

La teoría del delito como herramienta contramayoritaria

Apuntes sobre la relación entre la dogmática penal y la política criminal

Nicolás Escandar

“For myself it would be most irksome to be ruled by a bevy of Platonic Guardians, even if I knew how to choose them, which I assuredly do not.”

Learned Hand, *The Bill of Rights* (1958), pág. 73.

I.- Introducción

En este trabajo analizaré las relaciones entre la teoría del delito¹ y la política criminal, con especial énfasis en las tensiones que se generan entre una disciplina científica que está en manos de expertos y una política pública que necesita que quienes la diseñen y apliquen tengan legitimidad democrática.

Luego de un breve repaso sobre las funciones de la dogmática penal y de la política criminal, se ensayará una crítica al método teleológico que utiliza la dogmática contemporánea y que pretende que esta cumpla con determinadas finalidades político-criminales. La crítica se centrará en la falta de legitimación democrática de los técnicos que se dedican a la construcción de la teoría del delito.

A fin de ejemplificar lo antes referido, describiré cómo la dogmática penal de base teleológica ha normativizado el concepto de dolo con el objetivo de aplicarlo a ciertas conductas que, en principio, parecen producto de una grave imprudencia. *Esta breve descripción me servirá para visibilizar mi hipótesis la forma en que los teóricos, al incluir reflexiones político-criminales en sus postulados, se arrogan la toma de decisiones que deben estar en las manos de los ciudadanos o de sus representantes y esto contraria el principio republicano de división de poderes de base constitucional.*

Para superar las dificultades enunciadas propondré que la teoría del delito se construya como una teoría contramayoritaria de base deontológica que tiene la finalidad de limitar el poder penal del Estado. A su vez, el análisis político-criminal no debe diferir en sus métodos y finalidades de otras disciplinas que estudian a las políticas públicas del estado moderno.

¹ En adelante utilizare las expresiones teoría del delito y dogmática penal como sinónimos

II.- Relaciones entre la dogmática penal y la política criminal. Tensiones entre los creadores e intérpretes del derecho

La dogmática penal es un método de interpretación de la ley que tiene la finalidad de permitir la resolución racional y previsible de los casos sometidos a la jurisdicción. Se trata de la construcción de un sistema hermenéutico con un alto grado de abstracción que permite la aplicación del derecho positivo de cualquier país en un momento histórico determinado. Escribe ROXIN:

“La dogmática jurídicopenal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal.”²

Esta definición –repetida en numerosos manuales³– parece indicar que la dogmática penal tiene una función netamente descriptiva. *No obstante, los teóricos contemporáneos extralimitan la función descriptiva y se arrojan la tarea de enunciar, a través de prescripciones, cuáles son las condiciones que debe reunir un sistema de imputación para cumplir con determinadas finalidades político-criminales.* En otras palabras, la dogmática pretende la creación de sistemas de imputación que resuelvan los casos de forma justa o correcta⁴.

Con este giro interpretativo, los teóricos del derecho penal enuncian de forma sutil que no están constreñidos por las normas que dicta el poder democrático. En este sentido, son gráficas las palabras de RUSCONI

“...hoy es posible decir que el pensamiento sistemático en la dogmática penal muestra un especial e inestable compromiso entre el método inductivo y el deductivo.

Alcanzar ese objetivo de racionalidad en la decisión de la justicia penal conduce, claro, a cierta abstracción del sistema. Ello, sin

² ROXIN, Claus, (1997), *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, pág. 192

³ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, (2002), *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, pág. 389

⁴ Según SILVA SANCHEZ La dogmática se expresa en forma mayoritaria a través de enunciados prescriptivos (valorativos) y en forma minoritaria a través de enunciados descriptivos. El jurista manda aquello que es necesario para aplicar el derecho correctamente. SILVA SANCHEZ, Jesús Maria, (2010), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, B de F, Buenos Aires, pág. 239.

embargo, *produce cierta desconexión entre el sistema de decisión y sus efectos sociales*: un acercamiento progresivo a las características esenciales de un aparato teórico y un alejamiento equivalente y paralelo respecto de los problemas reales del mundo social.

Así, *el grado de justicia de la decisión*, de ser objetivo único, pasa a convertirse en una consecuencia grata y eventual de un sistema racional de deducciones.”⁵

Más allá de los problemas para definir la noción de justicia o para fundar la existencia de valores objetivos cognoscibles por todos⁶, lo central es que, de manera sutil y casi desapercibida, *los dogmáticos penales se independizan de la ley y se arrogan facultades que pertenecen a los funcionarios con legitimidad democrática. Todas las decisiones relativas al diseño y ejecución de la política pública que administra los recursos violentos del Estado quedan, de esta manera, en manos de los expertos que construyen el sistema de imputación.*

El precursor de estas ideas ha sido ROXIN, quien hace varias décadas desarrollo el denominado sistema orientado a las consecuencias.

“En ese doble carácter de la ciencia universal del derecho penal, fundada ciertamente por él, se materializan para LISZT tendencias contradictorias. En la política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del derecho penal: mientras que, al derecho penal en el sentido jurídico de la palabra debe corresponder la función liberal del Estado de derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque del 'Leviathan' del Estado. Para decirlo una vez con otras dos frases de LISZT, que pertenecen hoy a las

⁵ RUSCONI, Maximiliano (2009), *Derecho penal. Parte General*, Ad hoc, Buenos Aires, pág. 178, énfasis agregado.

⁶ “Hume ha proporcionado excelentes argumentos para demostrar que no es posible el conocimiento moral como consecuencia de que es imposible verificar la existencia de hechos morales.” BARBAROSCH, Eduardo, (2011), *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*, La Ley, Buenos Aires, pág. 39.

citas clásicas del penalista: 'la idea del fin en el derecho penal' bajo la que LISZT había colocado su famoso Programa de Marburgo, es la meta de la política criminal, mientras que el derecho penal como 'magna carta del delincuente', según expresa confesión de LISZT, protege, 'no a la comunidad sino al individuo que se rebela contra ella' garantizándole el derecho de ser castigado solo bajo los presupuestos legales y únicamente de los límites legales.”⁷

A pesar de la clara separación entre dogmática penal y política criminal reseñada en el párrafo anterior, ROXIN propone y luego intenta –en su tratado de derecho penal– llevar a cabo la construcción de un sistema dogmáticopenal que incluya las finalidades político-criminales del ordenamiento jurídico. Afirma Roxin en la obra ya citada:

“...si las cuestiones político-criminales no pueden ni deben penetrar en ella, [se refiere a la dogmática] la deducción exacta del sistema puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y uniformes, *pero materialmente injustos*. ¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político criminal erróneo? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable en el sistema? *Es evidente que debe responderse negativamente a esta cuestión y que hay que admitir las quiebras motivadas político criminalmente de la regla estricta.*”⁸

Al orientar el sistema dogmático a las finalidades de la política criminal, ROXIN, implícitamente, otorga a los juristas la posibilidad de definir cuáles son los contenidos y las finalidades de esta política pública. Así, con esta simple construcción teórica, extrae del debate público y deja en manos de los juristas importantes cuestiones de la vida democrática.

⁷ ROXIN, Claus, (2002), *Política criminal y sistema del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 32

⁸ ROXIN, Claus, (2002), *Política criminal y sistema del derecho penal...*, pág. 33, énfasis agregado.

Para que se comprenda cabalmente la magnitud del giro hermenéutico que representa adoptar una dogmática de base teleológica, es necesario dedicar algunas palabras a las funciones de la política criminal. En lo sucesivo utilizare la conceptualización de la política criminal que BINDER ha realizado en su tesis doctoral⁹ dedicada al tema. *Según este autor, la política criminal participa de las finalidades de la política de gestión de la conflictividad*¹⁰. *Ambas procuran evitar que los conflictos propios de una sociedad democrática y pluralista se resuelvan a través del abuso de poder y de la violencia.*

La particularidad de la política criminal con respecto a la política de gestión de la conflictividad es que aquella –además de ser más restrictiva y específica en su actuar– utiliza *medios o instrumentos violentos* para cumplir con sus objetivos. Esta última característica de la política criminal acarrea graves problemas de legitimación con respecto a su uso, ya que a primera vista puede parecer paradójico que, para evitar el abuso de poder y la violencia, el Estado utilice a su vez instrumentos violentos¹¹. La paradoja desaparece cuando se especifica que la política criminal, al intervenir con violencia en los conflictos más graves, lo que intenta es absorber y reconvertir la violencia social en violencia estatal legítima. En estos casos, la víctima obtiene una respuesta –que muchas veces incluye el castigo violento del ofensor– y el acusado es escuchado atentamente en un debate oral y público antes de tomar una decisión que pueda perjudicarlo. Este procedimiento es el que permite valorar a la violencia estatal como superior a la violencia social.

Ahora bien, la política criminal, como toda política pública debe ser diseñada y ejecutada por órganos con legitimidad democrática, ya sea directa o indirecta. Por las

⁹ BINDER, Alberto (2011), *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Astrea, Buenos Aires

¹⁰ “La intervención del Estado en los conflictos se realiza mediante diferentes políticas, tales como la de seguridad, la judicial o la criminal entre otras. Todas ellas son políticas sectoriales de lo que denominamos *política de gestión de la conflictividad –PGC–*.” BINDER, Alberto (2011), *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática...*, pág. 159, cursivas en el original.

¹¹ “Sin embargo, podemos realizar una formulación un poco más precisa, dado que la PC tiene que cumplir esa finalidad general *utilizando medios violentos*, lo que por lo menos es llamativo. También hemos insistido en que la violencia estatal es parte de la violencia social y que perfectamente podemos analizar al conjunto de la violencia–estatal más social– como un todo relativamente mensurable. Si ahora ponemos en relación ambas nociones, podemos señalar que la finalidad general de la PC es *reducir* la violencia. No ha desaparecido, sino que, por el contrario, se muestra con evidencia la principal paradoja de la PC: ella debe reducir la *violencia social* mediante la inyección de *violencia estatal*.” BINDER, Alberto, (2012), *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática...*, pág. 278, cursivas en el original.

Por razones históricas y políticas, la autorización para el uso de instrumentos violentos por el Estado quedó en manos del Parlamento. Esto se trata de un límite externo –que forma parte del sistema de garantías– a la política criminal, pero en general, el diseño y la ejecución de los planes político-criminales debe estar en manos de los órganos ejecutivos y del Ministerio Público Fiscal.

La política criminal, como parte de las políticas públicas, se diseña y ejecuta en base a decisiones valorativas¹² que deben ser controladas democráticamente. Por ello no pueden quedar en manos de los teóricos del derecho penal que carecen de este tipo de legitimación y cuyas construcciones no pueden ser sometidas al escrutinio ciudadano. Esto no significa que se dejen de lado criterios racionales o científicos, de hecho, el análisis político criminal se encarga de articular, del modo más ordenado posible, todo el instrumental teórico y metodológico disponible para quienes tengan que diseñar, ejecutar, evaluar y controlar la política criminal¹³.

Se debe destacar también que, a diferencia de los dogmáticos penales, los funcionarios que toman las decisiones relativas al diseño y ejecución de la política criminal luego deben responder por sus resultados. En efecto, así como un ministro de economía debe responder por los malos resultados de un plan económico, un ministro de seguridad es responsable ante el fracaso de un plan político-criminal.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el diseño y la ejecución de un plan político criminal tiene costos presupuestarios significativos. Por ejemplo, si se quiere castigar con mayor vehemencia los homicidios imprudentes que se producen en el tránsito vehicular, debe advertirse que esto provocará un aumento considerable de la población carcelaria con la consiguiente necesidad de mayores erogaciones presupuestarias por parte del Estado.

Queda claro, entonces, que las decisiones relativas a la política criminal son eminentemente valorativas, implican grandes costos para el Estado y acarrear consecuencias para el funcionario encargado de tomarlas. Por todos estos motivos, estas

¹² SILVA SANCHEZ explica que la Ley Fundamental plasma un programa político-criminal pluralista. Las Constituciones son extremadamente abiertas y ambiguas. Esto lleva a que las discusiones fundamentales sigan siendo canalizadas a través de la filosofía jurídica pero enmarcada en los límites que marcan las constituciones. SILVA SANCHEZ, Jesús María, (2010), *Aproximación al derecho penal contemporáneo...*, pág. 179.

¹³ BINDER, Alberto (2011), *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática...*, pág. 33.

decisiones no pueden quedar en manos de expertos dedicados al estudio de la teoría del delito que no poseen legitimidad democrática y no pueden responder por sus elecciones valorativas o por el fracaso de sus propuestas.

Para graficar mi punto de vista dedicare algunos párrafos al concepto normativo de dolo –producto de la dogmática de base teleológica–, para graficar cómo la introducción de criterios político-criminales en la teoría del delito distorsiona sus construcciones y extrae del debate público a discusiones claves para nuestro sistema democrático.

III.- Dolo eventual y política criminal. Apuntes sobre una relación conflictiva

La dogmática penal de base teleológica ha realizado un enorme esfuerzo para delimitar el concepto de dolo eventual. Los problemas más graves se dan en algunos casos en los que se duda acerca de la aplicación de esta forma de imputación subjetiva o la llamada culpa con representación.

Ha sido PÉREZ BARBERÁ quien escribió el trabajo más importante y minucioso acerca del concepto de dolo eventual. En su tesis doctoral¹⁴ defiende un concepto normativo de dolo que se construye a partir de las finalidades político-criminales del sistema. La finalidad del derecho penal –se habla indistintamente de derecho penal y política criminal– sería la de estabilizar las expectativas normativas de la sociedad que han sido quebrantadas por la comisión del delito¹⁵. Conforme esta teoría, la pena sería la negación del delito y sirve para apuntalar contrafácticamente la norma quebrantada. El castigo es el vehículo a través del cual se comunica a la sociedad que el derecho sigue rigiendo en su plenitud a pesar de la conducta ilícita¹⁶.

Mientras más intenso sea el apartamiento de la norma –desde un punto de vista objetivo y subjetivo– mayor será la necesidad de pena para estabilizar la vigencia de las normas vulneradas. Por ello, los delitos dolosos –donde el autor se aparta con mayor

¹⁴ PÉREZ BARBERA, Gabriel, (2010), *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires

¹⁵ Véase PÉREZ BARERÁ, Gabriel, (2014), *Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución*, artículo publicado en la revista electrónica InDret N° 4 del 2014. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf> (última fecha de consulta 3/7/2017)

¹⁶ Una explicación más detallada de esta concepción del derecho penal como instrumento protector de la vigencia de las normas puede leerse en JAKOBS, Günther, (2001), *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina.

intensidad de la norma de conducta— son penados con más fuerza que los culposos o imprudentes.

Conforme esta teoría, el dolo es un reproche que se hace a ciertas conductas que objetivamente elevan el riesgo de forma intolerable¹⁷. Debido a esta circunstancia, el autor no puede luego excusarse argumentando que no tenía intención de causar el daño. Todas las teorías normativas del dolo siguen, con matices, esta estructura¹⁸. El dolo deja de ser un estado mental que debe comprobarse fácticamente, para convertirse en un elemento normativo que se imputa en base a criterios de riesgo que, a su vez, se construyen de conformidad con los objetivos político-criminales del sistema penal.

Ahora bien, para PÉREZ BARBERÁ, determinadas conductas merecen la pena del injusto doloso a pesar de que el autor no haya tenido la intención o la voluntad de producir el resultado, ello debido a las necesidades político-criminales del sistema que requiere de una respuesta de alta intensidad para estabilizar las expectativas normativas¹⁹.

El ejemplo típico es el accidente de tránsito que ocasiona una o varias muertes en razón de una gravísima imprudencia o negligencia del autor —conducir con altos grados de alcohol en sangre o con marcado exceso de velocidad— y que la doctrina tradicional consideraba un homicidio culposo. Para una dogmática teleológica, en estos casos, es posible imputar dolo eventual.

No es mi intención discutir la logicidad de estas teorías. Todas son producto de un trabajo realmente admirable y riguroso. *No obstante, quiero remarcar que en ellas se fijan planes político-criminales que no son sometidos al control de las mayorías.*

Es respetable que se quiera castigar con mayor intensidad los homicidios imprudentes que se producen en el tráfico vial cuando el autor realiza una acción en extremo temeraria. *No obstante, esta decisión no puede ser tomada por un experto sin legitimación democrática.*

¹⁷ “Si alguien realiza una acción voluntariamente y sabe cuál es el contenido de sentido de esa acción, entonces es que, por necesidad, quiere producir ese contenido de sentido.” SILVA SANCHEZ, Jesús María, (2010), *Aproximación al derecho penal contemporáneo...*, pág. 401

¹⁸ Pueden mencionarse las teorías de FRISCH, PUPPE y HERZBERG. Todas son reseñadas por PÉREZ BARBERA, Gabriel, (2010), *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental...*, apartados 7 a 15.

Como explique antes, todo plan político-criminal –y este no puede ser la excepción– acarrea costos para el Estado e incluso puede fracasar en su expectativa de reducción de este tipo de delitos, *por ello, la decisión debe ser debatida y controlada por los ciudadanos y sus representantes.*

A lo descrito se agrega el problema de que la dogmática contemporánea, al intentar que sus construcciones satisfagan determinadas finalidades político-criminales, desdibuja la garantía sustantiva de culpabilidad²⁰. En este sentido, no se pena a la persona por lo que hizo, sino que se esgrimen otras razones, que pueden ser valederas –prevención general o especial– pero que deben surgir del debate democrático.

Debo destacar que la decisión de castigar con mayor fuerza las muertes que ocurren en accidentes de tránsito debido a una acción temeraria del conductor –manejar con elevado alcohol en sangre o a una velocidad excesivamente alta–, debe quedar en manos de funcionarios que tengan legitimidad democrática, ya sea directa o indirecta.

El Poder Ejecutivo puede remitir un proyecto que agrave las penas en estos supuestos²¹, también los Procuradores Generales pueden dictar instrucciones generales y crear procuradurías especializadas en estos tipos de delitos. A su vez es posible que se instruya a los fiscales para que en estos supuestos pidan mayores penas. Lo importante es que todas estas medidas sean tomadas por funcionarios que directa o indirectamente tengan legitimidad democrática y puedan ser controlados por los ciudadanos.

El hecho de la dogmática no deba incorporar finalidades político-criminales en la construcción de sus categorías no implica que sólo deba dedicarse a describir el derecho

²⁰ La CSJN ha explicitado el contenido de este principio en el precedente “Gramajo” del 5 de septiembre de 2006. Dijo allí el Alto Tribunal: “Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. *De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo.* (énfasis agregado)

²¹ De hecho, el 6 de enero de 2017 se sancionó la ley 27.347 que agravó las penas para el homicidio imprudente cuando el conductor que ocasiona el suceso lesivo actúa con culpa temeraria. Dice el tipo penal incorporado en el artículo 84 bis del código penal: “La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si (...) el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes *o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales.*” (énfasis agregado).

positivo. La teoría del delito puede y debe tener una finalidad y esta se refiere a la maximización de los límites externos de la política criminal. *La dogmática debe desarrollar y expandir las garantías contenidas en la Constitución y los Pactos de Derechos Humanos incorporados a ella.* Esto será desarrollado con mayor profundidad en otro acápite de este trabajo. Sobre esto escribiré a continuación

IV.- Propuesta metodológica: la teoría del delito como herramienta contramayoritaria y de protección de los derechos del ciudadano

Quedo claro que la dogmática penal no puede construir su sistema de imputación con apoyo en las finalidades político-criminales del Estado. No obstante, esto no significa que la teoría del delito deba abandonar el método teleológico, simplemente debe cambiar de finalidad y esta debe ser la de desarrollar el sistema de garantías que encorseta al poder penal del Estado²².

Este giro metodológico no implica descalificar totalmente la posibilidad del Estado de utilizar sus mecanismos violentos. Creo que es posible la construcción de una política criminal minimalista y democrática que respete los límites del Estado de Derecho. Aquí mi propuesta se diferencia claramente de la teoría agnóstica de la pena expuesta por ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR quienes ven una expresión del estado de policía en toda aplicación de poder penal. En tanto y en cuanto la política criminal respete sus límites internos y externos, será legítima y democrática.

Para poder construir límites infranqueables, la dogmática debe seguir un método deontológico²³ que pueda oponerse con firmeza a las razones que, en general, esgrime el poder penal para instrumentalizar a quien debe ser castigado. La aplicación de violencia a través de la política criminal sólo será legítima si se respetan las formas procesales y sustanciales que se han fijado en forma deontológica.

Así, por ejemplo, la teoría del delito debe hacerse cargo del principio constitucional de culpabilidad y construir un sistema de imputación que garantice una

²² “Quien quiera dedicarse a la dogmática penal debe estar pensando permanentemente en nuevos límites al poder penal del estado.”. BINDER, Alberto, (2004), *Introducción al derecho penal*, Ad hoc, Buenos Aires, pág. 76

²³ El Estado debe hacer lo correcto *porque es correcto*. Una respuesta consecuencialista, en cambio, nos diría que el Estado *debe hacer lo correcto porque es ventajoso*. Un detallado desarrollo de esta cuestión con especial referencia a las garantías constitucionales puede verse en GRECO, Luis, (2015), *Lo vivo y lo muerto en la teoría de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

conexión subjetiva entre el autor y el hecho e impida la responsabilidad objetiva. A su vez, debe garantizar que el sujeto sea castigado por lo que realmente hizo y no por otras razones –preventivas– o por su historia de vida. En este orden de ideas se expresa PERALTA en su tesis doctoral cuando escribe:

“De todos modos, aquí debe quedar claro un punto decisivo. La dogmática, como disciplina de análisis de los presupuestos del delito, puede tener características más o menos liberales. La dogmática que aquí se pretende utilizar es aquella que entiende los elementos del delito, predominantemente como garantías del individuo frente al estado.”²⁴

Es evidente la diferencia entre una dogmática preocupada por incorporar finalidades político-criminales y que decide imputar como dolosas determinadas conductas por razones de prevención y, por otro lado, una dogmática garantista de base deontológica que obliga al Estado a probar ciertos estados psíquicos si es que quiere castigar de acuerdo a las más graves de las imputaciones subjetivas. En este punto es interesante citar la tesis doctoral de MANRIQUE PEREZ quien realiza una crítica a las teorías normativas del dolo, justamente por ser incompatibles con un estado liberal. Escribe esta autora:

“Quienes atribuyen estados mentales sin preocuparse por la verdad de sus afirmaciones, no pueden garantizar una conexión entre lo que el agente hace y las intenciones que se le atribuyen. Por ejemplo, puede parecer evidente que si un individuo apunta y dispara a una persona es porque tenía intención de hacer blanco en él. Tal vez, incluso, existan razones instrumentales (prevención general, disminución del riesgo generado por el manejo de armas de fuego, etc.) para reprochar la conducta del agente. Pero, para poder reprochar lo que el agente *intentaba* hacer es necesario describir que quería lograr y que se representaba como necesario para ello. Nada puede sustituir estos datos para una explicación correcta de la acción: ni los estándares

²⁴ PERALTA, José Milton, (2012), *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, pág. 127

de conocimiento normal en una comunidad, ni el consenso acerca de que el agente debía saber lo que estaba haciendo son datos necesarios o suficientes para conocer las intenciones del agente. En el mejor de los casos, ellos serán únicamente criterios para castigar por lo que ha ocurrido, y en el peor de los casos, serán la base de un maltrato de un individuo por parte del Estado”²⁵.

Además, al abandonar la teoría del delito la pretensión de incorporar las finalidades político-criminales del sistema penal, deja de tener funciones duales²⁶. Este abandono permite mayor claridad en la construcción de los diferentes elementos del delito y, sobre todo, que los principios garantizadores se mantengan incólumes en los casos límite²⁷.

Pero la fundamental de una dogmática garantista de base deontológica, es que puede construirse como una herramienta contramayoritaria. Los derechos y garantías de los individuos perseguidos por el aparato punitivo estatal no están sometidos a los vaivenes de las mayorías, es decir, se encuentran dentro de la esfera de la indecible²⁸. La teoría del delito se erige de esta manera en un sistema de protección que impide que acusado de cometer un delito sea instrumentalizado para satisfacer las necesidades de la mayoría. Por lo tanto, los teóricos del derecho penal pueden dedicarse a la construcción de la dogmática penal sin preocuparse por su falta de legitimidad democrática.

Claro que los intérpretes no serán enteramente libres al momento de edificar el sistema de garantías, ya que estarán constreñidos por el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, aquí si será posible la interpretación extensiva debido a que se están delimitando

²⁵ MANRIQUE PÉREZ, María Laura, (2012), *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Marcial Pons, Madrid, pág. 111.

²⁶ “Vemos, pues, que la asignación de una función dual a la dogmática penal, tal como hace ROXIN y desde otra perspectiva política mantiene ZAFFARONI, hace que la dogmática penal sufra distorsiones en si misma (distorsiones que el específico método de la teoría del delito ha acrecentado tanto como ocultado bajo sus actuales formas escolásticas, aparentemente rigurosas)...” BINDER, Alberto (2011), *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática...*, pág. 48

²⁷ La mayoría de los dogmáticos penales proclaman la vigencia del principio de culpabilidad. Como explicamos, este principio exige una conexión subjetiva entre el agente y el hecho y, también, que se castigue, única y exclusivamente, por lo que la persona hizo y no por otras razones. No obstante, en ciertos casos complejos o difíciles –como los homicidios en accidentes de tránsito con culpa temeraria– estos mismos autores relativizan el principio protector y permiten un castigo más intenso. Esto se hace, en general, con apoyo en razones preventivas. Esto causa que el principio pierda fuerza allí donde más la necesita, esto es, en los casos que lo ponen a prueba.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi, (2008), *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, Centro de estudios constitucionales de la Universidad de Chile, Talca.

las potestades punitivas del Estado. Asimismo, al tratarse de un sistema de prescripciones deontológicas –que no pueden ser verdaderas o falsas–, no es necesario preocuparse por los costos de su aplicación o por las posibles consecuencias negativas que puede acarrear su funcionamiento. Solo es necesario explicitar en forma clara y precisa los fundamentos sobre los cuales se construye el sistema de garantías.

La política criminal debe dejarse en manos del análisis político-criminal. Este saber se estructura de manera consecuencialista y a partir de afirmaciones empíricas que pueden ser falseadas.

No es posible tolerar que se utilicen los recursos violentos del Estado si su aplicación no es beneficiosa para la mayoría de los ciudadanos, por ello, no debe aplicarse un castigo violento sólo porque está prescripto, es decir, con apoyo en razones deontológicas. Siempre deben existir razones utilitaristas para penar. Esto es consecuencia del denominado principio de *última ratio*, el que se erige como un límite interno –no forma parte del sistema de garantías– de la política criminal. En base a este principio, la violencia estatal puede ser aplicada sólo cuando se compruebe que han fallado todos los otros mecanismos de gestión de la conflictividad y su descarga será útil para resolver el conflicto. Como se ve, se trata de un análisis empírico que no puede ser realizado en abstracto.

A su vez, el análisis político criminal debe estructurarse sobre la base del examen de datos empíricos que den cuenta de la eficacia o ineficacia del plan política criminal que está aplicando. Solo con apoyo en datos de la realidad los encargados de diseñar y ejecutar un plan político criminal pueden tomar decisiones que, como dijimos varias veces, deben contar con respaldo democrático. También en base a datos empíricos puede saberse cuál es el costo de un determinado plan político-criminal y si es posible llevarlo a cabo²⁹.

Debe quedar claro que la teoría del delito y el análisis político criminal son disciplinas diametralmente opuestas que tienen distintos métodos y finalidades. Por lo tanto, deben estudiarse y desarrollarse en forma separada. Estas distinciones, en principio analíticas, tienen profundas consecuencias prácticas que se han demostrado a lo largo de este trabajo y que pueden ser profundizadas en posteriores estudios.

²⁹ Esta es fundamental para evitar el derecho penal simbólico –que termina generando anomia– y la expansión punitiva sin sentido.

V.- Conclusiones

La teoría del delito contemporánea ha incorporado en la construcción de su sistema de imputación a las finalidades político-criminales del Estado. Esta incorporación provoca distorsiones institucionales que afectan la división de poderes.

Los dogmáticos no poseen la legitimidad democrática necesaria para diseñar y ejecutar los planes político-criminales del Estado, estos deben ser llevados adelante por funcionarios que representen a los ciudadanos y que puedan responder por los costos y el posible fracaso del plan y su ejecución.

Vemos que la dogmática contemporánea ha normativizado el concepto de dolo y lo ha reconstruido a partir de las finalidades político-criminales del Estado. Esto ha provocado que decisiones que deben surgir del debate democrático pasen a las manos de los teóricos que se dedican a la construcción de la teoría del delito y queden fuera del escrutinio público. Asimismo, ha debilitado la función de garantía que debe cumplir la dogmática al obligarla a cumplir funciones duales –de garantía y de eficiencia– que impiden un adecuado desarrollo de los principios garantizadores de base constitucional.

Los teóricos del derecho penal deben abandonar la pretensión de incorporar las finalidades político-criminales del Estado en sus elaboraciones sistemáticas. Ello no implica que se abandone el método teleológico, pero sí que se corrija la finalidad elegida. El objetivo de la dogmática debe ser el de maximizar las garantías de los ciudadanos a través de la construcción de un sistema de protección de base deontológico. Esta redefinición de las finalidades de la teoría del delito permite salvar la objeción relativa a la falta de legitimidad democrática de los teóricos del derecho penal. Los límites propios del Estado de Derecho se encuentran dentro de la esfera de lo indecible y, por lo tanto, su construcción y desarrollo no requiere del acuerdo de las mayorías, es más, es contramayoritario, ya que debe impedir que se instrumentalice al ciudadano en aras del bienestar de la mayoría.

Por otra parte, a los fines de estudiar la política criminal del Estado debe desarrollarse un nuevo saber: el análisis político-criminal. Este utiliza el método consecuencialista y opera sobre la base de comprobaciones empíricas –como ocurre en el análisis de cualquier política pública– que pueden ser falseadas.

Esta distinción analítica y conceptual tiene profundas repercusiones prácticas ya que soluciona el problema de la falta de legitimación democrática de la dogmática y devuelve al debate público a importantes asuntos de nuestra vida en sociedad.

Bibliografía

BARBAROSCH, Eduardo, (2011), *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*, La Ley, Buenos Aires

BINDER, Alberto (2011), *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Astrea, Buenos Aires

BINDER, Alberto, (2004), *Introducción al derecho penal*, Ad hoc, Buenos Aires

FERRAJOLI, Luigi, (2008), *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, Centro de estudios constitucionales de la Universidad de Chile, Talca.

GRECO, Luis, (2015), *Lo vivo y lo muerto en la teoría de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

JAKOBS, Günther, (2001), *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina

MANRIQUE PÉREZ, María Laura, (2012), *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Marcial Pons, Madrid

PERALTA, José Milton, (2012), *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid

PÉREZ BARBERA, Gabriel, (2010), *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires

PÉREZ BARERÁ, Gabriel, (2014), *Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución*, InDret N° 4 del 2014

ROXIN, Claus, (1997), *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid

ROXIN, Claus, (2002), *Política criminal y sistema del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires

RUSCONI, Maximiliano (2009), *Derecho penal. Parte General*, Ad hoc, Buenos Aires

SILVA SANCHEZ, Jesús Maria, (2010), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, B de F, Buenos Aires

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, (2002), *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires