación entre «políticos» y su público, o sea por la tecnocracia. Cuando esto sucede, la política toma cada vez más la forma del espectáculo. En efecto, en la «política como espectáculo» las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad en los espectadores: no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública⁶².

La relación entre funciones instrumentales y funciones simbólicas del Derecho penal se ha vuelto, por las razones señaladas, un punto central en la discusión sobre los sistemas punitivos y las políticas criminales en Europa. Esta relación se vuelve cada vez más problemática y contradictoria. Las funciones simbólicas tienden a prevalecer sobre las funciones instrumentales. El déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones permanece altísima mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por ese hecho: piénsese en la defensa de la ecología, en la lucha contra la criminalidad organizada, en el control de las toxicodependencias y en la mortalidad en el tráfico automotor.

Teniendo evidentemente en mira un modelo de Derecho penal racional caracterizado por un satisfactorio equilibrio entre la realización de funciones simbólicas y funciones instrumentales, HASSEMER ha analizado críticamente la actual tendencia de desarrollo de los sistemas punitivos denunciando la pérdida de aquel equilibrio. Cada vez más los sistemas punitivos realizan, y los políticos persiguen, funciones simbólicas, mientras declaran cumplir funciones instrumentales⁶³. La contradicción denunciada por HASSEMER es, ante todo, la contradicción entre lo que el legislador declara perseguir (véanse por ejemplo los prólogos a los proyectos de ley) y lo que él persigue realmente o lo que el sistema efectivamente realiza.

60. Cfr. S. Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalpräventior. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, en «Golchammers Archiv für Strafrecht», VII, 1976, págs. 33-57. Cfr. sobre la teoría de la integración-prevencción de la pena y su crítica. Véase A. Baratta, *Integración-intervención*, cit.

61. Cfr. Jakobs, *Strafrecht*, All Teil, cit.

62. Cfr. Baratta, A. *Introducción a la Criminología de la droga*, en «Nuevo Foro Penal». 41, 1989 (traducción de Mauricio Martínez Sánchez).

63. Cfr. la ponencia de Hassemer en las «Jornadas de Derecho Penal» sobre «las funciones simbólicas del Derecho Penal» llevadas a cabo en la Universidad Autónoma de Barcelona en Mayo de 1989.

Para el caso en que se produzca una discrepancia consciente entre finalidad perseguida y finalidad declarada, HASSEMER habla de «engaño» al ciudadano por parte del legislador. Pero esta situación no es sólo una situación de «engaño» por parte del legislador frente al público; llama la atención cada vez más, en los últimos tiempos, la distancia que se crea entre adquisiciones científicas relativas a las reales posibilidades de acción instrumental del sistema de la justicia criminal y las sedes de las decisiones políticas del legislador.

Se trata de un problema general que respeta la estructura misma del sistema de la representación política en la sociedad industrial avanzada y las relaciones comunicativas entre todos los actos implicados: «políticos»; publicistas, expertos y público. Se crean «círculos cerrados» en los que se estabiliza, antes que una visión realista, una visión deformada de los problemas y de las incidencias que sobre ellos puede tener el sistema punitivo⁶⁴. El «engaño» de que habla HASSEMER no es tanto un complot de los «políticos» para poner en jaque a su público, sino es sobre todo la expresión del jaque en el que se encuentra el sistema decisorial público, a causa de las disfunciones que abarcan la estructura política y comunicativa de la sociedad.

La pérdida del equilibrio entre funciones simbólicas y funciones instrumentales en el sistema de la justicia criminal (suponiendo que este equilibrio haya existido alguna vez) significa también que las funciones simbólicas perseguidas con la ley penal se vuelven cada vez más independientes de la naturaleza real de los conflictos y de los problemas en relación a los cuales los símbolos son producidos. La crisis de la prevención, de la función instrumental de la justicia penal significa también el fenómeno por el cual, no es tanto esta última la que debe ser utilizada como instrumento para resolver determinados problemas y conflictos, sino más bien, son determinados problemas y conflictos, cuando ellos alcanzan un cierto grado de interés y de alarma social en el público, los que se convierten en la oportunidad de una acción política dirigida, antes que a funciones instrumentales específicas, a una función simbólica general: la obtención del consenso buscado por los políticos en la llamada «opinión pública».

La Escuela Clásica y la llamada Escuela «social» del Derecho penal son el origen de una conexión funcional entre la concepción del Derecho como garantía del delincuente (La Magna Charta de VON LISZT) y del ciudadano que todavía no ha delinquido. Reconociendo la función instrumental de la norma punitiva, las escuelas antes citadas habían creído poder individualizar en la utilidad y en la necesidad de la incriminación el límite del *ius puniendi* del Estado y al mismo tiempo el fundamento de la pena justa. En realidad la pretendida función instrumental del Derecho ha servido siempre para desplazar en sentido extensivo aquellos límites, a ocultar las funciones simbólicas y políticas de la acción punitiva, a mitificar la realidad de la pena como violencia institucional y su función latente, o sea, la de reproducir el subsistema de la justicia penal (correspondida su propia clientela)⁶⁵ y servir a la producción ideológica y material de las relaciones de desigualdad en la sociedad⁶⁶.

64. Cfr. A. Baratta, *Introducción a...* cit.

65. Cfr. A. Baratta, *Problemas...* cit.

66. Cfr. A. Baratta, *Criminología Crítica...* cit., cap. «Cárcel y marginación social».

El reto que se debe poner hoy al derecho penal de los estados democráticos es el de ser coherente con sus principios garantistas. En este sentido, un uso alternativo del Derecho penal significa, ante todo, aplicarlo, transformarlo y reducirlo de conformidad a esos principios. Significa poner una técnica rigurosa de limitación de lo que tal vez en un tiempo parecía una función útil y que hoy, cada vez más, aparece como la violencia inútil de las penas. Esto presupone un uso instrumental del Derecho penal liberado de la ilusión de la instrumentalidad de la pena.