

SOBRE LA NATURALEZA GARANTIZADORA DEL DERECHO PENAL

*Diego Antonio González Lillo**

RESUMEN: *¿El Derecho penal crea por sí mismos sus objetos de protección o únicamente castiga la ofensa de bienes jurídicos fraguados en otros sectores del ordenamiento? La respuesta a este interrogante resuelve un argumento que normalmente se conoce como “naturaleza del Derecho penal”. El presente trabajo tiene por finalidad contraponer las dos clásicas posturas en tensión, subrayando las ventajas que ofrece la tesis garantizadora. Con tal objeto, se expondrán brevemente el contenido y proyección que reviste el problema, para acto seguido revisar las diversas formulaciones y fundamentos de la postura aquí defendida, enfatizando su vínculo con la unidad de lo injusto y su rendimiento político-criminal.*

ABSTRACT: *Does Criminal Law creates by itself its objects of protection or only punishes the offense of legal objects forged in other sectors of the system? The answer to this question resolves an argument that is normally known as “nature of Criminal Law”. The purpose of this paper is to oppose the two classical visions in tension, highlighting the benefits the guaranteeing thesis offers. For that purpose, the content and projection of the problem will be exhibited, then the different formulations and foundations of the visions here defended will be revised, emphasizing its link with the unity of the unjust and its political-criminal performance.*

PALABRAS CLAVES: *Naturaleza del Derecho penal - bien jurídico - Política-criminal.*

KEYWORDS: *Nature of Criminal Law - legal objects - political-criminal.*

* Profesor Ayudante de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso, Chile.

I. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO PENAL: SENTIDO Y ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN

Pocas palabras tienen en el mundo jurídico un rendimiento significativo tan profundo como posee la voz *naturaleza*, recurrida asiduamente para fines explicativos o de fundamentación. Uso reiterado que, sin embargo, bien podría movernos a confusión, dado que el Derecho es un obrar eminentemente práctico, enclavado, por ende, en la esfera del deber ser. Es que el vocablo en cuestión, tradicionalmente, tanto en el lenguaje corriente como en el científico, ha servido para designar ideas como “lo innato”, “la esencia de algo”, “realidades neutralmente consideradas”, “conjunto de propiedades que distinguen a una especie de un género”; en definitiva, como base de juicios puramente descriptivos. Con todo –y sirviéndonos de base las ideas de GARDELLA sobre este punto¹–, la expresión naturaleza, translaticiamamente, también tiene otro significado, que sí puede compaginarse con una actividad puramente especulativa, y en el cual se unirían dos sentidos que los modernos acostumbran a separar: la idea del ser y la idea del valor, de guisa que la locución termine significando “el ser que debe ser”. En este orden, entendemos que la riqueza y complejidad del tópico a desarrollar estriba, no tanto en mostrar la naturaleza del Derecho penal desde el prisma de lo que éste en términos fácticos es, sino en abordar y presentar un modelo con arreglo al cual éste debiera conformarse; de ahí, pues, que la polémica –pese a que discurre sobre la *naturaleza* de aquél– pueda y efectivamente esté plagada de juicios normativos.

Pues bien, separando a la Dogmática punitiva en dos senderos tan marcados como inconciliables, la cuestión acerca de la naturaleza del Derecho penal inquiere si acaso éste crea o no sus propias ilicitudes, y si los preceptos penales pueden existir con independencia de las demás partes del universo jurídico. Una hodierna, aunque no tan reciente posición científica mantiene para sí la idea de un Derecho penal de naturaleza constitutiva y, por consiguiente, de índole autónoma y primaria en relación a las restantes parcelas; la otra, con más de tres siglos de tradición

¹ GARDELLA, Juan Carlos (1965): “*Naturaleza y Derecho*”, En: Enciclopedia jurídica Omeba, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, p. 69-74.

histórica como prenda, le reserva una función garantizadora respecto de bienes fraguados en diversos sectores del ordenamiento, atribuyéndole así un carácter accesorio y secundario a la esfera punitiva².

Aunque es sólito apreciar cómo el análisis de este contenido se pasa de contrabando en polémicas de distinto raigambre teórico –en la identificación del destinatario de las leyes penales, por ejemplo–, o derechamente se confunde con el tratamiento de otras características del Derecho penal asaz diferentes –como con su cariz público o fragmentario–, el punto a explorar en lo sucesivo pertenece en propiedad al ámbito de la Filosofía jurídico-penal. Ciertamente, su sentido gravita en desentrañar cuál es el nexo valorativo –de dependencia o autonomía– que vincula a ésta con las diferentes ramas del árbol jurídico. Y, como se aprecia, es cuestión que atañe a los fundamentos generales del Derecho punitivo, dejando a su ver ideas sobre el concepto y funciones del mismo, sin que las conclusiones que arroja cambien sustancialmente según los ordenamientos penales particulares, justificándose plenamente así su tratamiento conjunto con otros temas introductorios al Derecho penal. No obstante, nada de lo antes dicho significa que su estudio sirva al sólo encuentro de recreaciones intelectuales; todo lo contrario, sus soluciones pueden refluir en algunos institutos de la Parte general³, desde luego que en la Parte especial⁴ y, con especial interés, según veremos, en materia de Política criminal.

² Adscribieron a la teoría constitutiva CARRARA, ROCCO, BETTIOL, MEZGER, RODRÍGUEZ DEVESA y FONTÁN BALESTRA. La defienden últimamente también QUINTERO OLIVARES, JESCHECK y HURTADO POZO, por nombrar algunos. Como portavoces de la tesis garantizadora destacaron, entre varios otros, VON LISZT, BINDING, ANTÓN ONECA, JIMÉNEZ DE ASÚA y NÚÑEZ, en su posición original.

³ Así, por ejemplo, a propósito de las denominadas leyes penales en blanco, que muchas veces contienen remisiones al Derecho constitutivo y, en general, importa el tema tratándose de los elementos normativos de índole jurídica que frecuentemente contienen los tipos penales. Del mismo modo, interesa la cuestión con motivo de fundar la posición de garante del agente en la comisión por omisión y en la construcción del deber de cuidado en los delitos culposos. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1986-1987): “Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho penal en relación con las cuestiones prejudiciales”, En: *Estudios penales y criminológicos*, N° 11, p. 379; ROJAS, Emilio (2013): “Accesoriedad del Derecho penal”, En: *Humanizar y renovar el Derecho penal: estudios en memoria de Enrique Cury*, Editor Alex Van Weezel, Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters, p. 102-107.

⁴ Adquiriendo relativa actualidad a raíz de la proliferación de los mal llamados delitos económicos y de la tutela penal del ambiente. Véase, con relación a esto último, GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis (1989-1990): “Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del ambiente”, En: *Estudios penales y criminológicos*, N° 14, p. 113-135.

Ahora bien, pese a ser objeto de profuso debate durante la primera mitad del siglo XX, este asunto no ha preocupado mayormente al jurista de nuestro tiempo. Las conjeturas en torno a la existencia de supuestas ilicitudes exclusivamente penales y la completa independencia del Derecho penal en la acuñación de los tipos se impusieron con valor de verdad entre los autores contemporáneos, hasta el punto de culminar en un reconocimiento prácticamente unánime de su naturaleza constitutiva. Esta manifiesta desatención, cuando no desinterés, puede reconducirse a lo que algunos han visto como mejor vocación a *“oscurecer los problemas, que para solucionarlos, y que, en todo caso, no se puede resolver de modo general”*⁵. Mientras que, por otro lado, una comprensión estrecha y en extremo desconfiada, que a veces asocia el adjetivo secundario con una inferioridad jerárquica y científica del Derecho penal, ligada a la especial sensibilidad que en algunos despierta el considerarlo cual mera síntesis, dependiente en sus contenidos de otras ramas, explican también semejante repulsa contra la vieja teoría. De toda forma, sirvan tales antecedentes como guía de ruta para una defensa del carácter secundario del Derecho punitivo, tesis que, junto con ser *“harto más antigua, limitadora y garantista que aquella que le asigna funciones constitutivas”*⁶, de paso informa sobre la verdadera posición que éste ocupa en la enciclopedia jurídica.

II. ORIGEN DE LA TESIS GARANTIZADORA Y ALGUNAS DE SUS DIVERSAS FORMULACIONES

Sea por los vientos liberales que la vieron gestarse durante el Siglo XVIII, o por el surgimiento postrero del movimiento codificador, la índole accesoria del Derecho penal tiene sin dudas abolengo filosófico⁷. Así, ya HOBBS había escrito que *“donde no existe ley civil, no puede haber delito, porque no existiendo otra ley sino la de naturaleza, no existe lugar para la acusación”*. Más claro aún en ROUSSEAU, tras postular la existencia de cuatro tipos de leyes distintas, entre

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco (1975): *“Introducción al Derecho penal”*, Barcelona: Bosch, p. 69.

⁶ GUZMÁN DALBORA, José Luis (2010): *“Estudio preliminar”*, En: *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Birnbaum, Franz, Montevideo-Buenos Aires: B de F, p. 24.

⁷ HOBBS, Thomas (2010): *“Leviatán”*, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, 16ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, p. 239.

ellas, las criminales que, “*en el fondo, más bien que una clase particular de leyes, son la sanción de todas las demás*”⁸.

En cambio, el rendimiento dogmático de esta idea hubo de esperar hasta la irrupción de BINDING y su teoría de las normas, cuyo punto de arranque fue la decisiva distinción entre ley y norma. En rigor, “*la ley que el delincuente trasgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente, a la ley que dispone la forma de su condena*”⁹. De tal suerte, el hechor no viola la ley penal, sino la norma ingénita a ella; quien mata a otro cumple la ley penal que tipifica el delito de homicidio, pero quebranta la norma extrapenal que lo prohíbe¹⁰.

Blanco de severas críticas, la teoría de las normas no pudo dar explicación satisfactoria a múltiples interrogantes, motivo que obligó a los partidarios de la postura garantizadora a replantear su fundamento¹¹. Así, una fundamentación diametralmente distinta fue la ofrecida en su día por GRISPIGNI. Para él, la norma prohibitiva revestía una prelación de carácter lógico, en el sentido de que toda conducta reprimida como delito, además de estar prohibida por el precepto penal, lo estaría también por otra norma extrapenal, la cual se antepondría a la primera desde la perspectiva de un *prius* lógico¹². Esta teoría, que presenta al Derecho penal como uno

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques (2002): “*El contrato social*”, Madrid: Alba, p. 79.

⁹ KAUFMANN, Armin (1977): “*Teoría de las normas*”, versión castellana por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Depalma, p. 4.

¹⁰ KAUFMANN (1977), p. 13 y 317. En tanto hubo otros que admitieron la teoría pero con una importante reserva: situando las normas no sólo en el Derecho público sino también en el privado. Cfr. VON BELING, Ernst (1944): “*Esquema de Derecho penal*”, Traducción de la 11ª edición alemana por Sebastián Soler, Buenos Aires: Depalma, Buenos Aires, p. 44. El sentido de la enmienda yace en la duplicación innecesaria de normas que haría Binding cuando, tratando de justificar prohibiciones privadas, las deriva forzosamente a un interés público que no siempre se hallaría comprometido.

¹¹ Se le condenó, entre otros aspectos, por “desconocer que ‘precepto jurídico’ y ‘sanción jurídica’ son elementos esenciales e insolubles de la ley penal”, y que “una norma jurídica sin sanción es una *contradictio in adjecto*”. ROCCO, Arturo (2005): “*El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*”, traducción, prólogo y notas de Gerónimo Seminara, Montevideo: Editorial B de F, p. 71-72. La verdad sea dicha, para Binding, no sólo la penal, sino todas las ramas del Derecho tendrían un simple carácter sancionatorio, pues las normas atingentes a las leyes de dichas esferas del ordenamiento jurídico tampoco formarían parte de sí mismas, sino del Derecho público general; corolario que sirvió para levantar serias sospechas sobre el trasfondo autoritario de su teoría y aquel deber de obediencia irrestricto hacia el Estado ínsito en ella.

¹² GRISPIGNI, Filippo (1949): “*Derecho penal italiano*”, Traducción de la 2ª edición italiana por Isidoro de Benedetti, 2 Vols., Buenos Aires: Depalma, t. I, p. 177-182.

“ulteriormente sancionatorio”, será gravitante, como enseguida anotaremos, a la hora de justificar tipos penales con injustos aparentemente propios.

Hasta cierto punto, haciendo suyas las ideas del jurista italiano, JIMÉNEZ DE ASÚA también defendió el carácter secundario del Derecho penal, entendiendo que la propiedad esencial del mismo mora, no en la especial prohibición que portan sus preceptos, sino en la redoblada sanción de que se sirve¹³.

Con el andar del tiempo, en una versión bastante más moderada de la doctrina, MAURACH formuló que el Derecho penal es, con relación a las demás parcelas, “*básicamente independiente en cuanto a sus consecuencias y, por el contrario, condicionalmente dependiente en sus presupuestos*”¹⁴. A partir de esta propuesta y otras de similar tenor, es posible advertir cómo un argumento, cuyo debate hasta el momento había sido encausado, preferentemente, en términos lógico-normativos, puede arrojar importantes luces para efectos político-criminales.

Y así, en una línea semejante, es decir, que una estrechamente esta teoría con el carácter de *ultima ratio* de la dolorosa disciplina, puede destacarse últimamente el pensamiento de ZAFFARONI, quien, imprimiéndole una función marcadamente pragmática, sostiene que reconocer una función constitutiva a la ley penal importaría abrir la vía a una aspiración completiva¹⁵.

Sin embargo de las variadas formas de fundar la naturaleza garantizadora del Derecho penal, se aprecia en cada una la convicción de que éste no tiene una vocación creadora de prohibiciones o, derechamente, de bienes jurídicos. Al contrario, tales objetos de protección los extrae del Derecho constitucional (ciertas garantías fundamentales), del Derecho civil (relaciones

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1963): “*Tratado de Derecho penal*”, Publicados 7 vols., 4ª ed., Buenos Aires: Losada, t. I, p. 41. En sintonía con su maestro, véase, BLASCO FERNÁNDEZ, Francisco (1970): “*Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado*”, En: *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires: Pannedille, p. 380.

¹⁴ MAURACH, Reinhart (1994): “*Derecho penal. Parte general*”, Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, 2 vols., Buenos Aires: Editorial Astrea, t. I, p. 36.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio (2003): “*Derecho penal*”, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, 2ª edición, Buenos Aires: Ediar, p. 487.

de familia), del Derecho administrativo (medios personales de la Administración), etcétera, de guisa que el Derecho punitivo sólo anuncia el castigo de precisas formas de lesionarlos, recortando a partir de ellas su propio ámbito de antijuridicidad. De ahí, también, sus caracteres de accesorio y sancionador; porque, de un lado, su castigo complementa la protección de bienes jurídicos gestados por otros sectores del ordenamiento, y, del otro, cumple un rol instrumental con relación a tales Derechos constitutivos¹⁶.

III. PARA UNA DEFENSA DEL CARÁCTER SECUNDARIO DEL DERECHO PENAL

En opinión de algunos, la intervención punitiva es originaria por cuanto se subordina a criterios propios, especialmente rigurosos, protegiendo no todos los bienes jurídicos, sino sólo algunos de ellos y únicamente ante sus ofensas más graves¹⁷. No obstante, y aun cuando esto último es en realidad descripción pura de su índole fragmentaria, los parámetros estrictos a los que se sujeta la intervención punitiva –piénsese en los principios de legalidad, ofensividad y culpabilidad–, más bien representan garantías para el ciudadano en cuanto reglan límites formales y materiales a la réplica más violenta del ordenamiento¹⁸. Es cierto, se trata de postulados en su mayoría propios, pero éstos fundamentalmente fijan la oportunidad, forma y ámbito de acción del Derecho de castigar; no añaden un contenido adicional al bien que se intenta proteger, ni en contrapartida al injusto que se sanciona. Cosa parecida puede predicarse respecto de los criterios particulares de interpretación empleados en la Dogmática penal –que, consentimos, no tienen por qué plegarse a los de otras ramas–, por cuanto, de cierta dependencia valorativa en la que

¹⁶ Sobre este punto, guarda especial importancia la relación que el Derecho punitivo mantiene con el político, toda vez que éste designa el sentido u orientación del primero. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel (1995): “*Orden político y orden penal*”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 2, p. 202. Y, asimismo, muy a la vista ha de tenerse el vínculo de carácter lógico que lo mancomuna con el Derecho civil, el cual continuamente proporciona objetividad jurídica a los delitos. Véase al respecto, RODRÍGUEZ DEVESA, Luis y SERRANO GÓMEZ, Alfonso (1994): “*Derecho penal español. Parte general*”, 17ª edición, Madrid: Dykinson, p. 23.

¹⁷ Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2004): *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª reimpresión, Madrid: Editorial Universitas, p. 72.

¹⁸ En esta misma línea, RODRÍGUEZ RAMOS (1986-1987), p. 383.

mece, no necesariamente debe desprenderse otra de orden conceptual¹⁹. Y es precisamente esta la explicación causal de que el concepto jurídico-penal de empleado público perfectamente pueda ser distinto del manejado en el Derecho administrativo, o que la noción de cosa mueble adaptada al hurto sea diversa de aquella proporcionada por el Código civil. Estos casos, antes que manifestaciones de una pretendida índole autónoma del Derecho penal, son consecuencia natural de su independencia científica y de su carácter valorativo, que le posibilitan ir perfilando los extremos de su injerencia y, con todo, no llegan hasta el punto de desnaturalizar las instituciones, ni de permitirle crear *ex nihilo* objetos de protección. En definitiva, dicha labor de selección penal estricta, entendida como soberanía en la acuñación de los tipos, no necesita identificarse con un reconocimiento *ex novo* de bienes jurídicos; éstos siguen siendo los mismos, y unos solos, no más que reforzados ahora por aquella vigorosa sanción que es la pena²⁰.

El restar categoría científica y jerarquía jurídica al Derecho penal ha sido crítica extendida entre los detractores de su índole sancionatoria²¹. En cuanto a lo primero, debe recordarse que la amenaza de pena posee una intensidad y atributos de los que carecen otro tipo de coerciones jurídicas, amén de mantener estrechas conexiones con distintos saberes –como la Filosofía, Psiquiatría, Biología, Sociología, etcétera–, por lo que la Ciencia punitiva, por necesidad, debe elaborar un sistema basado en conceptos muchas veces propios, y que cobran sentido y aplicación sólo dentro de sus confines. Gracias a esto puede hacer gala de un sello inconfundible. Respecto de lo segundo, basta comprender que sin el refuerzo de la sanción penal, muchas instituciones del Derecho privado, y aun del público, no pasarían de ser una simple quimera, por todo lo cual

¹⁹ ROJAS (2013), p. 99.

²⁰ En lo que podríamos tener como singular aplicación de la *navaja de Ockham*, sirva la siguiente imagen del maestro argentino: “una caja de seguridad custodiada por dos agentes, sigue siendo sólo una caja de seguridad”. ZAFFARONI, Eugenio (1981): “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, 5 vols. Buenos Aires: Ediar, t. I, p. 59.

²¹ Así, Bettiol, quien consideró que un Derecho penal con carácter secundario “es un Derecho renego que debe solicitar de otros las muletas para marchar en su ruta dura y fatigosa”. Rocco, en tanto, denunció que “admitir el carácter secundario del Derecho penal conduce lógicamente a la destrucción de la disciplina”. Y Quintano Ripollés reclamó que “la teoría sancionatoria atribuye al Derecho penal un papel ancillar [*sic*] y vicariante (...) mero apéndice de tal o cual ordenamiento”.

resulta estéril perseverar en que su esencia secundaria vicia el prestigio que como rama autónoma del Derecho éste se ha ganado²².

De otra parte, en nada conmociona a la naturaleza sancionatoria del Derecho penal que su intervención sea en algunos casos previa a la cobertura que brindan otros sectores del ordenamiento²³. A falta de norma expresa que prohíba la conducta en el Derecho extrapenal, casi siempre existe cuando menos un principio positivo, lógicamente anterior a la ley penal, que funda su antijuridicidad²⁴. Esto resulta del todo factible si consideramos que el orden de conexión lógica de las ideas no suele coincidir con el orden temporal de su aparición en la conciencia, y, así, es frecuente que el hombre no discurra sobre ciertos derechos hasta el momento en que se ha pretendido arrebatárselos. Ni esto último, ni que el Derecho penal intervenga a veces en forma previa, debería invalidar en modo alguno la prioridad lógica que detenta la norma extrapenal²⁵. Urge considerar que no en pocos casos las normas jurídicas revisten directamente las formas del pensamiento²⁶, y de este modo es bastante frecuente que el Derecho se nos presente desde la perspectiva de su lesión o puesta en peligro –por ser ésta la formulación más sencilla, pero a la vez indispensable de los bienes primarios–, antes que la de su protección, pues de ello se ocuparán las restantes tutelas jurídicas, mucho más específicas, complejas y eficaces, impulsadas por un sentido de la urgencia distinto. Así y todo, como pronto indicaremos, esta prelación lógica no

²² ZAFFARONI (1981), p. 58-59; NOVOA MONREAL, Eduardo (1985): “*Curso de Derecho penal chileno*”, 2ª edición, 2 vols., Santiago: Ediar, t. I, p. 31. Sin ir más lejos, el connotado penalista chileno entendía que, por ocuparse del respeto a los bienes jurídicos de la más alta trascendencia, el Derecho penal podía ser tenido como el “verdadero pilar del Derecho”.

²³ Así, sin embargo, Jescheck, patrocinando que el Derecho penal es la forma histórica más antigua de manifestación del Derecho y, todavía hoy, regula ciertos ámbitos de forma autónoma, sin necesidad de recurrir a otras ramas. JESCHECK, Hans-Heinrich (2002): “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Editorial Comares, p. 57.

²⁴ GRISPIGNI (1949), p. 182. Así, también, Del Vecchio, cuando bien señala que “la noción elemental de justicia, está implícita en la fenomenología jurídica primitiva, y sobreentendida en las mismas formulaciones penales, aun cuando éstas parezcan subsistir por sí o extrínsecamente se presenten como *prius*”. DEL VECCHIO, Giorgio (1974): “*Filosofía del Derecho*”, 9ª edición corregida y aumentada, traducción por Luis Legaz y Lacambra, Barcelona: Bosch, p. 87.

²⁵ Sobre el “*a priori* lógico” y “*a posteriori* psicológico” en el Derecho, véase, RECANSENS SICHES, Luis (1970): “*Tratado general de Filosofía del Derecho*”, 4ª ed., México: Porrúa S. A., p. 238-239.

²⁶ Así, VANNI, Icilio (1941): “*Filosofía del Derecho*”, traducción por Rafael Urbano, Madrid: Francisco Beltrán, p. 68.

puede –o no debería– empujarnos al exceso de justificar cualquier tipo de injusto que simultáneamente surja con el tipo legal.

Basta analizar cualquier figura delictiva, para concluir que envuelve tangencialmente un principio que no es formulado por ella, sino por otra rama del Derecho, o bien por éste en su conjunto; aun cuando verse sobre alguna conducta aparentemente prohibida sólo en la esfera criminal²⁷. La tipicidad impone a la norma penal concretar con toda precisión una antijuridicidad que en otras zonas del ordenamiento puede ya existir, no más que prescrita en términos genéricos²⁸. Y, por eso, no es del máximo interés indagar si el Código penal dispensa o no una defensa primaria a determinados bienes jurídicos –como ocurre con la libertad sexual, el honor o los intereses demográficos de la comunidad–, por cierto que lo hace; la cuestión trasunta en dilucidar si aquellos bienes existen indiferentemente de su protección penal, y aquí la respuesta positiva otra vez se impone por necesidad. El mero ejercicio de suprimir mentalmente la normativa extrapenal, nos trasladaría a un páramo en que el Derecho punitivo se ofrecería vacío en contenido o por entero ayuno de justificación.

En el terreno práctico, las cuestiones prejudiciales civiles en el proceso penal obsequian buena prueba en abono de la tesis aquí defendida. Pese a su apariencia de estricto asunto procesal, las referidas cuestiones encierran aspectos sustantivos de fondo. Creadas especialmente para esclarecer la concurrencia de algún elemento del tipo, circunstancia modificatoria o extintiva de responsabilidad penal, generalmente corresponden a relaciones jurídicas pertenecientes a otro

²⁷ Clásicas son las citas a la omisión de socorro, la falsificación de documentos privados que no causan perjuicios a terceros, la tentativa y el maltratamiento de animales, como paradigma de ilícitos exclusivamente penales. Es de apreciar, sin embargo, que el supuesto deber de solidaridad subyacente en la omisión de socorro también se manifiesta en otros ámbitos, así, en el salvamento marítimo o en responsabilidad civil médica. En la falsificación de instrumento privado, se omite que, junto con la indemnización de perjuicios, existen otras sanciones civiles, por ejemplo, la nulidad del acto jurídico y su inoponibilidad. En la tentativa, si bien tampoco procede la sanción civil del resarcimiento, sí existe en cambio facultad para impedir el daño a través de medidas cautelares. En el maltrato de animales, es notorio que el objeto jurídico atentado a través de él –sea que se trate del sentimiento público de piedad, del interés moral de la comunidad o derechamente del ambiente– no es invención vasalla del Derecho penal.

²⁸ Porque del propio principio de legalidad podría decirse que es derivación de la máxima “está permitido todo aquello no se prohíbe expresamente”. A contrapelo de lo que ocurre en el ámbito civil, donde es sólito encontrar cláusulas generales de antijuridicidad, como son los artículos 2314 y 2329 del Código Civil chileno.

sector del ordenamiento, denotando la paladina dependencia del Derecho represor a la hora de configurar sus preceptos²⁹.

Otra de las consideraciones esgrimidas en favor de la naturaleza garantizadora del Derecho penal la constituye el carácter unitario que cubre a la antijuridicidad, idea que se infiere a partir de la unidad del sistema jurídico en general. Como se explicará, atribuir una función constitutiva a la ley penal –por acotado que sea el ámbito– importa afirmar la existencia de ilicitudes penales especiales, conclusión que resulta inaceptable desde que la antijuridicidad es una categoría común a cada parte del Derecho. El firmamento normativo es unitario por cuanto sus preceptos reconocen un fundamento de validez común y, por ende, ha de existir una correcta armonía entre sus enunciados cada vez que presentan puntos de contacto³⁰. Si no es de este modo, el Derecho perdería coherencia en tanto Ciencia y eficacia como regulador social de conductas. Levantar concepciones diferenciadas sobre lo injusto y admitir que cada mandato se inspira en valoraciones propias conspiraría contra su lógica interna, favoreciendo la gestación de antinomias normativas que lo harían inmanejable en su aplicación, al tiempo que representaría claudicar anticipadamente a todo propósito de seguridad jurídica.

Que eminentes penalistas y filósofos del Derecho ensayaran contrastes conceptuales entre lo injusto civil y lo injusto penal, empero, fracasando en sus intentos, es prueba reveladora de lo sostenido³¹. En este sentido, MAGGIORE lleva toda la razón cuando dice que las tentativas por

²⁹ Véase, especialmente, RODRÍGUEZ RAMOS (1986-1987), p. 380-389.

³⁰ Debe pararse mientes en que esto va más allá de las preferencias que a cada uno merezca la llamada “Teoría pura del Derecho”; antes bien, se trata de una exigencia de coherencia y de lógica formal, estrictamente necesaria para la conservación de cualquier ordenamiento jurídico. Aun así, para un análisis lato de la materia, véase, KELSEN, Hans (1982): *“Teoría pura del Derecho”*, traducción de la 2ª edición alemana por Roberto J. Vernengo, México D.F.: UNAM, p. 214-217.

³¹ Así, por ejemplo, Hegel identificó en su construcción dialéctica a la síntesis con la pena, instrumento por el cual se anula la voluntad criminosa por él denominada “oposición consciente contra el Derecho”; lo injusto civil, en cambio, evoca al daño generado sin malicia, por mera negligencia. HEGEL, George (1955): *“Filosofía del Derecho”*, 4ª edición, traducción de Angélica Mendoza, Buenos Aires: Claridad, p. 100-108. Se critica, por un lado, la existencia de delitos culposos a los que falta oposición consciente al Derecho y, por otro, que a ciertas infracciones dolosas no se impone siquiera la menor pena, así, al incumplimiento doloso de obligaciones civiles. Carrara, desde una perspectiva objetiva, prefiere asociar el ilícito civil a un daño personal y reparable; la sanción penal, en tanto, la vincula a conductas que generan un daño social, irreparable mediante acción directa. CARRARA, Francesco (1967): *“Programa de Derecho criminal”*, 2ª edición, traducción de José Ortega Torres, 10 vols., Bogotá: Temis, t. VI, p. 39. Por ser indiscutible que en ciertos delitos el daño es claramente reparable –como se aprecia en los atentados contra

elaborar una diferencia sustantiva a partir de la sanción que a cada ilícito se aplica es, en realidad, confesión de dicha imposibilidad³². Y es toda sensatez; después de afirmar la unidad del ordenamiento jurídico, no puede predicarse algo distinto respecto de la antijuridicidad, que no es otra cosa que su negación. Una nítida expresión del carácter unitario de la antijuridicidad, título de coherencia y racionalidad del ordenamiento, lo constituyen las causas de justificación – especialmente la de obrar en ejercicio legítimo de un derecho–, por cuanto demuestran que el juicio decisivo acerca de la licitud o ilicitud de una conducta depende de la valoración que efectúa el Derecho en su conjunto³³. De esta base sobre la cual se construye el edificio jurídico no puede sustraerse el Derecho penal, porque, así como en su tiempo sostuvo JELLINEK, “*todo Derecho es, según su ser íntimo, idéntico, y todo injusto es unitario*”³⁴, hasta el punto de resultar pleonástico hablar de lo injusto penal, lo injusto civil, etcétera, como si cada uno fuese un mundo distinto.

Salvo voces minoritarias, el carácter unitario de la antijuridicidad es ampliamente aceptado por la doctrina penalista³⁵. Dicho lo cual, quienes pregonan el carácter constitutivo de la rama se empeñan en demostrar que tal teoría no compromete el axioma en mención³⁶. En nuestro sentir, la tesis secundaria no destierra la eventualidad de que entre los demás Derechos

la propiedad–, se rechaza esta teoría. Sobre otros criterios divisores de lo injusto civil y lo injusto penal, con sus respectivas críticas, véase, CASTEJÓN y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico (1949): “*Teoría de la continuidad de los Derechos penal y civil*”, Barcelona: Bosch, p. 20-39.

³² MAGGIORE, Giuseppe (1954): “*Derecho penal*”, traducción de José Ortega Torres, 5 vols., Bogotá: Temis, t. I, p. 262.

³³ Véase, especialmente, MERKEL, Adolf (2004): “*Derecho penal. Parte general*”, traducción del alemán por P. Dorado Montero, Montevideo: B de F, p. 159. En aplicación a la índole secundaria del Derecho penal, véase, SOLER, Sebastián (1956): “*Derecho penal argentino*”, 5 tomos., Buenos Aires: Tipográfica Editora, t. I., p. 24.

³⁴ JELLINEK, Georg (2008): “*Injustos absoluto y relativo*”, [en línea, formato PDF], traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, [fecha de última consulta: 03/06/2014]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r1.pdf>.

³⁵ Como excepción, merece destacarse a *Gunther*, hasta el extremo de sostener la existencia de causas de justificación exclusivamente penales. Para una completa exposición y crítica, véase, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2011): “*La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*”, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F.

³⁶ A propósito de la omisión de socorro, Cury reclama “que fuera del Derecho penal no exista norma alguna que consagre un deber de solidaridad no significa que dicha conducta sea aprobada o indiferente para el Derecho civil”. CURY, Enrique (2005): “*Derecho penal. Parte general*”, 7ª edición, Santiago de Chile: Ediciones UC, p. 87. En la misma línea, GARCÍA-PABLOS, Antonio (2006): “*Introducción al Derecho penal*”, 4ª ed., Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, p. 92. Evidentemente, esta respuesta sólo puede estimarse suficiente para casos en que la norma penal introduce valoraciones en ámbitos jurídicamente no abarcados, y, empero, de todos modos podría devenir cuestionable desde una perspectiva político-criminal, según diremos.

constitutivos se susciten conflictos normativos –aspiración que excedería abrumadoramente su cometido–, pero se justifica plenamente al prever de manera más fiable posibles contradicciones de carácter axiológico, que son las de auténtica gravedad³⁷.

Y, sin embargo, todo cuanto hemos sostenido hasta ahora no cobra real sentido sino al hilo de la siguiente idea: el carácter secundario de esta rama constituye una garantía elemental para los ciudadanos de cara a eventuales arbitrariedades. Con notorio acierto, ya MAURACH había anotado que, en esencia, se trata de una “*exigencia político-jurídica dirigida al legislador*”³⁸; como es lógico, éste no puede recurrir por mero antojo a la más contundente y represiva de las ramas. Un ejercicio racional del poder supone –como hace tiempo proclamó SILVELA– tener presente que únicamente puede proteger y restaurarse aquello cuya existencia previamente se ha afirmado y consentido, y es que sólo así se legitima socialmente la enérgica coerción. En efecto, los bienes jurídicos son entidades objetivas referidas a valores fundamentales afincados culturalmente, que no surgen de un momento a otro, ni de forma azarosa o particular, sino que son producto de un consenso social que, justamente, opera al margen del Derecho penal. De esta suerte, que los bienes jurídicos se fragüen en el Derecho extrapenal, determina que la antijuridicidad de una conducta no puede, en términos lógicos, surgir de manera espontánea con la descripción del tipo legal, sino que necesariamente debe ser previa³⁹. Si esto fuese a la inversa, es decir, si se admitiera que el injusto nace a veces de modo simultáneo a la fijación del tipo, cualquier conducta que repentinamente vistiera ropajes de gravedad podría prohibirse bajo amenaza de pena, dando

³⁷ Sobre las contradicciones lógicas y axiológicas en el Derecho penal, véase, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel (1981): “*Nueva crónica del crimen*”, Valparaíso: Edeval, p. 190-197.

³⁸ MAURACH (1994), p. 34.

³⁹ En opuesto sentido, Jiménez De Asúa, en cuyo pensamiento la tipicidad cumple, generalmente, la función de concretar lo injusto, mientras que, excepcionalmente, lo señala. Lo concreta si la antijuridicidad precede cronológicamente a la descripción típica de lo que, por ser injusto, ha de ser punible. Lo señala, en cambio, cuando hasta aquel momento la acción no era injusta, pero su gravedad circunstancial determinó que nacieran juntos lo injusto y el tipo. JIMÉNEZ DE ASÚA (1963), t.III., p. 780. En un intento bastante forzado, Grispigni, quien también se había representado casos en que la prohibición penal ni siquiera encontrase correlato implícito en las demás ramas, hizo una suerte reserva diciendo que: “una vez que ha intervenido la norma penal, se integran y completan inmediata y automáticamente otras parcelas del Derecho, cuyas normas extraen su *praeceptum* de la nueva norma penal”. GRISPIGNI (1949), p. 186.

pábulo a objetos de protección que, en estricto rigor, no sean bienes jurídicos⁴⁰. Va de suyo que este modo de pensar el Derecho penal se entrelaza de mejor forma con la denominada función garantista que está llamada a cumplir la teoría del bien jurídico, o sea, impedir la incriminación de conductas no lesivas de objetos valorados socialmente y exigir una revisión crítica permanente del sistema punitivo en su todo. En fin, desde un prisma político-criminal, para quien es suspicaz –como cada día la experiencia enseña a ser en estos temas–, basta con asociar funciones creadoras a la norma penal, y acompañarla de un empleo discrecional como poder de sometimiento, para que emerja el riesgo de retroceder a prácticas abominables, como el castigo de meras desobediencias y otros groseros atropellos al principio de ofensividad. No tan censurable desde sus fines, aunque asimismo nociva, la lamentable tendencia en la legislación penal moderna de expandir el instrumento punitivo al abrigo de un recurso indiscriminado a la pena y a su efecto simbólico, es también peligro latente de la pretendida autonomía del Derecho penal, o al menos, mucho más factible de su mano⁴¹.

Sin dudas, por el interés y la complejidad que envuelve, el argumento atendido merece una reflexión y desarrollo más acabado del que hemos sido capaces de ofrecer en estas cuartillas. Con todo, nos asiste la convicción de que su verdadero rendimiento político-criminal se obtendrá cuando deje de enfocarse como cuestión de lógica formal, visión que, estimamos, conduce únicamente a interrogarse cómo es y se nos presenta el Derecho penal, petrificando la discusión. Más provecho reportaría cuestionarnos cómo éste debiera ser para responder a un modelo realmente garantista; orientado a lo que más arriba citamos: “ser que debe ser”.

⁴⁰ GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993): “*Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*”, En: *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 3, p. 239.

⁴¹ Así puede apreciarse, verbigracia, en las últimas enmiendas practicadas al artículo 390 del Código penal chileno, dirigidas a ampliar la faz subjetiva del parricidio a los convivientes y ex convivientes, en circunstancias de que el Derecho de familia nacional no acusa mudanzas al respecto, toda vez que sigue siendo un modelo de los denominados “abstencionistas”.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

__BETTIOL, Giuseppe (1965): “*Derecho penal*”, 4ª ed., traducción por José León Pagano, Bogotá: Temis.

__BLASCO FERNÁNDEZ, Francisco (1970): “*Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado*”, En: *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires: Pannedille.

__CARRARA, Francesco (1967): “*Programa de Derecho criminal*”, 2ª edición, traducción de José Ortega Torres, 10 vols., Bogotá: Temis.

__CURY, Enrique (2005): “*Derecho penal. Parte general*”, 7ª edición, Santiago de Chile: Ediciones UC.

__DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel (1995): “*Orden político y orden penal*”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 2.

__DEL VECCHIO, Giorgio (1974): “*Filosofía del Derecho*”, 9ª edición corregida y aumentada, traducción por Luis Legaz y Lacambra, Barcelona: Bosch.

__GARCÍA-PABLOS, Antonio (2006): “*Introducción al Derecho penal*”, 4ª ed., Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces.

__GARDELLA, Juan Carlos (1965): “*Naturaleza y Derecho*”, En: Enciclopedia jurídica Omeba, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.

__GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis (1989-1990): “*Sobre la accesoriadad del Derecho penal en la protección del ambiente*”, En: *Estudios penales y criminológicos*, N° 14.

__GRISPIGNI, Filippo (1949): “*Derecho penal italiano*”, Traducción de la 2ª edición italiana por Isidoro de Benedetti, 2 Vols., Buenos Aires: Depalma.

__GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993): “*Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*”, En: *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 3.

__ (2010): “Estudio preliminar”, En: *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, BIRNBAUM, Franz, Montevideo-Buenos Aires: B de F.

__HEGEL, George (1955): “*Filosofía del Derecho*”, 4ª edición, traducción de Angélica Mendoza, Buenos Aires: Claridad.

__HOBBS, Thomas (2010): “*Leviatán*”, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, 16ª ed., México: Fondo de Cultura Económica.

__JELLINEK, Georg (2008): “*Injustos absoluto y relativo*”, [en línea, formato PDF], traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, [fecha de última consulta: 03/06/2014]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r1.pdf>.

__JESCHECK, Hans-Heinrich (2002): “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Editorial Comares.

__JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1963): “*Tratado de Derecho penal*”, Publicados 7 vols., 4ª ed., Buenos Aires: Losada.

__KAUFMANN, Armin (1977): “*Teoría de las normas*”, Versión castellana por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Depalma.

__KELSEN, Hans (1982): “*Teoría pura del Derecho*”, traducción de la 2ª edición alemana por Roberto J. Vernengo, México D.F.: UNAM.

__LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2004): *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª reimpresión, Madrid: Editorial Universitas.

__MAGGIORE, Giuseppe (1954): “*Derecho penal*”, traducción de José Ortega Torres, 5 vols., Bogotá: Temis.

__MAURACH, Reinhart (1994): “*Derecho penal. Parte general*”, Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, 2 vols., Buenos Aires: Editorial Astrea.

__MUÑOZ CONDE, Francisco (1975): “*Introducción al Derecho penal*”, Barcelona: Bosch.

__NOVOA MONREAL, Eduardo (1985): “*Curso de Derecho penal chileno*”, 2ª edición, 2 vols., Santiago: Ediar.

__QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1958): “*Compendio de Derecho penal*”, 2 vols., Madrid: Revista de Derecho Privado.

__RECANSÉNS SICHES, Luis (1970): “*Tratado general de Filosofía del Derecho*”, 4ª ed., México: Porrúa S. A.

__ROCCO, Arturo (2005): “*El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*”, Traducción, prólogo y notas de Gerónimo Seminara, Montevideo: Editorial B de F.

__RODRÍGUEZ DEVESA, Luis y SERRANO GÓMEZ, Alfonso (1994): “*Derecho penal español. Parte general*”, 17ª edición, Madrid: Dykinson.

__RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1986-1987): “*Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho penal en relación con las cuestiones prejudiciales*”, En: *Estudios penales y criminológicos*, N° 11.

__ROJAS, Emilio (2013): “*Accesoriedad del Derecho penal*”, En: *Humanizar y renovar el Derecho penal: estudios en memoria de Enrique Cury*, Editor Alex Van Weezel, Santiago de Chile: Legal Publishing y Thomson Reuters.

__ROUSSEAU, Jean-Jacques (2002): “*El contrato social*”, Madrid: Alba.

__VANNI, Icilio (1941): “*Filosofía del Derecho*”, traducción por Rafael Urbano, Madrid: Francisco Beltrán.

__VON BELING, Ernst (1944): “*Esquema de Derecho penal*”, Traducción de la 11ª edición alemana por Sebastián Soler, Buenos Aires: Depalma, Buenos Aires.

__ZAFFARONI, Eugenio (1981): “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, 5 vols. Buenos Aires: Ediar.

__ (2003): “*Derecho penal*”, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, 2ª edición, Buenos Aires: Ediar.