

## Injusto y culpabilidad en el pensamiento de Juan Bustos Ramírez

HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Girona

### 1. INTRODUCCIÓN

En agosto de 2008 moría en Santiago de Chile mi querido y entrañable amigo y maestro el Dr. Juan Bustos Ramírez que fuera Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Chile y en la Universidad Autónoma de Barcelona. Con él desaparecía no sólo un gran penalista sino también un ser humano excepcional que para los que lo conocimos y fuimos sus amigos permanecerá eternamente en nuestro recuerdo. Para los que además de ser sus amigos tuvimos el privilegio de ser sus discípulos u otros de ser simplemente sus compañeros académicos, nos quedó una obra científica que por la originalidad y solidez de sus planteamientos tiene asegurada su vigencia por mucho tiempo en la doctrina penal europea y latinoamericana.

Su condición de Presidente de la Cámara de Diputados chilena al momento de su muerte motivó que se decretara luto nacional en Chile y que se celebraran funerales de Estado. En aquella ocasión se me permitió hablar en mi calidad de amigo y discípulo en representación del mundo académico. Elegí mis palabras pensando en lo que había sido la vida profesional de mi amigo: una vida dedicada a la política y a la universidad o a la universidad y a la política, tanto da. Dije en aquella ocasión *«tanto en su quehacer político como en el académico partía del reconocimiento de la posición antinómica de la persona con el Estado y coherentemente colocaba en el primer plano el prin-*

*cipio de la dignidad de la persona humana y el de su autonomía ética, esto es que no era la persona la que debía estar al servicio del Estado, sino al revés, el Estado al servicio de las personas. A partir de estas premisas construyó una teoría crítica del sistema penal cuyos postulados van ganando cada día más espacios en el mundo académico».*

## 2. SU ETAPA FORMATIVA Y SU MADUREZ

Durante su etapa de formación, después de su Licenciatura en Derecho en Chile, viajó por primera vez a España en el año 1960. Defendió su tesis doctoral que fue dirigida por Juan del Rosal en la Universidad Complutense de Madrid sobre «Lo objetivo y subjetivo en la teoría de la acción» para a continuación viajar por primera vez a Alemania en 1962 a estudiar con el que quizá fuera el penalista más relevante en esa época, Hans Welzel, cuya teoría final de la acción y su polémica con los causalistas monopolizaban la discusión en el mundo jurídico europeo en aquellos años. Bajo su dirección elabora su tesis doctoral alemana que defiende en el año 1965. En ella trata justamente el problema de la imprudencia que parecía irreconciliable con la teoría final de la acción (1).

Ese mismo año regresa a Chile y se incorpora como investigador al Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, dirigido en aquella época por Álvaro Bunster, y también al Instituto de Ciencias Penales que entonces dirigía Eduardo Novoa, que al mismo tiempo lo nombró profesor auxiliar en su cátedra en la Universidad de Chile. De aquella época data su traducción, junto con Sergio Yáñez, de la 11.<sup>a</sup> edición alemana del Derecho Penal de Hans Welzel y la publicación, junto con Sergio Politoff y Santiago Grisolia, de un primer tomo dedicado a «Los delitos contra las personas. Vida y Salud» de una obra que habría de ser una Parte Especial del derecho penal y que lamentablemente quedó interrumpida con el golpe militar de 1973 que obligó a dos de sus autores, Juan Bustos y Sergio Politoff, a exiliarse. Después de una breve estadía en 1974 en la Universidad Central de Tegucigalpa, en Honduras, gracias a una invitación del profesor Reyna, se fue a Argentina donde dio clases en la Universidad de Buenos Aires gracias al interés de los profesores Bacigalupo, Baigún y Ramos Mejías y más tarde en la Universidad de Belgrano, por invitación del profesor Campos.

---

(1) Se publicó en 1967 en Chile por la Editorial Jurídica con el nombre «Culpa y finalidad».

En octubre de 1975 fue detenido en Argentina en el marco de la Operación Cóndor diseñada por los dictadores latinoamericanos para perseguir a la disidencia política. Estuvo seis meses en prisión de donde salió por las gestiones personales del profesor Armin Kaufmann de la Universidad de Bonn y se trasladó a Alemania con una beca de la Fundación Alexander v. Humboldt. En el año académico 1976-1977 invitado por el profesor Juan Córdoba Roda que lo incorporó a su Cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, se trasladó a una España que salía de la dictadura y daba sus primeros pasos en la senda de la democracia. Una vez en España, después de una etapa como profesor titular contratado en la Universidad de Barcelona, fue contratado como catedrático por la misma Universidad para impartir clases de derecho penal en Lérida. En 1982 ganó un concurso para la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de La Laguna y después un concurso de traslado que le permitió volver a Barcelona incorporándose a la Universidad Autónoma de Barcelona. Su segunda estancia en Europa acabó con su traslado a Chile en el año 1989. En Chile recuperó su puesto de profesor de derecho penal en la Universidad de Chile. En 1997 fue elegido diputado y reelecto posteriormente en dos ocasiones e integró como parlamentario la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia hasta que fue elegido Presidente de la Cámara de Diputados del Parlamento chileno.

La perspectiva del tiempo nos permite situar a Juan Bustos Ramírez en Europa en dos momentos históricos diferentes. En su primera estadía en España se encuentra con una dictadura represora que desconocía los derechos fundamentales básicos. La libertad de Cátedra era sólo una ilusión. La actividad investigadora debía ser «neutral» y no podía ir más allá del texto de la ley. En estas condiciones lo cómodo era reducir el derecho penal a la dogmática, a propuestas sistemáticas que marginaran cualquier consideración política como algo ajeno al derecho. La actividad investigadora se centraba en la teoría del delito. Se trataba por la vía interpretativa de adaptar en lo posible el Código de 1848 español que había sido pensado y redactado conforme a la doctrina penal de la época (2) a los planteamientos dogmáticos más actuales que venían de Italia y especialmente de Alemania. En aquellos años, hasta España llegaban los ecos de la

---

(2) El Código de 1848, de cuya redacción lamentablemente no hay actas, no cabe duda que cuenta entre sus preceptos numerosas instituciones del derecho canónico. Sin ir más lejos, la responsabilidad objetiva en su forma de *versari in re illicita* y también la *actio libera in causa*. La propia definición de delito contenida en su art. 1 como «acción u omisión voluntaria penada por la ley» recuerda la definición de pecado de San Agustín haciendo una concesión al principio de legalidad.

disputa académica que sostenían en Alemania casualistas y finalistas, es decir, por una parte si el concepto de acción debía ser entendido como la causa de un resultado y, por tanto, libre de toda subjetividad, o debía ser entendido como acción final, esto es, dirigida por el autor para la consecución de un determinado resultado, por tanto plena de subjetividad. Esta discusión se proyectaba al desvalor que debía fundamentar el injusto, es decir, si la acción debía ser prohibida porque podía causar un resultado no deseado, con lo cual el juicio de desvalor se postergaba al resultado, o si por el contrario, el desvalor debía anticiparse a la misma acción por afectar a los «valores de conciencia ético-sociales», como decía Welzel (3). Un derecho penal que sólo se miraba a sí mismo, completamente impermeabilizado frente a la contingencia política. La discusión sobre el concepto de acción alejaba el peligro de incomodar al régimen. En Alemania, sin embargo, la explicación es diferente. El país venía saliendo de un régimen donde el totalitarismo había llegado hasta los últimos extremos. Al disidente no sólo había que silenciarlo, sino que había que exterminarlo. Todo el aparato del Estado, la policía, el paramilitar de tropas de asalto, burócratas y también los jueces asumieron dicha tarea de exterminio. En la postguerra, estos jueces frente a las acusaciones de haber cooperado con los nazis, daban la excusa que ellos no habían hecho otra cosa que aplicar la ley. Una vez promulgada la Constitución de Bonn, en 1949, los penalistas que no querían mirar hacia atrás, se refugiaron en el derecho natural y en la construcción sistemática. Dos situaciones diferentes la de España y la de Alemania, diferentes motivos pero similares soluciones. La reducción del derecho penal a la Parte General y a la teoría del delito para no incomodar al régimen en un caso y para evitar mirar al pasado en otro.

Este es el panorama con que se encuentra Juan Bustos en España y Alemania en su etapa de formación. Tiene la ocasión de encontrarse con los más destacados dogmáticos de la época y de estudiar con ellos. Cuando Juan Bustos vuelve a Chile, vuelve un gran dogmático pues entiende, como también otros juristas, que, más allá de una apariencia de formalidad, la dogmática tiene un gran valor político como garantía frente a la arbitrariedad, para la seguridad jurídica.

Después de salir del campo de detención argentino gracias al esfuerzo de Armin Kaufmann, que fue personalmente a Buenos Aires para pedir su libertad, como explicábamos anteriormente, amparado con una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, llegó a Ale-

---

(3) WELZEL H.: (1993) Derecho Penal Alemán. Parte General, trad. de la 11.<sup>a</sup> ed. alemana de BUSTOS J. Y YÁÑEZ S., Ed. Jurídica, Santiago de Chile, pág. 15.

mania en 1975 donde se encontró con un panorama científico totalmente diferente. La discusión sobre el concepto de acción y otros temas propiamente de la parte general, había cedido espacio a otros problemas. Ahora se discutían problemas que en último término se referían a la legitimación del derecho penal, –teorías de la pena y el objeto jurídico protegido penalmente–, y sobre temas marcadamente político-criminales, como los límites del *ius puniendi* en un estado social y democrático de derecho. Al mismo tiempo, se empieza a considerar el derecho penal no sólo desde una perspectiva normativa con fundamentos en la metafísica, sino también desde la sociología y filosofía política, como parte de un *sistema* cuyo exclusivo objetivo es el control social. Desde esta visión de considerar en conjunto las distintas disciplinas dentro de un sistema integrado de control social formal, el jurista no sólo se ocuparía del derecho penal, sino también de las otras disciplinas jurídicas que tienen también esta función, como el derecho procesal penal, el derecho penitenciario, el derecho sancionador administrativo, el derecho regulador de la función policial. Al mismo tiempo, nacería dentro de la criminología una corriente crítica hacia el sistema penal en su conjunto. La criminología en esta nueva corriente ya no tendría por objeto el estudio del delincuente y las causas del delito, sino el sistema penal. Ahora no se trataba de responder por qué el hombre delinque, sino por qué un determinado comportamiento socialmente lesivo fue definido como delito y otro no. Se trata de estudiar críticamente el control social penal, el funcionamiento de las instituciones de control penal y los procesos de criminalización. Esta era la situación de la discusión académica en el derecho penal en la Alemania de los años setenta, cuando Juan Bustos Ramírez se incorpora por segunda vez a la universidad alemana, pero ya era otra persona. Ya no era el estudiante recién licenciado que había venido a aprender con los juristas más destacados de la época, sino que era uno más que venía avalado por su prestigio en el mundo hispanoparlante.

En efecto, el dogmático finalista que había llegado a Chile en 1966 había alternado sus labores académicas con el ejercicio de la política activa. Sensibilizado por el bajo nivel de desarrollo social y económico de Chile y las enormes bolsas de pobreza provocadas por el mantenimiento de un modelo que todavía, principalmente en el campo, tenía una estructura medieval, se adheriría al programa político de la Unidad Popular que encabezaba el candidato a la Presidencia de la República Salvador Allende Gossens. El triunfo de Allende lo llevó a asumir responsabilidades de gobierno que provocaron después su exilio. Este es el Juan Bustos Ramírez que llega por segunda

vez a Alemania con la beca Humboldt. Ya no era simplemente el brillante recién licenciado en derecho de la Universidad de Chile, sino un jurista comprometido con un programa de cambio de las estructuras sociales y económicas que mantenían a un gran sector del pueblo chileno en la marginación, la pobreza y el desamparo. Su llegada a Alemania coincide esta vez con un ambiente académico muy diferente al de su primer viaje. Los juristas alemanes ya no tenían miedo de enfrentarse con su pasado. La visión crítica del derecho en general y del derecho penal en particular que encontró Juan Bustos en la nueva generación de juristas alemanes, en el año 1976, fue propicia para que diera una nueva dirección a su línea investigadora. Juan Bustos era ahora otro jurista, un jurista comprometido social y políticamente para quien el estudio del derecho penal debía ir más allá del mero estudio de la norma jurídica. Este jurista es el que encuentra en Alemania un ambiente académico en que disciplinas que en el marco de las ciencias jurídico-penales antes ocupaban un lugar secundario, como la política criminal, el derecho procesal penal, el derecho penitenciario, el derecho penal juvenil y de menores o la criminología, estaban ahora en un plano por lo menos igual al derecho penal. Problemas como el fin y función de la pena, las alternativas a la prisión, el rol de la víctima en el sistema penal o del bien jurídico aparecían con frecuencia en los artículos, monografías y seminarios de la época. De entonces es su artículo «Política criminal e injusto» que publica en la *Revue Internationale de Droit Penal* (4). En este trabajo en que por primera vez trata el problema de la determinación material del concepto, se refleja lo que era el ambiente académico de la época: «Pero, a pesar de que se ha escrito mucho sobre el bien jurídico, desde que Birnbaum hiciera sus planteamientos sobre la lesión del bien en contraposición a la lesión del derecho, no se ha avanzado mucho en la determinación del concepto. Y es por eso lo que recalcan todos los últimos autores que se han dedicado al tema y que son muchos, pues en los últimos tiempos el bien jurídico ha vuelto a ponerse de moda, quizá justamente porque se ha renovado la preocupación por la política criminal» (5).

Cuando más tarde en el año 1977 se traslada a España, el dictador, el español se entiende, acababa de morir. El proceso de transición había comenzado. Cada día que pasaba se anunciaba alguna acción de gobierno que marcaba un camino a la democracia. La disolución de las Cortes franquistas, la legalización de los partidos políticos, elec-

(4) 1978, núm. 1.

(5) También de esa época es (1974) «Consideraciones en torno del injusto» en *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires.

ciones libres para la formación de unas Cortes constituyentes, una Constitución Política en la que se plasmaban los derechos y libertades fundamentales y los mecanismos jurídicos para garantizarlos, inequívocamente anunciaban un proceso de transición de la dictadura a la democracia.

La experiencia vital en Chile del jurista Juan Bustos Ramírez, entre su primer y segundo viaje a Europa, no puede dejar de tenerse presente para entender la línea de investigación que desarrollaría a partir de finales de los setenta y comienzo de los años ochenta en Alemania y España. En la obra de Juan Bustos Ramírez de esos años y los siguientes, se plasmaron las reflexiones y propuestas de un jurista sólido, original y maduro, también crítico, pero al mismo tiempo comprometido con la democracia y el Estado constitucional de derecho.

### 3. UNA VISIÓN DEL DERECHO PENAL DESDE LA NUEVA CRIMINOLOGÍA Y LA POLÍTICA CRIMINAL

En febrero de 1983 apareció una obra colectiva uno de cuyos codirectores era Juan Bustos Ramírez (6). En el Capítulo I de la Primera Parte de la obra, se ocupó del nacimiento, concepto y de las relaciones de la criminología con el derecho penal. En esa oportunidad señaló, entrando en la discusión sobre el objeto y contenido de la disciplina: «En definitiva, pues, hay diversas formas de entender la criminología. De una forma estricta, como un puro problema individual; de una forma limitada, como un enfrentamiento entre individuo y sociedad, o de forma amplia, esto es, fundamentalmente como un problema político, como una definición de vida social que se hace en una determinada organización social. Desde otro planteamiento se puede decir que la criminología se considera desde un punto de vista estático o desde un punto de vista dinámico, esto es, poniendo el acento en el carácter de proceso social que reviste la criminalidad. En otras palabras, el problema del contenido de la criminología no está tanto en un aspecto formal de materias a comprender, como surge de la distinción que hace Kaiser entre concepción estricta (“investigación empírica del delito y de la personalidad del autor”) y amplia [“comprende el conocimiento empírico experiencial sobre las variaciones del concepto de delito (criminalización) y sobre la lucha contra el delito, los controles

---

(6) BERGALLI R., BUSTOS J., MIRALLES T.: (1983) *El pensamiento criminológico I*, (R. BERGALLI y J. BUSTOS, directores) Ediciones Península, Barcelona.

de los demás comportamientos sociales desviados, así como la investigación de los mecanismo de control policial y judicial”]...., sino en el objeto mismo de referencia y en el criterio con que se enfoca dicha referencia» (7).

Continúa Bustos, indicando que la evolución de la criminología desde una concepción estática a una dinámica, de un criterio estricto a uno amplio, implica la superación de la criminología como una disciplina entendida de un modo naturalista destinada a investigar las «causas» de la criminalidad y con esta superación de la concepción de la desviación y de la criminalidad como una realidad ontológica, es decir anterior al ser y a la historia, que conlleva precisamente por esta naturaleza ontológica, la aceptación acrítica de las definiciones legales.

La concepción del delito como el resultado de un proceso social de definición lo lleva a precisar que hoy el contenido de la criminología no es otro que «el estudio de la criminalidad y el control considerados como un solo proceso social surgido dentro de los mecanismos de definición políticos y jurídicos de una organización social determinada» (8). De ahí que Bustos Ramírez se cuestione incluso la propia denominación de la disciplina: «El salto cualitativo provocado en ella la ha transformado completamente –la ha colocado con la cabeza sobre la tierra–, con lo cual se ha puesto en revisión no sólo lo que es, sino necesariamente también su propia denominación: ¿estamos ante la criminología –etapa del saber que nos interesa ya del pasado– o bien ante la controlología o la sociología del derecho penal, o, mejor aún, de la opresión?» (9).

De esta forma, en sus relaciones con el derecho penal, esta nueva criminología a la cual se adhiere Bustos Ramírez aparece como una disciplina autónoma pero recíprocamente interdependientes. En estas nuevas condiciones el derecho penal no puede circunscribir el ámbito de la criminología pues éste es mucho más amplio en tanto que abarca genéricamente todas las conductas desviadas, lo sean o no de una norma penal. La criminología en las actuales circunstancias se plantea como un estudio crítico del derecho penal en tanto que en su base están las normas jurídicas que son resultado de un proceso de definición y como una forma de control social.

Sin embargo, estima Bustos Ramírez que «es importante dejar aclarado que el derecho penal es supuesto indispensable de la criminología. Sin derecho penal no sería posible concebir la crimino-

---

(7) Ob. cit., nota anterior p. 22; cursivas en el original. La obra que cita BUSTOS DE KAISER G. es: (1976) *Kriminologie*, Heidelberg-Karlsruhe, 3.ª ed., C.F. MÜLLER, p. 3.

(8) Ob. cit., nota 4, p. 23, cursivas en el original.

(9) *Ibidem*.



logía. Ésta surge en razón de que, a través de un mecanismo institucional y formal como es la norma penal, una organización social determinada fija objetos de protección y con ello determina qué es delito y quién es delincuente y al mismo tiempo una forma especial de reacción social. Estos datos –no dogmáticos, sino justamente sujetos a revisión crítica– son el punto de partida indispensable para la criminología, salvo que se quiera hacer un planteamiento criminológico exclusivamente metafísico o meramente naturalista. De ahí que uno de los aspectos básicos para el análisis criminológico tendrá que ser precisamente el proceso de fijación de esos objetos de protección, esto es, los llamados «bienes jurídicos» en el derecho penal» (10).

En la concepción de Bustos Ramírez de la criminología como una ciencia crítica del sistema penal, en principio haría que coincidiera con la política criminal toda vez que ambas «estudiarían la legislación desde el punto de vista de los fines del Estado y, además, harían la crítica de ellos para la reforma del derecho penal en general. La diferencia estribaría en el hecho de que la política criminal implica más bien la estrategia a adoptar dentro del Estado respecto de la criminalidad y el control. En ese sentido la criminología se convierte, respecto de la política criminal, más bien en una ciencia de referencia, en base material para configurar dicha estrategia (11)».

El penalista, según Bustos Ramírez, no podía trabajar ignorando la criminología y la política criminal. Por ello, se siente obligado a escribir en la Introducción de un libro recopilatorio exclusivamente de sus trabajos dogmáticos posteriores al año 1973, cuando tuvo que abandonar Chile: «No hemos incluido otro tipo de artículos del mismo período que hacen referencia a cuestiones de la parte especial, de política criminal o de criminología, con el objeto de darle coherencia interna a la presentación. De todos modos a lo largo de las páginas de la presente obra aparece con toda evidencia nuestra preocupación en el último tiempo por los problemas político-criminales y criminológicos. Ello porque creemos que en la actualidad ni la teoría del delito ni la de la pena pueden prescindir de tales consideraciones y que el aporte que han dado en el último tiempo tales direcciones de las ciencias penales no puede pasarse por alto por ningún jurista. Más aún, creemos que la crisis a que hoy se enfrenta la llamada dogmática penal sólo puede superarse en la medida que se lleve a cabo un esfuerzo integrativo conceptual de la significación

---

(10) Ob. cit., nota 4, pp. 24-25.

(11) Ob. cit., nota 4, p. 25.

para el derecho penal de los logros en el ámbito político-criminal y criminológico» (12).

Desarrollando este pensamiento Bustos Ramírez, en el año 1987, publicaría un artículo en la revista *Nuevo Foro Penal* que tituló «Criminología Crítica y Derecho Penal», en Homenaje a Francesco Carrará (13). Allí llamó la atención en el hecho que la dogmática penal «no sólo determina las características del delito, sino que al mismo tiempo pretende definirlo y toda definición implica que se tiene poder para hacerlo. La pretensión apolítica y objetiva de la dogmática carece de fundamentación», concluye con acierto. El proceso de definición del delito no es un proceso neutral sino que es ejercicio de una opción política ejercida por un poder político que lo hará conforme a su propia visión del mundo. La nueva criminología abandona el estudio etiológico del delincuente, posiblemente determinado al delito por razones biológicas, antropológicas o sociales, para fijar su atención en el poder político concreto que puede definir dictando normas penales. El derecho penal, de esta forma, constituye una expresión concreta del poder político de definición. La criminología crítica estudia el sistema penal en su globalidad como un instrumento de control de un Estado concreto en un momento histórico determinado. Dicho de otra forma, el Estado, poder político por antonomasia, ejercerá el control penal de acuerdo con sus necesidades concretas en un determinado período histórico. Las prioridades en el control penal no son las mismas en el período de la Restauración en que se hizo necesario proteger la religión castigando delitos como la blasfemia, que las que hay en la actualidad en el Estado constitucional de derecho comprometido con las libertades y derechos fundamentales de las personas, de castigar los comportamientos contrarios a la libertad ideológica (14).

#### 4. UN DERECHO PENAL PARA EL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Bustos Ramírez con razón no podía desasociar el derecho penal de la forma de Estado. En un artículo publicado en *Papers: Revista*

---

(12) «Introducción» en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Ed. Temis, 1982, Bogotá, p. 1.

(13) Reproducido en *Obras Completas*, t. II, Iustitia, Lima, pp. 19-51.

(14) Sobre el derecho penal de la Restauración: SINA, P. (1962) *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut*, Basel.

de *Sociología* (15), establecimos, por una parte, la relación entre el sistema socio-económico que surgió con las revoluciones liberales del siglo XIX y las diversas explicaciones que ha dado la filosofía política sobre su naturaleza, fines y funciones que en su evolución ha ido tomando el Estado y, por lo otra, la naturaleza, fines y funciones que se han ido dando históricamente respecto de la pena. En otros términos, se trataba de establecer la vinculación que existe entre las teorías legitimadoras del Estado con las teorías legitimadoras del derecho penal.

En este trabajo, después de establecer la coherencia de una teoría retributiva de la pena y una concepción preventivo general con el Estado liberal primitivo, la de una teoría preventivo especial con el Estado liberal positivista intervencionista y la atribución a la pena de una función de reinserción social y/o de reafirmación y/o de interiorización de los valores del derecho con el Estado de Bienestar, postulamos la incompatibilidad de estas concepciones de la pena con el Estado social y democrático de derecho.

En aquella oportunidad dijimos que «cuando hablamos de Estado democrático nos estamos refiriendo a todo aquel que no aparece exclusivamente reducido a su aspecto coactivo puro, sino que por ello mismo aparece como un sistema abierto y en constante proceso de apertura. No a una democracia total y perfecta, aún utópica (16).»

El Estado democrático de derecho constitucionalmente definido es el espacio político donde actúa el penalista. Un penalista que no debe perder de vista «que el derecho penal es un instrumento de aplicación inmediata y directa sobre los hombres y, por tanto, que sus planteamientos no tienen el simple carácter de una disquisición teorizante o metafísica, sino una significación eminentemente práctica». El jurista en general y el penalista en particular, por tanto, no es ni puede ser neutral en un Estado constitucional de derecho, es un jurista democrático, es decir un hombre que está sometiendo su pensamiento a una constante revisión crítica y que está abierto a «los aportes de otras disciplinas a fin de profundizar el desarrollo demo-

---

(15) Este artículo titulado «Pena y Estado» (*Papers: Revista de Sociología*, núm. 13, Barcelona) se publicó por primera vez en 1980 y fue el primer trabajo que publicamos conjuntamente, y dio comienzo a una colaboración que se prolongaría hasta su muerte. Posteriormente fue reproducido en un libro recopilatorio de artículos de Juan Bustos Ramírez llamado *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Ed. Temis, 1982, Bogotá, pp. 115-135; en un libro también recopilatorio *Control Social y Sistema Penal*, Ed. PPU, 1987, Barcelona, pp. 53-88 y en *Obras Completas*, t. II, *Iustitia*, Lima, pp. 55-85.

(16) «Pena y Estado», en *Obras Completas*, p. 74.

crático del Estado e impedir entonces que la función de control y represión del aparato del Estado elimine la participación de los ciudadanos en su accionar, la que es básica para la progresiva democratización del Estado» (17).

La pena en una sociedad determinada es una autoconstatación del Estado. Con ella el Estado constata su existencia dentro de dicha sociedad. Tiene, en consecuencia, un carácter simbólico por encima de consideraciones sobre su presunta eficacia o utilidad. En un Estado democrático la pena será autoconstatación de ese Estado democrático, es una reafirmación de su existencia y surge cuando se afectan determinadas relaciones sociales concretas que normativamente el Estado ha decidido políticamente protegerlas. Es decir, cuando determinadas interacciones sociales han afectado algún bien jurídico que el Estado ha decidido proteger. Interacciones que el propio Estado ha desvalorado precisamente porque al significar un riesgo para un bien jurídico, son recogidas por los tipos penales. El injusto penal, por tanto, surge en función de la protección de un bien jurídico, que son sus bienes jurídicos. No se trata de una función neutral, «el Estado fija mediante la pena determinadas relaciones sociales, mantiene la estratificación social, como forma de autoconstatarse y mantenerse. Por eso, la principal tarea dentro de un Estado democrático, y su diferencia con otras formas de Estado, reside en la constante revisión hasta sus bases mismas de esta función» (18).

El establecimiento del fin de la pena no puede surgir de la respuesta a la pregunta qué es la pena. De esta pregunta sólo surge la función de la pena que, como hemos visto, es la protección de bienes jurídicos, sin perjuicio que sea cuestionable qué bienes jurídicos concretos son merecedores de protección penal. La pregunta del fin de la pena sólo puede plantearse en relación al nivel de la imposición de la pena y éste es el hombre, que es un fin en sí mismo, y que en un Estado democrático constitucional de derecho es un ser crítico y liberado. «De lo que se trata, pues, es de lograr que la pena cumpla este fin, aunque como todo fin sea utópico y difícil de lograr, y que al mismo tiempo implique una cierta contradicción con el Estado mismo, en cuanto lo obliga constantemente a abrirse, en el sentido de poner a revisión su propia autoconstatación a través de su función de protección. Pero esa es la contradicción inherente a todo Estado democrático verdadero» (19).

---

(17) «Introducción», en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Ed. Temis, 1982, Bogotá, p. 2.

(18) «Pena y Estado», en *Obras Completas*, p. 86.

(19) *Ibíd.*

## 5. LAS NORMAS PENALES EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE DERECHO (20)

### 5.1 La naturaleza de las prohibiciones y mandatos: ¿imperativos?

La línea de investigación desarrollada por Juan Bustos Ramírez, crítica con el modelo vigente pero en la dirección de construir un sistema penal respetuoso con las exigencias del Estado democrático constitucional de derecho, necesariamente lo tenían que llevar a revisar la teoría de la norma. Criticaba que el contenido de la norma penal quedara reducido a un problema de obediencia y desobediencia y en último extremo de permisos a la persona. Las normas desde este punto de vista se presentan ante la sociedad como *imperativos* cuya inobservancia acarrea una reacción social a cargo del Estado. Esta teoría, que tiene sus raíces en las tesis de la ciencia política del II Imperio de Bismarck, de la personalidad moral del Estado (21), se acomoda a la tarea que en Alemania había asumido el Estado prusiano de unificar e industrializar el país. Sin duda, esta teoría de los imperativos es perfectamente coherente con esa forma de Estado y de su relación con las personas, pero no con la concepción del hombre y de las recíprocas relaciones con el Estado en el Estado democrático constitucional de Derecho.

No obstante, Juan Bustos, por esa misma época, en una conferencia que dio en México (22), refiriéndose a la compatibilidad del imperativismo con los postulados del Estado democrático constitucional de derecho, señaló que «la norma no surge en virtud de un *fiat* metafísico y tampoco como en el Estado Absoluto, por la sola voluntad del soberano, sino que la norma aparece en un Estado de derecho en razón de un proceso complejo legitimante, que según sean las posiciones doctrinarias puede tener por base el consenso de los ciudadanos, el enfrentamiento de grupos de poder (para la teoría del conflicto) o bien la confirmación de la ideología dominante o hegemónica en el poder político». Más adelante, en esa misma ocasión afirmaría que «cualquiera que sea la posición que se adopte sobre la génesis o legitimación de la norma, ella necesariamente tiene que contar con el hecho, que frente al consenso ha quedado un disenso con sus propias valoraciones (y sus propias nor-

(20) BUSTOS J. y HORMAZÁBAL H. (2004), *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, pp. 41 ss., y lo desarrollamos conjuntamente en esta obra y posteriormente en *Lecciones de Derecho Penal* (2006), publicado también en Trotta.

(21) JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*.

(22) En el INACIPE el 28 de septiembre de 1981. Está publicada en las *Obras Completas*, t. II, con el nombre «Del estado actual de la teoría del injusto», pp. 121-135.

mas), que frente al grupo de poder triunfante ha quedado el vencido también con sus valoraciones (y sus normas) y que frente a la ideología dominante o hegemónica confirmada, hay ideologías que no han llegado a ese nivel, pero que son existentes. Luego un ordenamiento jurídico de un Estado de derecho necesariamente tiene que contar y asumir esa realidad, lo que será de importancia a la hora de señalar el contenido y alcance de lo injusto, sus límites (23)».

A partir de estas constataciones discutimos y propusimos una teoría alternativa que superara la teoría de los imperativos. En un primer paso partiendo de la base de que la estructura de la norma no se agota con la simple apreciación de la presencia en ella de un mandato, de una omisión o de la prohibición de una acción, afirmamos que en la estructura de una norma penal hay un proceso interactivo o comunicativo de una persona con otra, de carácter conflictivo, que está políticamente desvalorado por el Estado democrático constitucional de derecho cuyas relaciones con el Estado no son simplemente de obediencia o desobediencia, como se propone en las tesis imperativistas. No puede perderse de vista que en el marco de relaciones de las personas con el Estado democrático constitucional de derecho y recíprocamente de este Estado con las personas, éstas no sólo son titulares de los derechos fundamentales a la libertad, dignidad, igualdad y justicia, sino, por encima de los Estados, también de los derechos humanos. El carácter universal, indiscriminado y exigible de los derechos humanos coloca a las personas en un plano de igualdad con los Estados. Por lo tanto, la visión de la norma como un imperativo y su reducción a una cuestión de obediencia y desobediencia no es compatible con la concepción de la persona en un Estado democrático constitucional de derecho.

Por otra parte, una visión imperativista de las normas pierde de vista que las relaciones entre personas pueden tener diversas significaciones y que no pueden ser entendidas simplemente como una mera transgresión a la norma. La vida social es mucho más rica, es un proceso de conflictos de menor o mayor intensidad. Las prohibiciones y mandatos penales están referidos a los procesos sociales de mayor intensidad, a las que afectan a aquellas relaciones sociales que el Estado quiere preservar con el derecho penal, es decir a los bienes jurídicos.

Desde esta perspectiva, y considerando la posición de la persona en el Estado democrático constitucional de derecho, las normas penales no pueden ser entendidas como imperativos ni tampoco las personas, titulares de derechos supraestatales, como sujetos a los que no les cabe otra cosa frente a ellas que obedecer o desobedecer, sino como *instrucciones* a las personas en el sentido de que frente al conflicto

---

(23) *Ibíd.*

tienen una amplia gama de formas de solucionarlos e incluso ignorarlo, pero al mismo tiempo le *advierte* o *previene* que hay una forma específica, la que señala la norma, que si recurre a ella será sancionado. En una norma no hay simplemente un comportamiento, sino una interacción de varios, de un sujeto activo, un sujeto pasivo y el Estado que reacciona frente a la interacción de los primeros. En esta interacción el Estado ocupa un segundo plano, y pasa al primero sólo en caso de transgresión de la norma y activa todo el sistema penal.

## 5.2 La naturaleza de las causas de justificación: ¿Normas permisivas?

El ordenamiento jurídico, aparte de las normas de instrucción expresadas en forma de prohibiciones (tipos de acción) y de mandatos (tipos de omisión), contempla otros tipos de normas. Históricamente su existencia fue desconocida tanto por el monismo imperativista, que sólo reconocía normas de prohibición y mandato, como por el monismo de Kelsen, que sólo reconocía normas de sanción. Los procesos interactivos que configuran la vida social no pueden ser aprehendidos por una tesis normativa que sólo contemple prohibiciones y mandatos. Este modelo no puede integrar los derechos subjetivos de las personas y en especial los derechos fundamentales. El modelo normativo que fundamenta el derecho penal tiene que integrar, junto con las prohibiciones y mandatos, otro tipo de normas que, por otra parte, son manifiestas dentro del sistema penal como queda claro con la simple constatación de la existencia de determinados preceptos que bajo ciertas y determinadas circunstancias eximen de pena al infractor de una norma permisiva o de mandato. Normas que, por ejemplo, en las condiciones expresadas en el correspondiente precepto, eximen de pena al que se defiende, por ejemplo, frente al ataque ilegítimo de una persona (legítima defensa) o de un animal (estado de necesidad justificante) y lesiona un bien jurídico ajeno.

También en estas normas y mucho más claramente que en las prohibiciones y mandatos, se contienen procesos interactivos de conflicto en que el Estado reconoce, bajo ciertas condiciones, prioridades a la persona que se encuentra en determinada situación. Hay pues, junto a las normas de instrucción, por lo menos otro tipo de normas que eximen de pena a la persona que soluciona un conflicto afectando a un bien jurídico protegido por una norma prohibitiva o de mandato.

En el derecho penal, del mismo modo que en la teoría general del derecho, también se ha discutido sobre la existencia o no de *normas permisivas*. Para una posición extrema el ordenamiento jurídico estaría compuesto sólo por imperativos. Las normas permisivas serían irrelevantes y,

por tanto, superfluas, pues si algún comportamiento no está prohibido ni mandado, quiere decir que está permitido. Esta postura radical, que ha tenido numerosas contestaciones, no ha tenido acogida en el derecho penal. La ha tenido, en cambio, una posición no tan extrema que si bien reconoce la existencia de normas permisivas, éstas están subordinadas a los imperativos de modo que la ausencia de un permiso constituye una condición de existencia de la prohibición o del mandato. Esta tesis se recoge en la llamada *teoría de los elementos negativos del tipo*. Conforme a esta teoría un comportamiento deja de ser típico si tiene lugar bajo las condiciones que expresa la norma permisiva y pasa a ser, por tanto, un comportamiento indiferente al derecho penal.

Desde un punto de vista sistemático la teoría de los elementos negativos del tipo es muy atractiva, pues permite solucionar con coherencia problemas como el error sobre un presupuesto, sobre una causa de justificación, que es un error sobre un hecho en definitiva, como error de tipo. Sin embargo, la búsqueda de la coherencia sistemática, no puede hacernos perder de vista que cuando un tipo penal recoge un comportamiento el derecho penal está emitiendo un juicio de desvalor social extremo de ese comportamiento. Resulta difícil pensar que el desvalor de la muerte de una persona vaya a desaparecer de forma absoluta por la concurrencia de las condiciones de la legítima defensa. La norma penal que recoge una prohibición o un mandato constituye una *instrucción* para las personas en el sentido de evitar comportamientos que provoquen riesgos para los bienes jurídicos o de actuar para neutralizar esos riesgos.

De ahí que resulte indiscutible que el ordenamiento jurídico no sólo está constituido por normas que son continente de obligaciones, hay también otras normas independientes de las prohibiciones y mandatos, como ponen de manifiesto las causas de justificación. Sin embargo, en relación a la naturaleza de las normas cuya existencia presuponen las causas de justificación, surge la legítima duda de si éstas son normas permisivas, pues si así fuera habría que concluir que autorizan la lesión de un bien jurídico. Esto significaría que con la legítima defensa el ordenamiento jurídico-penal está dando un permiso para matar a una persona condicionado naturalmente a la concurrencia de los presupuestos de dicha causa de justificación. La sorprendente conclusión sería que matar a una persona y, por tanto, la lesión de un bien jurídico básico, la vida humana, que es condición de existencia de nuestra sociedad, en esas circunstancias estaría permitida por el derecho penal.

Desde un punto de vista formal y sistemático esta conclusión es impecable pero analizada desde la perspectiva más amplia es incom-



patible con la visión del hombre en los postulados de un Estado democrático constitucional de derecho, como un ser libre dotado de dignidad y de capacidad de autodeterminación. La muerte es la negación absoluta de esa persona. Es necesaria una reflexión más profunda y una revisión específica del problema de la naturaleza de las normas que fundamentan una causa de justificación en el derecho penal, las que la doctrina penal califica como normas de permiso.

Los tipos penales recogen comportamientos de los cuales se derivan normas penales. La inclusión de un comportamiento dentro de un tipo penal desde un punto de vista político-criminal implica una definición desvalorativa extrema de ese comportamiento, formalmente hecha por medio de una ley pasa a ser desde ese momento entendido socialmente como delito. La definición del comportamiento como delito se hace a partir de una selección entre otros comportamientos ilícitos, es, por tanto, selectiva entre comportamientos que previamente han sido valorados como contrarios a derecho. El delito, en consecuencia, dentro de las ilicitudes constituye una especie de ilicitud que la ley precisa con los diferentes elementos estructurales, objetivos y subjetivos con los que se estructura el correspondiente tipo penal. La ilicitud del comportamiento definido como delito es, por tanto, previa, no proviene del hecho que sea punible. Su condición de punible es posterior, sólo la ha adquirido con el precepto legal. Los elementos objetivos y subjetivos delimitadores de un comportamiento originariamente ilícito expresan el plus de ilicitud que en coherencia con el principio de *extrema ratio* hace que esa concreta forma de provocar un riesgo al bien jurídico pase a ser, con la correspondiente definición legal, un delito. De este precepto penal se deriva la norma que *instruirá* a las personas sobre un comportamiento al que no podrán recurrir para solucionar sus conflictos. Ese *plus de ilicitud* es consustancial a todo tipo penal y es el que legitima que en muchas ocasiones, por ejemplo, el ilícito administrativo pase a ser ilícito penal o el que fija el límite entre una falta y un delito.

Ahora bien, en las causas de justificación, por ejemplo en la legítima defensa y el estado de necesidad, el proceso interactivo que encierra todo tipo penal ha llegado a una situación extrema no abarcada por el tipo en particular, pero sí por la correspondiente causa de justificación. Los hechos que exceden el tipo penal son abarcados por la causa de justificación. No son hechos frente a los cuales el derecho permanezca indiferente. La causa de justificación viene a dar una respuesta jurídica a un conflicto social extremo reconociendo un derecho de defensa –por ejemplo, en la legítima defensa frente a una agresión ilegítima–, a la persona que se encuentra en una situación de riesgo. Este derecho a la defensa, como todo dere-

cho, sin embargo, se encuentra sujeto a los límites que la propia norma establece. De ahí que en el análisis jurídico del hecho, el establecimiento de la antijuridicidad del comportamiento constituya una segunda valoración del hecho. La primera ha sido la de la tipicidad con los parámetros que establece de forma genérica el tipo penal. La segunda valoración será la de la antijuridicidad con los parámetros más amplios del ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad constituye, en esencia, un momento valorativo casi absoluto en la teoría del delito. Justamente por su casi exclusiva esencia objetivo-valorativa, la antijuridicidad admite graduaciones. Un comportamiento puede ser más o menos antijurídico, como sucede con las circunstancias atenuantes de eximente incompleta del art. 21.1 del Código Penal español en relación con cualquier causa de justificación del art. 20 del mismo CP. Si no concurren todas las condiciones para la legítima defensa, por ejemplo, y concurre la esencial de agresión ilegítima, atenúa la pena. El comportamiento de defensa será punible pero, en todo caso, con una pena menor a la señalada en el precepto legal. Entre la antijuridicidad del comportamiento sin la concurrencia de causa de justificación que acarrea la pena del precepto y el comportamiento con la concurrencia de una causa de justificación que exime absolutamente de la pena, existen grados intermedios entre ambos extremos como lo demuestra la atenuante de eximente incompleta.

Las que continuaremos llamando de modo provisional normas permisivas no dan exactamente un permiso. Ellas obligan a valorar objetivamente situaciones, calidades o circunstancias que hacen referencia al carácter valioso o desvalioso de una situación. Su contenido es complejo. No dan un permiso, sino lo que hacen es reconocer un derecho a la defensa a una persona en una determinada situación de riesgo y obligan al intérprete a una valoración a fin de establecer el *merecimiento* del ejercicio de ese derecho en esa situación concreta. El problema no es, en consecuencia, el de una distinción de licitud o ilicitud, sino de *reconocimiento de una situación de crisis y de valoración del merecimiento del derecho a solucionarla afectando a un bien jurídico*. Un comportamiento amparado por una causa de justificación no necesariamente lo transforma de ilícito a lícito con efectos en todo el ordenamiento jurídico. La causa de justificación puede tener efectos en el ámbito penal y, por tanto, neutralizar el plus de antijuridicidad que conlleva todo comportamiento criminalizado pero dejar espacios de ilicitud en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Esto explica que en la causa de justificación «estado de necesidad» subsista un derecho del perjudicado por la acción de salvamento a reclamar

una indemnización. En estos casos se habrá excluido la ilicitud penal, esto es, el plus de antijuridicidad, pero no la ilicitud civil.

De este modo, la concurrencia de una causa de justificación en el derecho penal no acarrea la absoluta conformidad con el derecho del comportamiento típico, sino la obligación de valorar si el nivel de antijuridicidad es el máximo o si este nivel ha quedado neutralizado como efecto de esta valoración. Así, puede ocurrir que un mismo comportamiento no llegue al nivel de ilicitud que exige el derecho penal, pero que, no obstante, llegue al exigido por el resto del ordenamiento jurídico.

La valoración de la situación crítica y, a su respecto, del merecimiento del ejercicio del derecho reconocido en la norma de la causa de justificación, oscila, como todo lo valorativo, entre máximos y mínimos. El merecimiento máximo llevaría a la exclusión absoluta de la antijuridicidad. El merecimiento no máximo puede llevar a la exclusión sólo del plus de antijuridicidad y dejar subsistentes otras responsabilidades con sede en otras partes del ordenamiento jurídico o a una responsabilidad penal atenuada. Así se explica que, por ejemplo, si ha habido provocación de la agresión ilegítima, se estime que en esa situación de crisis el provocador no sea merecedor del derecho de defensa pero sí de una responsabilidad penal atenuada.

En suma, el problema del fundamento de las causas de justificación no es de si en una situación de crisis hay un permiso para un comportamiento típico, sino de si hay una norma que reconoce esa situación de crisis concreta y establece que en esa situación el afectado es merecedor de un derecho, por ejemplo, de defensa frente a una agresión ilegítima o de lesionar un bien jurídico de menor valor en el estado de necesidad. Las causas de justificación no son normas permisivas que excluyan la antijuridicidad sino *normas de merecimiento* de un derecho en una determinada situación de crisis (24). Esto explica que, por ejemplo, en el estado de necesidad se excluya la responsabilidad penal pero quede subsistente la civil fundada en el principio de *enriquecimiento sin causa*.

Esta constatación lleva a plantearse el problema de si existe una antijuridicidad exclusivamente penal y que, por tanto, una causa de justificación excluye única y exclusivamente la responsabilidad penal, lo que significa que aun cuando se excluya con la causa de justifica-

---

(24) Estrictamente son normas que reconocen un derecho subjetivo. Hemos preferido no llamarlas normas de reconocimiento y merecimiento como proponíamos originalmente, teniendo en cuenta que en la teoría general de las normas se reserva el nombre de normas de reconocimiento a la norma que reconoce la superior jerarquía de la Constitución.

ción la responsabilidad penal, el comportamiento continuaría siendo antijurídico en otras ramas del derecho, el civil o el administrativo, por ejemplo. Una afirmación de esta naturaleza entra en conflicto con el principio de la unidad del ordenamiento jurídico y también con el principio político-criminal limitador del *jus puniendi*, del carácter de *extrema ratio* del derecho penal, pues si este principio exige que la intervención penal sólo queda sustancialmente legitimada si se han agotado todos los recursos para la solución del conflicto, la consecuencia lógica sólo puede ser que si un comportamiento es definido como delito, no sólo es penalmente antijurídico sino que también lo es para todas las demás ramas del derecho.

El problema no es de si el comportamiento es o no antijurídico y de si la causa de justificación convierte un comportamiento inicialmente antijurídico en un comportamiento conforme a derecho, problema al que inevitablemente nos lleva la tesis de que las normas de las causas de justificación son normas permisivas. Tal como señalamos anteriormente las normas de las causas de justificación son normas que obligan al Juez a considerar el merecimiento de la exención de responsabilidad que podrá ser plena o parcial. En la obra citada se señala textualmente: «Por eso entendemos que el problema está mal planteado. No se trata de cuestionar la unidad del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de si la antijuridicidad es una categoría general del derecho, sino de plantearse el problema de la naturaleza esencial de la categoría antijuridicidad y de la naturaleza y alcance de las causas de justificación en el derecho penal, cuestiones que creemos haber dejado aclaradas en párrafos anteriores cuando señalamos que éstas no son estrictamente normas permisivas como se entienden en la Teoría General del Derecho, sino normas complejas de reconocimiento y merecimiento que junto con reconocer un derecho subjetivo obligan a valorar una situación y a considerar para la situación concreta el merecimiento de dicho derecho. De ahí que pueda ocurrir, como ocurre, que pueda quedar eliminado el ilícito penal pero que queden subsistentes otros ilícitos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico que habrá que considerar caso a caso y que pueden extenderse a cualquier causa de justificación. De ahí que pueda ocurrir, como ocurre, que pueda quedar neutralizada la intervención penal, pero el comportamiento continúe siendo antijurídico. No está en discusión, en consecuencia, la que para nosotros es indiscutible unidad del ordenamiento jurídico, sino simplemente la naturaleza y alcance de las llamadas causas de justificación penal. A nuestro entender no constituyen permisos sino normas que reconocen un conflicto y perfilan sus circuns-

tancias obligando a una valoración sobre la necesidad de la intervención penal, pero la antijuridicidad del comportamiento permanece. Esta circunstancia es la que da fundamento a la persecución en algunos casos, clara y expresamente en el estado de necesidad, de la responsabilidad civil (25)».

Más adelante: «Hay en este planteamiento una marcada diferencia con la llamada teoría de los elementos negativos del tipo, que incluye a las normas permisivas o de reconocimiento como simples elementos negativos delimitadores del tipo legal y, por tanto, también de las prohibiciones y mandatos cuya existencia depende de la ausencia de un permiso. Esta teoría, al fundarse en una concepción imperativista de las normas y, por tanto, en una perspectiva puramente estatal, prescinde absolutamente de las personas cuyos derechos, de esta forma, se ven jibarizados. Ello no ocurre si se entiende, como aquí se hace, que en las causas de justificación se reconoce –no se trata de un permiso– un derecho a las personas en situaciones de conflicto extremo para lesionar un bien jurídico ajeno. Pero, si bien se reconoce ese derecho, éste no tiene carácter absoluto. En cada caso el Juez, sobre la base de las pautas que le da la propia ley que deberá siempre observar, deberá valorar el merecimiento de la exención de responsabilidad, que podrá ser plena o parcial. Así, por ejemplo, en los casos de exceso intensivo estricto en la legítima defensa, o sea, de uso consciente de un medio no racional o en los casos en que ha mediado una provocación previa por parte del defensor, *actio illicita in causa*, el merecimiento no puede ser pleno, pero teniendo en cuenta que el fundamento del derecho de defensa, la agresión ilegítima con el consiguiente riesgo para el bien jurídico, persiste, se considerará parcialmente el merecimiento y consecuentemente una respuesta penal atenuada» (26).

## 6. LA TEORÍA DEL INJUSTO O DEL DELITO

Juan Bustos Ramírez publicó en el año 1984 la Parte General de su *Manual de Derecho Penal Español* (27). En esta obra presentó por

---

(25) Ob. cit., nota 17, p. 50.

(26) *Ibidem*.

(27) Ariel, Barcelona. De esta obra se hicieron cuatro ediciones. La última con el nombre de *Manual de Derecho Penal. Parte General*, fue editada por PPU en el año 1994. Con motivo del Código Penal de 1995, habiéndose ya trasladado a Chile, el *Manual* modificado pero conservándose lo sustancial, se publicó en dos volúmenes con mi colaboración con el nombre de *Lecciones de Derecho Penal* por la Editorial Trotta de Madrid. El primer volumen se editó en el año 1997 y el segundo en el año 1999. En el año 2006 las *Lecciones* se publicaron en un solo volumen, también con mi colaboración.

primera vez de forma sistemática su pensamiento penal. En este Manual se puede apreciar una primera parte que tituló «Bases y evolución del derecho penal» donde desarrolló principalmente cuestiones político-criminales; una segunda parte que tituló «El delito» esencialmente dogmática; (28) una tercera parte dedicada a «El sujeto responsable» donde reformula el concepto de culpabilidad (29); y una cuarta y quinta partes dedicadas a «Las circunstancias que modifican la responsabilidad» y a «La pena», respectivamente.

Juan Bustos reformularía la propuesta clásica de una teoría del delito con los elementos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. A su juicio, debía separarse el problema del delito o injusto constituido por la tipicidad y la antijuridicidad que serían entre otros elementos por todo lo subjetivo referido a la acción del sujeto, del elemento culpabilidad referido al sujeto mismo y que prefiere denominar teoría del sujeto responsable.

## 6.1 El bien jurídico, piedra angular del sistema

Juan Bustos hace notar que en la construcción originaria de la teoría del delito de claras raíces positivo-naturalistas, se colocó en la base del sistema a la acción, con lo cual dejó aparentemente la determinación del injusto al concepto de acción cuando en realidad estaba entregada a la causalidad. La acción asimilada a un hecho de la naturaleza que producía cambios en el mundo social sería típica si podía demostrarse una relación causa-efecto entre dicha acción y un resultado. En su conferencia en México de septiembre de 1981 (30) dijo a propósito del contenido esencial de la tipicidad que «si nos preguntamos cuál ha sido el contenido esencial de la tipicidad desde Beling en adelante, nos encontraremos con sólo aparentemente es la conducta, o bien la acción, y que en realidad es la causalidad, esto es, que el tipo describe un determinado antecedente y consecuente y una determinada relación entre ambos. En

---

(28) Para Juan Bustos no había una separación tajante entre dogmática y política criminal. Entendía que la función de la política criminal era «conectar la dogmática con la realidad social, establecer fines social-políticos para la elaboración y contenido de ella»: BUSTOS, Juan (1980) «Significación social y tipicidad», *Obras Completas*, t. II, pp. 197 y ss.; también en *Doctrina Penal II*, Depalma, Buenos Aires.

(29) Juan Bustos reformularía la propuesta clásica de una teoría del delito con los elementos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. A su juicio, debía separarse el problema del delito o injusto constituido por la tipicidad y la antijuridicidad que serían entre otros elementos por todo lo subjetivo referido a la acción del sujeto, del elemento culpabilidad referido al sujeto mismo y que prefiere denominar teoría del sujeto responsable.

(30) Ver nota 22.

otras palabras, la dogmática penal, desde el llamado sistema Liszt-Beling construye la tipicidad, es decir, la adecuación de un hecho real con un tipo legal, sobre la base de la causalidad.»

A pesar del origen causalista naturalista del dogma de la causalidad este se ha mantenido en la historia de la teoría del delito incluso con la reformulación del concepto de acción, primero, con las corrientes neokantianas, y posteriormente, con el finalismo, a pesar de la fuerte crítica de esta última corriente al positivismo y a la filosofía de los valores y de su voluntad declarada de superarlos. En efecto, Welzel sostenía que la teoría de los valores que los neokantianos habían llevado a la dogmática penal era simplemente un complemento del positivismo (31). Sin embargo, incluso para Welzel y su teoría final de la acción, la causalidad sigue en la base de su teoría del delito. Y esto siempre será así, continuaría Juan Bustos, mientras se siga poniendo en la base de la teoría del delito, como ha sido históricamente, a la acción. La acción al constituirse en piedra angular del sistema de la teoría del delito, será el concepto que dará contenido a la tipicidad y a la antijuridicidad, esto es, al injusto. Así señala, el concepto de acción neokantiano explicaría la presencia de elementos valorativos, y el concepto final de acción, la presencia de elementos subjetivos en el tipo (32).

De ahí que, a su juicio, en un derecho penal para un estado constitucional de derecho, debe ser el bien jurídico el que debe constituirse en piedra angular del sistema y que, en consecuencia, debe dar contenido material al injusto, pero, eso sí, previa formulación de un concepto material, no formal, de bien jurídico.

La teoría del bien jurídico de Juan Bustos, sin perjuicio de su posterior complementación y ampliación en obras posteriores (33), aparece, y cito en orden cronológico, en (1974) «Consideraciones en torno del injusto»; (1978) «Política criminal e injusto»; (1980) «Significación social y tipicidad», y (1981) «Del estado actual de la teoría del injusto» (34).

## 6.2 Un concepto material de bien jurídico

La búsqueda de un concepto material de bien jurídico, entendiendo por tal el que fuera capaz de expresar lo realmente protegido por el

---

(31) WELZEL, H.: (1935) *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, pp. 64 ss.

(32) Véase *Lecciones*, ob. cit., nota 27, pp. 146 ss. Este capítulo sobre las variaciones de contenido en la teoría del delito aparece ya en la primera edición en 1984.

(33) Principalmente en el *Manual* y las *Lecciones*, citados en la nota 29.

(34) Todos estos trabajos se pueden encontrar en *Obras Completas*, t. II. Las fechas indicadas en el texto son las de su primera publicación.

derecho penal por encima de ideologías que enmascararan la realidad de lo efectivamente protegido, lo llevaría a examinar críticamente las propuestas históricas de la doctrina penal. Esta visión crítica la centró principalmente en von Liszt, Mezger y Welzel, con ocasión de sus investigaciones sobre el contenido material del injusto que conforme a su tesis debía estar, en un Estado democrático constitucional de derecho, en el bien jurídico. En esta línea sostuvo en 1974, en «Consideraciones en torno del injusto», que lo planteado anteriormente lo obligaba a analizar un poco más el concepto de bien jurídico. Von Liszt expresaba que: «bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico». Mezger señaló que: «precisamente el estado en que se halla el interés medio que toma en cuenta el derecho lo denominamos bien jurídico», y un poco antes: «interés es la participación de la voluntad individual o social en el mantenimiento de un determinado estado. La lesión o puesta en peligro de dicho estado lesiona o pone en peligro mediatamente el interés en que dicho estado se mantenga». Y Welzel ha planteado que bien jurídico «es todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones» (35) y criticaba «conforme a esto podemos decir que el derecho penal y los códigos lo único que hacen es recoger los bienes jurídicos que va determinando el desarrollo social» o en otros términos, que eran definiciones meramente formales que no expresaban lo que era realmente un bien jurídico.

No obstante, veía en estas definiciones un punto en común y este era que todas eran definiciones que trascendían al derecho penal, que surgen más allá del derecho, y que la tarea es sólo reconocerlos. Frente a estas definiciones trascendentes distinguía las que eran inmanentes: «el criterio de la inmanencia de los bienes jurídicos, que fue sustentado por Binding, plantea que ellos son inmanentes a la norma, esto es, que cada norma tiene y determina totalmente su bien jurídico. En el fondo el bien jurídico queda reducido a un simple problema interpretativo, al criterio teleológico de lo que quiso el legislador» (36). En este punto, Juan Bustos destaca que Binding, lo mismo que Rocco, atribuye además exclusivamente la titularidad de los bienes jurídicos al Estado y que v. Liszt se la atribuye al individuo considerado socialmente en la medida que sostiene que los intereses con que él identifica

(35) La cita de v. LISZT proviene del Tratado de derecho penal, t. II, p. 2; la de Mezger del Tratado, t. I, p. 389, y la de WELZEL de *Derecho penal alemán*, 11.ª ed., p. 15.

(36) En *Del estado actual de la teoría del injusto*.



a los bienes jurídicos los crea la vida (37). Y continúa «si consideramos conjuntamente tanto la posición inmanente como la postura de la titularidad de los bienes jurídicos por el Estado, que están íntimamente relacionadas, nos daremos cuenta que se entra en un círculo vicioso o bien necesariamente a negar el bien jurídico (o que es lo mismo a convertirlo en algo vacío, carente de contenido propio). Así si el bien jurídico sólo se puede explicar desde la norma, quiere decir que hay que buscar en la norma su contenido, pero hemos visto que esta no se puede explicar por sí misma, que hace referencia a algo, lo que nos lleva de nuevo al bien jurídico y este nos regresa a la norma y así hasta nunca terminar; o bien, si la norma es la que nos señala el contenido del bien jurídico y basta con la norma, el problema de fondo no sería la lesión de un bien jurídico, sino la desobediencia a la norma como planteaba Binding, lo que está muy cerca del planteamiento de deslealtad».

Descartado el criterio de inmanencia, señala que para un concepto material de bien jurídico habrá de enmarcarse dentro de un criterio trascendental al sistema penal, no de carácter jusnaturalista, sino que precisado por la política criminal, en cuanto el ordenamiento jurídico sólo puede referirse a una sociedad existente y real como precisaba v. Liszt cuando señalaba que «el bien jurídico surge así, como un concepto límite, determinado por el ordenamiento jurídico, y por tanto, dentro de él, en cuanto lo ha fijado, pero con un contenido proyectado hacia el cuerpo social, que el derecho tiene que asumir» (38).

Por tanto sería el criterio de trascendencia el que debería llevar a una determinación material de bien jurídico. En la investigación que lo habría de llevar a proponer una definición material de bien jurídico, las palabras de v. Liszt, aclarando lo que debía entenderse por concepto límite, constituyeron su punto de partida. Decía el jurista alemán a comienzos del s. xx: «Quisiera a estas frases agregar unas aclaraciones más en detalle sobre lo que pienso con la denominación del bien jurídico como concepto límite. Entiendo por concepto límite un concepto que se traslada del campo de una ciencia al campo de otra; un concepto al cual se remite la primera, sin que ello pueda determinarlo o fundamentarlo, ya que no le pertenece más a ella, sino a otro campo del saber; pero un concepto que al mismo tiempo y justamente por eso establece la unión entre aquellas ambas ramas del saber, muestra sus profundas conexiones, garantiza su recíproca

---

(37) *Ibidem.*

(38) *Ibidem.*

fecundación (39)». Más adelante v. Liszt agrega: «Pero la designación del concepto “bien jurídico” como un concepto límite quiere denotar todavía más. Ella debe acentuar fuertemente la conexión interna de la ciencia jurídica con la política, la necesidad de constante fomento y fecundación recíproca; debe interponer reguardo contra un tratamiento puramente formalístico del derecho, esto es, exclusivamente lógico jurídico» (40).

El punto de partida lo dejaba claro v. Liszt. El concepto de bien jurídico colocado en el límite de la política criminal con el derecho penal (dogmática) debía ser capaz cumplir no sólo una función por una parte, político criminal de *lege ferenda*, por tanto crítica y una función dogmática de *lege lata*, sino también por la otra de servir de punto de unión entre injusto y política criminal. El concepto daría contenido material al injusto. Para ello el concepto debería superar el formalismo jurídico y expresar lo que realmente se protege en una norma penal. El concepto debía ponerse al servicio de la crítica desvelando lo que realmente se protege y al mismo tiempo valorar el merecimiento de protección, y también al darle un contenido sustancial al injusto, posibilitar en las interpretaciones jurídicas para el caso un amplio abanico de causas de exención de responsabilidad penal fundadas en la incolumidad del bien jurídico.

Desde estas premisas, Juan Bustos sometió a examen las diferentes propuestas de los juristas trascendentes al derecho penal del s. XIX y XX, desde que el concepto de bien jurídico fuera acuñado por Birnbaum con clara impronta jusnaturalista (41), hasta Amelung y Hassemmer (42) que mantuvieron una interesante polémica en las recíprocas recensiones que hicieron a sus respectivos libros (43).

Para Juan Bustos, sin perjuicio del valor de estas obras desde el punto de vista histórico y del aporte que hicieron a la discusión jurí-

---

(39) La cita la hace Juan BUSTOS en (1978) «Política criminal e injusto», en *Obras Completas* t. II, Ara Editores, Lima, pp. 155-174; y proviene de v. LISZT: «Der-Begriff des Rechtsgut im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft», en ZStW, 8, p. 139.

(40) *Ibidem*.

(41) BIRNBAUM, J.M.F. (1834) «Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», en *Archiv des Criminalrechts*.

(42) Fueron muchos los juristas que escribieron sobre el bien jurídico en aquella época que corresponde justamente a la segunda estadía de Juan Bustos en Alemania. Entre muchos autores Peter Sina, H.J. Rudolphi, Harro Otto, Michael Marx, y en España, entre otros, Miguel Polaino Navarrete y González Rus.

(43) KNUT AMELUNG publicó en 1972 su libro *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* y en 1973 WINFRIED HASSEMER su libro *Theorie und Soziologie des Verbrechen*. Las recíprocas recensiones aparecieron en la ZStW 87.

dico penal no sólo en Alemania sino también en España y Latinoamérica, las propuestas formuladas hasta ese momento, así como los resultados de la polémica fueron pobres, pero destacó, en todo caso, que los planteamientos de Hassemer «están más en la línea de v. Liszt que los de Amelung, y por ello mismo resultan más fructíferos, frente a un concepto que como decía v. Liszt es un concepto límite y, por tanto, nos lleva necesariamente a otro campo del saber diverso de la dogmática, al de la política criminal» (44).

En efecto, Amelung señala que los objetos jurídicos protegidos por la norma penal son las condiciones de vida en común que para Hassemer más que una definición es un principio general y, por tanto, inmune a la discusión sobre su contenido. A su vez, Amelung critica a Hassemer diciendo que sus esfuerzos teóricos sobre el bien jurídico «contienen dos pensamientos importantes, pero en lo demás permanecen demasiado abstractos, porque Hassemer se esfuerza poco por análisis y definiciones exactas. Sin embargo, se habla a tan gran distancia sobre un objeto que no se determina de más cerca, que entonces muchas afirmaciones sobre él se tornan inexactas o infundadas».

Juan Bustos tercia en la discusión con su propia teoría del bien jurídico, una teoría material del bien jurídico que situada en el límite de la política criminal con el derecho penal, sería válida para ambas disciplinas, para la crítica del derecho penal y para la interpretación de las normas penales en la resolución del caso, es decir, como se proponía Hassemer como meta, «una teoría concluyente sobre el bien jurídico, que fuera al mismo tiempo una teoría del delito y de las praxis penal» (45).

Según Juan Bustos «el problema está pues en que las raíces del bien jurídico no están en el campo del derecho, como decía v. Liszt, y frente a ello hay la alternativa de buscar sus presupuestos –categorías– en el campo de la metafísica o en el de la realidad social. El primer camino nos lleva por el campo de la abstracción, de la deducción, y en cierto modo más semejante al tradicional de la ciencia jurídica; el segundo, en cambio, al estudio del hombre en cuanto ente social y a su actuación dentro de una realidad social determinada, luego a la concreción, a la inducción, a la constante interacción del hombre y su medio, a la determinación de las estructuras sociales. A señalar entonces que lo que lo que le interesa proteger al derecho son las relaciones sociales determinadas, y, por tanto, las posiciones que en ellas tienen

---

(44) Ob. cit., nota 38.

(45) Ob. cit., nota 41, p. 102.

los individuos y su intermediación con objetos y entes con las interacciones consecuenciales que surgen entre ellos» (46).

Así con la determinación del bien jurídico como algo concreto y vinculado a una sociedad concreta Juan Bustos sostendría que un bien jurídico en cuanto que es objeto de protección del derecho es una relación social concreta determinada normativamente de carácter sintético y dinámico (47). En otras palabras, que cuando se dice que en el delito de homicidio el bien jurídico protegido es la vida humana, está diciendo que la vida está protegida por el derecho penal, por lo tanto normativamente, no en su dimensión biológica, moral o religiosa, sino respecto de las relaciones interpersonales dentro de una sociedad concreta y sus contradicciones. Esas relaciones sociales concretas mismas constituyen los bienes jurídicos, en ellos se plasman de manera concreta lo que se protege.

En una sociedad democrática la protección de bienes jurídicos por el derecho penal se constituye en un principio garantizador cognoscitivo pues permite determinar qué es lo que se está protegiendo. El examen de las relaciones sociales, las posiciones que ocupan en ellas los individuos, su intermediación con las cosas y otros entes, y la interacción que se produce entre ellos constituyen los presupuestos de un bien jurídico. Es en estos presupuestos de los bienes jurídicos donde hay que buscar la génesis, significación y también la legitimidad de los bienes jurídicos. Por ello, un derecho penal programado para la protección de bienes jurídicos está sujeto a una constante revisión. Sólo una sociedad democrática es la que permite someter a examen crítico a una norma penal y establecer, sometiendo a examen sus presupuestos, si la relación social concreta protegida es reflejo de la realidad social actual. A esto se refiere Juan Bustos cuando señala que el concepto de bien jurídico, entendido como síntesis normativa de una relación social concreta, es dinámico, pues en una sociedad democrática, la significación y legitimación de la protección penal de dicha relación está expuesta a una permanente crítica. Ello explica que un determinado momento histórico, se estime que una determinada relación social concreta es merecedora de protección y por tanto de constituirse en bien jurídico, y que en otros momentos históricos deje de serlo. Ello explica los procesos de reforma de la Parte Especial, como por ejemplo, que en una sociedad agrícola se privilegie la protección de la posesión de la tierra y de los animales y que en las sociedades postindustriales se ponga el

---

(46) *Ibíd.*

(47) Juan Bustos dice textualmente que el bien jurídico es «una síntesis normativa (fijada por el ordenamiento) de una relación social determinada y dinámica».

acento en la protección de la propiedad intelectual e industrial, castigando, por ejemplo, las copias ilegales de programas informáticos o la revelación de un secreto de empresa.

### 6.2.1 *Bienes jurídicos microsociales y macrosociales*

La dinámica penal ha hecho que a los bienes jurídicos tradicionales como la libertad, la vida, la salud y el patrimonio, asociados directamente al interés de la persona, se hayan ido incorporando bienes jurídicos de carácter colectivo de relativamente reciente incorporación, como el medio ambiente, la seguridad en el tráfico rodado, el proceso de ingreso y egresos del Estado que se han sumado a los ya históricos delitos contra el Estado. Frente a la clasificación de estos bienes en categorías como bienes jurídicos disponibles y no disponibles que a efectos de la eficacia eximente de responsabilidad penal que algunos sectores de la doctrina le dan al consentimiento.

En la década de 1980, incluso entre aquel sector de la doctrina que sostenía la tesis del bien jurídico como objeto de protección del derecho penal, se suscitó la discusión sobre la idoneidad del concepto, por su origen liberal individualista, para dar fundamento material a los delitos cuyo objeto de protección tenía un carácter supraindividual (48). En esa dirección fueron las intervenciones de Tullio Padovani (49) y de Winfried Hassemer (50), en unas Jornadas en el año 1984 en Urbino, de las que da cuenta el primer número de la revista *Dei delitti e delle pene* que fundara el añorado Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Saarbrücken Alessandro Baratta. Estos juristas temían que en tanto que por su origen individual el bien jurídico gira en torno a la persona, su contenido conceptual sería insuficiente para abarcar un «ámbito particular en que se percibe e individualiza un conflicto de intereses y la modalidad normativa establecida para resolverlo» que no sería precisamente un bien jurídico, sino «metáforas conceptuales».

Además, se temía que la tendencia que ya en esos años se observaba en el derecho penal de ampliar su intervención, llevara a una anticipación de la intervención penal y a la creación de delitos de peligro

---

(48) BUSTOS RAMÍREZ en dos ocasiones trató este tema. En «Los bienes jurídico colectivos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, y en (1986) *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel Derecho, Barcelona, pp.4 y ss.

(49) PADOVANI T. (1984) en *Dei delitti e delle pene* n. 1, «La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», pp. 114-131;

(50) HASSEMER W. (1984) en *Dei delitti e delle pene* n. 1 «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale», pp. 104-113.

abstracto (51). En último término, estas posturas reducirían la doctrina del bien jurídico a un ámbito de aplicación muy limitado, Juan Bustos una vez más plantea su punto de vista y lo hace también una vez más a partir de consideraciones de carácter político. Recuerda que la visión no intervencionista en los procesos sociales del Estado liberal originario se transforma con el Estado social y democrático de derecho. El Estado asume entre sus tareas la intervención en los procesos sociales para la solución de los conflictos y en el ámbito penal surge la necesidad de protección de un ámbito más amplio que el de los meros intereses individuales o del Estado, por lo general, vinculados a los procesos socio-económicos. De esta forma, si ya la consideración de la doctrina del bien jurídico presentaba dificultades tratándose de los bienes jurídicos colectivos históricos, como la fe pública o la seguridad del Estado, a estas deberían de sumarse ahora las que presentarían las nuevas formas de criminalidad definidas en el contexto de un Estado social y democrático de derecho. Aquí Juan Bustos plantea que en definitiva de lo que se trata ahora «no es tirar por la borda el concepto de bien jurídico, sino de ir a la precisión de estos nuevos bienes jurídicos. Más aún, se podría anunciar la tesis de que cuando, en ciertos casos realmente, al contrario de lo que dice Padovani, se está recurriendo a una “metáfora conceptual”, a un mero pretexto de bien jurídico, para ampliar arbitrariamente la intervención del Estado» (52). Con esta última frase Juan Bustos destaca el carácter político criminal deslegitimador que tiene el concepto de bien jurídico respecto de normas penales que no protejan bienes jurídicos, normas que no podrían tener validez sustancial en un Estado constitucional de derecho.

El concepto material de bien jurídico debía no sólo cumplir esta función político criminal de carácter negativo, sino también explicativa, no legitimadora, de lo que realmente se está protegiendo y de esta manera exponerlo a la revisión crítica. Así la visión del bien jurídico como una relación social concreta sitúa a los sujetos en relación en el proceso social. Los bienes jurídicos individuales, como por ejemplo la vida, la salud o la libertad, más allá de un derecho subjetivo, representan para el derecho penal una relación social concreta y es en cuanto a tal que son protegidos por el derecho penal. La diferencia de la vida como derecho subjetivo y como bien jurídico aparece de este modo muy clara. El bien jurídico representa una

---

(51) Este tema fue objeto de discusión en el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal en 1984 en El Cairo. Esta discusión dio lugar a la Recomendación 9 sobre «El concepto y los principios fundamentales del derecho penal económico y de la empresa».

(52) Ob. cit., nota 48.

valoración masiva y universal. De este proceso valorativo se desprende una diferenciación entre los bienes jurídicos que son esenciales para el sistema social global, es decir, aquellos sin los cuales no podría existir o sería otro diferente, como las relaciones sociales vida, propiedad y libertad, y los bienes jurídicos colectivos. Estos últimos están referidos al funcionamiento del sistema social y su afectación implica a la colectividad, a una masa de individuos. Estos bienes jurídicos aparecen vinculados a la evolución del Estado democrático de derecho a Estado social y democrático de derecho y sus funciones interventoras en los procesos sociales, no para reprimir o sólo para reprimir, sino también para atender a las necesidades de cada una de las personas, «de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», como dice el art. 9.2 de la Constitución Española. El bien jurídico aparece en este contexto y respecto de esos bienes jurídicos colectivos materialmente como una relación social amplia y múltiple de los sujetos entre sí. La consideración de estos bienes jurídicos es macrosocial en oposición a los bienes jurídicos microsociales. Se trata con ellos de atender a las condiciones para que a su vez la protección de la vida, la salud, la libertad y de los bienes jurídicos microsociales en general, sea efectiva. En este sentido, tienen un carácter complementario con los bienes jurídicos microsociales básicos para la existencia del sistema social. Quedan, por eso, materialmente definidos como una relación social cuyo merecimiento de protección está basado en la satisfacción de las necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad (53).

De este modo, en coherencia con lo expresado, Juan Bustos propondría una nueva clasificación de los bienes jurídicos, y en base a ella, sistematizaría su Manual de Derecho Penal. Parte Especial (54). Por una parte, estarían los bienes jurídicos referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema, y por otra, los referidos al funcionamiento del sistema. Bajo el epígrafe «Delitos contra las bases de existencia del sistema» agruparía los delitos contra la vida, contra la salud individual, contra la libertad y seguridad de las personas, contra la posición de los sujetos en sus relaciones sociales en los que incluiría los delitos contra el honor y contra el estado civil de las personas, contra la humanidad y contra el patrimonio. El epígrafe de delitos contra el funcionamiento del sistema comprendería tres grandes subcategorías: delitos contra los bienes jurídicos colectivos, delitos contra

---

(53) BUSTOS en *Los bienes jurídicos colectivos*, nota 48.

(54) Nota 48.

los bienes jurídicos institucionales y los delitos contra los bienes jurídicos de control.

## 7. LA TEORÍA DEL INJUSTO O DEL DELITO

### 7.1 La polémica desvalor de acto y desvalor de resultado

Como vimos anteriormente (supra 6), Juan Bustos entendía que debía separarse el problema del delito o injusto constituido por la tipicidad y la antijuridicidad del elemento culpabilidad que como está referido al sujeto mismo, prefiere denominar teoría del sujeto responsable. A estas teorías del injusto y del sujeto responsable suma una teoría de la pena que habrá de ser continente de los principios jurídicos que informan la determinación e imposición de la pena en un Estado democrático constitucional de derecho.

En la base de la teoría del injusto, para Juan Bustos debía estar el bien jurídico y no la acción. El bien jurídico le da, de acuerdo con Bustos Ramírez, contenido material a la tipicidad y a la antijuridicidad. El contenido material, o sea el bien jurídico, explica el injusto más allá de una explicación de carácter formal que lo reduzca simplemente al cumplimiento de las exigencias del principio de legalidad, esto es, a la mera vigencia de la norma. Sin embargo, históricamente, señala Juan Bustos, la explicación del injusto no ha estado siempre en el bien jurídico, sino en «dos posibilidades radicalmente opuestas, una que ve la razón del injusto en el desvalor de resultado y otra que basa el injusto en el desvalor de acto» (55).

Critica Bustos Ramírez las posturas que sustentan la explicación del injusto exclusivamente en la afección de un bien jurídico, sea un peligro o una lesión efectiva, no por su planteamiento en sí, sino por su afirmación que el contenido del injusto se radique única y exclusivamente en dicha afección, esto es, en el desvalor de resultado. En esta línea crítica sostiene: «De ahí que para estos autores la acción como tal sólo importa en cuanto provocó el resultado, no interesa el contenido de la acción, sino sólo que hubo un impulso voluntario. Y es por eso que la acción queda reducida a un mero proceso causal. Con esto no hay posibilidad alguna de distinguir entre un resultado producto de una acción dolosa o de una culposa, ambas quedan igualmente englobadas y, por tanto, lo injusto de una y otra es igual –cosa

---

(55) En «Consideraciones en torno del injusto» en *Obras Completas*, pp. 83-99 y también en *Política criminal e injusto* pp. 125-144.



que en la actualidad Gimbernat rechaza—, y sólo se logra excluir otros encadenamiento causales, que antaño también fueron considerados, como los originados en un animal o un proceso físico, gracias a que dogmáticamente se afirma que el proceso causal debe tener su origen en la voluntad humana. Pero, en todo caso, este razonamiento es incapaz de eliminar del derecho penal la responsabilidad objetiva y, al contrario, su consecuente aplicación lleva necesariamente a afirmar la responsabilidad objetiva» (56). Explica tan grave y contundente afirmación a partir de la colocación sistemática por lo autores que adherían al causalismo valorativo del dolo y de la culpa en la culpabilidad en los siguientes términos: «en la medida en que se menoscaba un bien jurídico protegido por una norma, aparece necesario que alguien responda por ello, y de este modo quedan englobados tanto el caso de los delitos calificados por el resultado cuanto el del *versari in re illicita*, ya que en ambos casos tenemos un bien jurídico particular protegido por una norma que ha sido contrariada por un acto que ha provocado un menoscabo al bien jurídico. Desde el punto de vista de la culpabilidad, basta sólo comprobar que la acción haya sido dolosa o culposa, con lo cual quedan establecidos los presupuestos de culpabilidad e injusto» (57).

La determinación del injusto desde el desvalor de acto la sustentaría Welzel a partir de los fundamentos axiológicos de la teoría final de la acción, esto es, la atribución al derecho penal de la misión de proteger los valores elementales de conciencia de carácter ético-social estableciendo prohibiciones y mandatos de acciones cuya desobediencia implicaría, en primer término, la realización de un desvalor de esta naturaleza y por inclusión la lesión de un bien jurídico. Luego, para Welzel, destaca Bustos Ramírez, lo fundamental no sería la afección del bien jurídico, sino la acción que la provoca, no porque signifique un riesgo para el bien jurídico, sino porque es contraria a los valores elementales de conciencia de carácter ético-social. En otras palabras, el injusto lo determina una acción prohibida que si es realizada o bien si es mandada y es omitida, significa un comportamiento desvalorativo respecto de los aludidos valores elementales de conciencia de carácter ético social (58).

Juan Bustos Ramírez, discípulo directo de Hans Welzel, disiente en este punto de su maestro alemán, ya que entiende que el contenido

---

(56) En «Consideraciones» p. 87; la alusión a GIMBERNAT proviene de su artículo «El sistema del derecho penal en la actualidad», publicado en *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971-2, pp. 101 y 102.

(57) En «Consideraciones» p. 87.

(58) WELZEL, H. *Derecho penal alemán*, traducción de Juan BUSTOS y Sergio YÁÑEZ de la 11.ª edición alemana, Ed. Jurídica, Santiago de Chile.

del injusto no puede consistir exclusivamente en la constatación de un desvalor de acto definido ontológicamente ni tampoco en un programa de protección de bienes jurídicos mediatizado por el aseguramiento de la vigencia de los elementales deberes ético-sociales, esto es los valores de acto. Del mismo modo que lo hizo para rechazar el desvalor de resultado como fundamento del injusto, llevó hasta un extremo el pensamiento finalista. Lo hace reconociendo que la teoría final de la acción al colocar sistemáticamente el dolo y la culpa en el tipo excluyó por principio la responsabilidad objetiva. A partir de esta reordenación de los elementos del delito sostuvo que sólo sería «posible concebir dentro del injusto una conducta dolosa o culposa y, por tanto, sólo podemos incluir menoscabos que aparezcan ligados a estas acciones dolosas o culposas» (59), pero agrega Juan Bustos, que, «al aplicarse de forma estricta la doctrina finalista, si bien, se elimina la responsabilidad objetiva, en cambio se llega a fundamentar una responsabilidad subjetiva o ética absoluta, lo que se advierte con claridad, como señala Baumann, cuando Welzel analiza la tentativa inidónea y el resultado en los delitos culposos (60). En efecto, para Welzel, la punibilidad de la tentativa inidónea se legitima a partir del significado que tiene para su teoría el ordenamiento jurídico. Según Welzel en un sentido amplio, constituye un «poder espiritual que configura la vida del pueblo», cuya «realidad y validez ya se lesiona con una voluntad que emprende acciones que considera acciones de ejecución idóneas de un delito» (61). Esta fundamentación del castigo de la tentativa inidónea no le parece a Bustos Ramírez satisfactoria ya que prescinde completamente del bien jurídico que es sustituido por algo tan vago e impreciso como «el ordenamiento como poder configurador del orden».

Tratándose de los delitos culposos, Bustos Ramírez comparte con Welzel la apreciación que el desvalor de resultado no puede influir en el desvalor de acción ni el de acción sobre el de resultado, pues las consideraciones para determinar uno y otro son totalmente distintas. Pero, Welzel, a partir de aquí llega a una conclusión que no es compartida por Bustos Ramírez cuando dice que con «esto se demuestra cuán poco el resultado es parte esencial jurídico penal del hecho culposo» (62). A partir de esta apreciación de Welzel, Bustos Ramírez, con razón, señala que Welzel podría decir lo mismo respecto de los delitos dolosos y, concluye con agudeza que este planteamiento en el fondo es el mismo que permite a Welzel sustentar la punibilidad de

---

(59) En «Consideraciones...», ob. cit., nota 55, pp. 90 y ss.

(60) Ob. cit., p. 91.

(61) Ob. cit., nota 58, p. 267.

(62) Ob. cit., nota 58, p. 193.

la tentativa inidónea. En efecto, si se plantea que en el delito culposo lo importante es el desvalor de acción definido a partir de una mera infracción del deber de cuidado desligada de toda consideración del bien jurídico volvemos al punto de definir dicho desvalor por afectar al ordenamiento «como poder configurador del orden» (63).

Resumiendo, como puede apreciarse para Bustos Ramírez la discusión sobre el contenido de la teoría del delito y de sus fundamentos no podía cerrarse sin entrar a considerar dentro de ella el bien jurídico y su relación con el desvalor de acto y de resultado. El bien jurídico constituye, a su juicio, el punto de partida de todo análisis lo que lo lleva a descartar como respuesta al problema las consideraciones del subjetivismo que explica el injusto por afectar simplemente al ordenamiento jurídico y también las conclusiones de la teoría causal que prescinde totalmente del desvalor de acto. Entiende que tanto uno como otro deben ser considerados en el injusto, sólo que en dos momentos diferentes. El desvalor de acto en la tipicidad y el desvalor de resultado en la antijuridicidad.

## 7.2 El contenido material del injusto según Bustos Ramírez

Para Bustos Ramírez en la teoría del injusto el bien jurídico, el desvalor de acto y el desvalor de resultado constituyen elementos imprescindibles que necesariamente tienen que aparecer en los diferentes momentos del análisis (64). De acuerdo con su planteamiento el injusto no puede fundarse exclusivamente en las malas intenciones o los malos ánimos de las personas ni tampoco en la mera causación de resultados. El bien jurídico y su protección en su propuesta no son sólo una meta o un programa político criminal que obliga al legislador, sino también al Juez en el análisis del caso.

En otras palabras para él el concepto de bien jurídico es un factor de validez de las normas penales. Si una norma penal no resiste el examen de si lo protegido merece ser cualificado como bien jurídico

---

(63) A este respecto hay que señalar que Welzel no llega tan lejos, no así su discípulo Zielinski que llevando a un extremo la tesis del desvalor de acto y su relación con el ordenamiento jurídico como poder espiritual, concluye que también en los dolosos bastaría con el desvalor de acto. Véase BUSTOS RAMÍREZ ob. cit., nota 55, p. 92.

(64) Lo expuesto en términos generales, salvo que se indique lo contrario, se refiere a la forma básica de protección a un bien jurídico, esto es, a los delitos dolosos. Debe entenderse, en consecuencia, que para los delitos omisión y los delitos culposos concurren otras exigencias específicas. Sobre el particular BUSTOS-HORMAZÁBAL (2006) *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, y también (2004) *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid. BUSTOS RAMÍREZ publicó en Chile en 1995 la monografía *El delito culposo*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

de acuerdo con los condicionamientos de un Estado constitucional de derecho, carece de legitimación material. En el momento de creación de la norma penal, su conformidad con el principio de legalidad simplemente acredita su vigencia pero no su validez, pues no cumple con la exigencia de proteger un bien jurídico (65). En el momento de la aplicación de la norma penal, en los dos diferentes niveles del análisis del caso, esto es el de la comprobación de la tipicidad y de la antijuridicidad, se trata de comprobar en concreto el contenido desvalorativo del comportamiento. La tipicidad constituye una primera valoración (desvaloración) del comportamiento y la antijuridicidad una segunda valoración (desvaloración). Este doble proceso valorativo surge como una exigencia del *principio de lesividad* y éste de la propia norma penal que, como hemos expresado, en un Estado democrático constitucional de derecho, sólo puede reclamar su validez si protege un bien jurídico.

Con claridad meridiana Bustos Ramírez confirma lo dicho anteriormente con las siguientes palabras: «Dentro del orden social, al Derecho Penal lo que le interesa proteger no son los buenos ánimos de las personas, sino los bienes vitales para la subsistencia de esa sociedad, esto es, los bienes jurídicos. Este es el concepto fundamental y central para el ordenamiento jurídico y para el orden social. En torno a él, entonces hay que plantear cualquier otra consideración. Lo injusto es, por tanto, ante todo una materialización de la protección de los bienes jurídicos por parte del ordenamiento jurídico, y en esta medida es que impone penas» (66).

El cumplimiento de las exigencias del principio de lesividad obliga a una primera valoración. Se trata de constatar si la acción ejecutada constituye un desvalor de acto, pero no en relación a «valores de conciencia de carácter ético social» o «el ordenamiento jurídico como poder espiritual» como se proponía desde un subjetivismo extremo, sino en relación al bien jurídico protegido por la concreta norma penal. El comportamiento será típico, si además de cumplir con las exigencias objetivas y subjetivas, *ex ante*, significa un riesgo socialmente significativo al bien jurídico. Estos son los comportamientos prohibidos

---

(65) En lo dicho se recoge la tesis que distingue entre vigencia y validez de las normas y que aplicada al derecho penal, sostiene que para su validez deben, entre otras exigencias, proteger bienes jurídicos. Estas exigencias de validez se derivan de los postulados de un Estado democrático constitucional de derecho y su incumplimiento podría conllevar la inaplicabilidad de la norma. A partir de aquí, es fácil comprender por qué no son admisibles planteamientos que reducen la validez de una norma a su mera vigencia, esto es, sólo a las exigencias formales del principio de legalidad.

(66) En «Consideraciones», p. 93.

por el ordenamiento jurídico, aquellos que se desvaloran porque a partir de un juicio valorativo *ex ante* se concluye que producen un riesgo para el bien jurídico. La tipicidad es el resultado de un complejo juicio valorativo de atribución que lleva a la conclusión que el comportamiento concreto es atribuible al comportamiento abstracto y genérico contenido en el tipo penal. Es un juicio valorativo de atribución que en su complejidad comprende en particular el juicio de desvalor de acto.

Pero, el principio de lesividad obliga a considerar también el desvalor de resultado. El comportamiento para que sea considerado un injusto tiene que superar la prueba de una segunda valoración. Una vez constatado el desvalor de acto, también que ser considerado el desvalor de resultado, o, en otras palabras, el menoscabo que ha sufrido el bien jurídico como consecuencia de la acción cuya tipicidad se ha constatado en la valoración anterior. A este respecto, Bustos Ramírez señala que «sólo un menoscabo que surge de una conducta humana es el contenido del injusto. El contenido de la conducta humana, la actitud del ciudadano frente a los bienes jurídicos, resulta, pues, imprescindible para determinar lo injusto. En resumen, en la medida que en el bien jurídico es el centro del injusto y el bien jurídico es producto del actuar social y en último término del actuar humano, tanto desvalor de acto cuanto de resultado son componentes indispensables y necesarios del injusto. Sólo mediante la concurrencia de ambos, se puede determinar lo injusto, esto es, precisarlo y circunscribirlo. La prescindencia de cualquiera de ambos criterios implica en el fondo destruir justamente la protección al bien jurídico (67).

Por ello critica las posiciones que fundamentan el injusto por separado, ya sea en relación con el desvalor de acto o con el desvalor de resultado. Si se lleva a una posición absoluta el desvalor de acto señala «estaríamos aseverando que ya hemos llegado a un estadio de la sociedad y a un desarrollo histórico-social en que se ha logrado la absoluta perfección de las relaciones sociales y que los hombres han logrado dentro de ellas la dignidad y el lugar que les corresponde, y que, por tanto, la actitud de los hombres pasa a ocupar el lugar principal. Por otro lado, si sólo planteamos el desvalor de resultado, estamos tratando de fijar el desarrollo social en una etapa determinada, poniendo esos intereses en un plano ideal y sacrificando cualquier otra consideración a este criterio» (68).

Ahora bien, si el juicio de desvalor del acto era un juicio *ex ante*, a la constatación de la afcción del bien jurídico se ha de llegar mediante un juicio *ex post*. En el juicio de tipicidad se ha constatado que el

---

(67) En «Consideraciones», pp. 93 y 94.

(68) En «Consideraciones», pp. 98 y 99.

comportamiento concreto llevado a cabo con las circunstancias objetivas y subjetivas exigidas por el tipo constituye *ex ante* un riesgo para el bien jurídico. El paso siguiente será el de valorar *ex post* si el resultado (lesión o puesta en peligro del bien jurídico) es objetivamente imputable a la realización típica. Esta valoración, la de un *juicio valorativo de imputación objetiva*, constituye una segunda valoración del hecho. La primera fue la de la tipicidad y la segunda es la de la antijuridicidad. En el momento de la antijuridicidad el intérprete tiene que valorar las circunstancias del hecho que sin formar parte del tipo penal, pueden, sin embargo, tener una significación jurídica por constituir un presupuesto de una causa de justificación (69). Dentro del juicio de antijuridicidad, esto es de la segunda valoración del hecho, se contempla el juicio de imputación objetiva.

Como puede apreciarse, para Juan Bustos Ramírez, la teoría de la imputación objetiva debía responder a la pregunta de si, en una segunda valoración del hecho, el resultado de afectación al bien jurídico (lesión o puesta en peligro) era objetivamente imputable en un juicio *ex post* a la realización típica. La imputación objetiva del resultado, un resultado no naturalístico sino valorativo en forma de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, debe coherentemente, conforme a una distinción en su propuesta metodológica entre tipicidad y antijuridicidad como elementos independientes, ser objeto de análisis dentro de la antijuridicidad y no dentro de la tipicidad, pues la antijuridicidad es una categoría que pertenece a todo el ordenamiento jurídico y es a éste que le interesa que no se afecten los bienes jurídicos. El proceso normativo de desvaloración del resultado está fundamentado en el bien jurídico, esto es, en una relación social concreta. El resultado del injusto es, en consecuencia, una desvaloración de esa relación social en la que entran en juego el conjunto del ordenamiento jurídico.

A este respecto Bustos Ramírez señala que «el ubicar sistemáticamente la imputación objetiva en la antijuridicidad tiene de partida ventajas fundamentales. La cuestión se plantea no ya en relación a una causación (con lo cual aparece bastante contradictorio que se pueda utilizar criterios ajenos a los propios de una causación para la imputación de un resultado causado), sino a una afectación real del bien jurídico (lesión o puesta en peligro concreta de un bien jurídico), que se

---

(69) Estos planteamientos nos llevaron a revisar la teoría de la norma penal y, en particular, el fundamento normativo de las causas de justificación que conforme a la doctrina mayoritaria lo tienen en normas permisivas. Como sostuvimos en BUSTOS-HORMAZÁBAL (2004) *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, pp. 41 y ss., esas normas no podían tener el carácter de permisivas sino que eran normas dirigidas al Juez y que lo obligaban a valorar nuevamente el hecho bajo las circunstancias que constituyen presupuestos de una causa de justificación.

ha de imputar a la vez a una situación de significación jurídica (valorada a través del proceso de atribución). Luego, en este caso no hay contradicción para la utilización de criterios normativos (sea en relación a lo imputado, como también a lo que se imputa. Con ello, además, la problemática de la imputación objetiva no queda exclusivamente circunscrita a los llamados delitos de resultado (natural), que son ínfimos (y que recuerdan una política criminal positivista), sino que se aplica a todos los delitos, pues respecto de todos ellos hay que determinar siempre si hay una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y si este resultado (normativo) es imputable a la situación típica. Por último, con ello tampoco se produce hacia el futuro el peligro (como sucedió con la causalidad), que la imputación objetiva se convierta en un criterio de ampliación y no de restricción» (70).

Ahora bien, de acuerdo con Bustos Ramírez, si lo que se pretende es llegar a una consideración material del injusto, no basta con la simple definición de bien jurídico como una relación social concreta y a una referencia al desvalor de acto y de resultado ya que siempre se permanecería en el plano de lo formal. Antes que nada se ha de entender que los bienes jurídicos y los desvalores de acto y de resultado surgen dentro de una sociedad concreta y son consecuencia del desarrollo histórico social. Sólo así se explica la constante revisión a que están sometidos los vigentes comportamientos punibles y también que otros empiecen a ser percibidos como punibles (71). Claramente dentro de los segundos se puede inscribir el fraude tributario. El no pago de los impuestos empezó a ser percibido como delito una vez que el Estado asumió que tenía que intervenir socialmente y asumir gastos en materia sanitaria o educacional, por ejemplo, que lo obligaba a desembolsos que históricamente no estaban contemplados en los Presupuestos. Por eso, decía Bustos Ramírez, «el bien jurídico y sus complementos de desvalor de acto y de resultado, no son sino momentos de una unidad estructural social superior, la relación social y la posición de los individuos dentro de ella» (72). Por ello, concluye, el

---

(70) BUSTOS RAMÍREZ, J., «Imputación objetiva. Cuestiones Metodológicas y Sistemáticas» en *Obras Completas*, t. II *Iustitia*, Lima, pp. 791-818.

(71) De ningún modo puede entenderse que de algún modo estamos apoyando la abusiva expansión del derecho penal que es posible apreciar en la actualidad, generalmente producto de la irreflexión y del populismo político, que desde luego rechazamos, sino a la incorporación dentro de los Códigos Penales nuevas formas de actuación cuya definición como delito ha sido el producto de una reflexión política seria y serena.

(72) En «Consideraciones», p. 96. Cuando BUSTOS RAMÍREZ en la cita transcrita habla de «relación social» en esta oportunidad se está refiriendo a la relación social global o si se quiere «sociedad determinada», no a la relación social concreta como define materialmente al bien jurídico. El bien jurídico es una relación social

valor o desvalor desde un punto de vista material no son de acto o de resultado sino de relación social. La apreciación del injusto exige que se considere la posición de los individuos dentro de esa relación social pues sólo así lo podrá considerar en «su real totalidad social individual, en su realidad histórica social».

No es, en consecuencia suficiente la apreciación del desvalor de acto o del desvalor de resultado. Sólo puede darnos una adecuada visión del injusto la consideración del desvalor o valor de relación social que sólo puede lograrse al considerar la posición de los individuos dentro de la relación social. Al respecto, señala Bustos Ramírez, «el desvalor de relación social sólo se configura cuando hay una afectación efectiva al bien jurídico, cuando se ha configurado una relación social diferente a la seleccionada positivamente por el legislador (con lo que se ha producido la selección negativa de la otra) y no simplemente cuando un sujeto a desarrollado un valor ético social diferente, esto último puede ser cualquier cosa (como cuando un campesino golpea a un maniquí creyendo que es una persona que lo mira fijamente de modo insolente), pero no una relación social (seleccionada por el legislador como delito de lesiones» (73).

## 8. LA TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE, UNA TEORÍA CRÍTICA DE LA CULPABILIDAD

Uno de los puntos en que la discusión penal ha sido incapaz de dar una respuesta satisfactoria es el que se refiere a la determinación de la responsabilidad del sujeto cuya participación en la comisión de un injusto ya ha sido establecida. Las dos valoraciones, tipicidad y antijuridicidad, que ha debido superar el hecho para que adquiera su carácter de punible, han permitido comprobar su vinculación personal con el hecho, bien sea en la forma de dolo o de imprudencia, pero todavía no se puede establecer su responsabilidad personal por la comisión del hecho punible, o dicho de otra forma, por no haberse comportado conforme a la norma.

Juan Bustos Ramírez ya en la primera edición de su Derecho Penal Español (74), en el año 1984, después de exponer el estado de la discusión sobre el problema de la responsabilidad del sujeto y sobre el

---

concreta protegida penalmente dentro de una relación social global o sociedad determinada.

(73) Ob. cit., nota 70, p. 812.

(74) BUSTOS RAMÍREZ, J.: (1984) *Manual de Derecho Penal Español*. Parte General, Ariel, Barcelona.



concepto de culpabilidad, proponía una tesis ciertamente novedosa, la teoría del sujeto responsable, que paulatinamente ha sido empezada a considerarse por algún sector de la doctrina, todavía minoritario, tanto en España como en América Latina (75).

La teoría del sujeto responsable la construye sobre la base de dos premisas. La primera, es que la culpabilidad no constituye un tercer elemento del delito sino que por sí sola da lugar a una teoría. A este respecto señala en una de sus últimas obras (76): «Para la teoría dogmática tradicional el problema de la responsabilidad del sujeto simplemente se reduce a una cuestión de la persona, que se ha de resolver en un momento posterior al examen del injusto en la categoría llamada culpabilidad. De esta forma, la culpabilidad aparece como un atributo de la acción y como un simple elemento reductor de la misma. Ello trae como consecuencia la cosificación de la persona, en definitiva, que se la vea completamente despersonalizada, como un subsistema sometido al sistema social.»

La segunda, es que el problema de la culpabilidad está mal planteado cuando se formula para establecer la responsabilidad de una persona por el injusto cometido como un conflicto normativo entre el autor de un injusto y el ordenamiento jurídico. El problema es otro, justamente el contrario, de acuerdo con la teoría del sujeto responsable y se refiere a la legitimidad del Estado democrático constitucional de derecho para exigirle al individuo concreto autor del injusto un comportamiento conforme a la norma, por tanto, es igual a exigibilidad. Así señala: «Cuando proponemos abordar el problema de la responsabilidad frente al hecho cometido desde una teoría del sujeto responsable, lo hacemos con la deliberada intención de enfocarlo desde su justa dimensión. En un Estado social y democrático de derecho no puede perderse de vista que se trata de definir la responsabilidad de una persona cuya posición frente al Estado parte del reconocimiento de su antinomia, también de su dignidad y de su autonomía ética. En otras palabras, significa que la discusión de la responsabilidad debe hacerse respecto de una persona determinada en un marco social concreto, que en nuestro caso es el Estado social y democrático de derecho, esto es, el de aquella forma de Estado que partiendo del reconocimiento de que el modelo genera desigualdades

---

(75) Su tesis del sujeto responsable aparece formulada como indicábamos anteriormente, en el año 1984 en la primera edición de su Manual. Se vuelve a formular con matices, en las *Lecciones de Derecho Penal* editadas con ocasión del nuevo CP español de 1995 ya con mi cooperación en la editorial Trotta, Madrid, cuya última edición es del año 2006. También puede verse BUSTOS-HORMAZÁBAL: (2004) *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, ed. Trotta, Madrid.

(76) En *Nuevo Sistema*, ob. cit., nota anterior, p. 125.

sociales y económicas, en virtud de su deber de nivelar las desigualdades, asume jurídica y políticamente la obligación de intervenir en los procesos sociales» (77).

Al plantearse el problema de la responsabilidad del sujeto como un problema de legitimación del Estado para exigirle un comportamiento conforme a la norma, obliga al Estado a discriminar, pues no puede ser la misma para todas las personas. Su capacidad de exigir una respuesta conforme a la norma, en definitiva sus propias normas, lo obliga a considerar en cada persona sus circunstancias personales y su relación con el Estado. Sin duda la legitimación para exigirle a una persona un comportamiento conforme a la norma será mayor respecto de una persona cuyas necesidades básicas nunca han estado en peligro de verse insatisfechas, que respecto de otra que regularmente no ha tenido tal posibilidad. El Estado sólo estará legitimado para exigir responsabilidad si le ha dado a la persona todos los elementos para que en un conflicto determinado tenga la posibilidad de dar una respuesta conforme a la norma.

En este planteamiento, los tradicionales elementos de la culpabilidad pasan a ser situaciones de no exigibilidad o inexigibilidad, es decir, situaciones en que el Estado no puede exigir el comportamiento conforme a derecho. La llamada «inimputabilidad» o «falta de capacidad de culpabilidad», la falta de «conciencia del injusto» y la «inexigibilidad de otra conducta», constituyen situaciones de falta de legitimación del Estado o de inexigibilidad con las matizaciones que expondremos a continuación.

## 8.1 La inimputabilidad o la inexigibilidad sistémica

En la teoría del sujeto responsable, lo que tradicionalmente se llaman supuestos de «inimputabilidad» o de falta de «capacidad de culpabilidad» son supuestos en que el propio sistema social en su conjunto reconoce de un modo general que no están dadas las condiciones para exigir a una persona una respuesta en una determinada dirección, o dicho de otra forma, no hay condiciones de exigibilidad (78) de una respuesta conforme a la norma. Bustos Ramírez critica los conceptos de «inimputabilidad» e «imputabilidad» del derecho penal clásico, así como el positivista de «peligrosidad social» porque presuponen la existencia de valores sociales objetivos absolutos y conllevan un

(77) *Ibíd.*

(78) Una visión crítica a la imputabilidad en BUSTOS RAMÍREZ, J. «La imputabilidad en un Estado de Derecho» en *Obras Completas*, t. II *Iustitia*, Lima, pp. 265-289.

estigma de minusvalía y desigualdad, por tanto, contrario a los fundamentos de un Estado constitucional y democrático de derecho. Las teorías de la subcultura y de la psiquiatría alternativa, sostiene Bustos Ramírez, han puesto de manifiesto que no existe uno solo orden de valores ni tampoco una sola racionalidad en clara oposición con el concepto de «inimputabilidad». Así, señala que «el sujeto puede tener su propio orden de valores y una sola verdad, y ello es falso. El sujeto puede tener su propio orden de valores y su verdad tanto en consideración a su mundo cultural (subcultural o contracultural), como también en virtud de una forma conflictiva propia de enfrentar el sistema social en que vive, aquí cae la locura en sus diversas gamas, desde el hippie o el excéntrico hasta el alienado. Y en tal medida también el joven, ya que su escala de valores y su comprensión del mundo no es simplemente una cuestión de desarrollo físico-biológico (hay también muchos viejos que sienten y se expresan del mismo modo» (79).

De este modo, el juicio de imputabilidad, en un primer nivel, debe partir en un Estado democrático constitucional de derecho del reconocimiento de la existencia de diferentes órdenes racionales en la sociedad, y también, en un segundo nivel, que dentro de esas diferentes racionalidades hay una que es hegemónica y que constituye la base orgánica del Estado. El Estado no puede juzgar el grupo u orden en sí, al que ha sido asignado el individuo, pues sería contrario al Estado democrático constitucional de derecho, sino sólo los injustos cometidos. En otros términos, implica el reconocimiento del principio de responsabilidad por el hecho y, en consecuencia, que sólo podrá efectuarse el juicio de imputabilidad cuando se produzca un hecho que sea contrario a los valores fundamentales del orden racional hegemónico. Solo a partir de la producción de ese hecho podrá entrarse a juzgar la compatibilidad o incompatibilidad de la racionalidad del autor del hecho con el orden hegemónico. Como dice textualmente «en modo alguno es juicio valorativo absoluto, sino eminentemente práctico, relativo, de carácter político estatal y jurídico, luego también cambiante, revisable críticamente y en la medida de una profundización del Estado de derecho, progresivamente más abierto y flexible» (80).

El paso del primer nivel de reconocimiento de la existencia de diferentes órdenes racionales en la sociedad al segundo nivel de reconocimiento de que entre las diferentes racionalidades hay una que es hegemónica, exige como base fáctica no sólo que haya un hecho o injusto, que haya una comunicación entre los dos órdenes racionales

---

(79) Ob. cit., nota anterior, p. 282.

(80) Ob. cit., nota anterior, p. 284.

ya que en caso contrario hay discriminación y, por tanto, una violación del respeto a la dignidad de las personas.

Bustos Ramírez niega, en consecuencia, que el juicio de imputabilidad o inimputabilidad sea un juicio sobre la capacidad de comprensión del injusto y de actuar conforme a ella ya que ello es propio al ser humano, pues el hombre siempre actúa conforme a una determinada racionalidad, a un determinado mundo de valores, que incluso puede no ser el hegemónico y que tiene que ser respetado en un Estado democrático constitucional de derecho por mandato del principio de dignidad de la persona. El sujeto imputable será aquel respecto del cual el Estado está legitimado para exigirle en el conflicto una respuesta conforme al ordenamiento jurídico, o dicho de otra forma, un acto conforme a su conciencia social que se identifica con la hegemónica. Si esa respuesta es un injusto, habrá un acto que es *incompatible* no sólo con el ordenamiento jurídico, sino también con su propia conciencia social. La imputabilidad es, por tanto, un *juicio de incompatibilidad* entre la respuesta del sujeto con su conciencia social y el ordenamiento jurídico. Al revés, la inimputabilidad es un *juicio de compatibilidad* de la respuesta (injusto) con su mundo u orden de valores que es diferente al hegemónico.

## 8.2 Inexigibilidad de la conciencia del injusto

Surge como causa de exclusión de la legitimación del Estado para pedir un comportamiento conforme a la norma a partir de una exigencia de conciencia del injusto, no de un conocimiento del injusto equiparable al conocimiento del dolo. De esta forma si hay una conciencia exigida no puede plantearse un problema de error que implica ignorancia o falsa apreciación, sino de otra conciencia que se expresa en un injusto. De lo que se trata de establecer la capacidad de respuesta conforme a derecho al autor del injusto que puede ser excluida si tenía una conciencia distinta respecto del mismo. «El derecho necesariamente tiene que hacerse cargo de esta situación, salvo que plantee una responsabilidad por el puro injusto, desligada completamente de los procesos de formación de la conciencia que han llevado a actuar al sujeto (en los cuales precisamente es partícipe la sociedad toda y, por ello, no puede excluir la consideración de su propia responsabilidad y, de modo específico, del propio aparato del Estado) (81). La condición de sujeto responsable exige que exista una posibilidad de comprensión del injusto, es una conciencia exigida.

(81) En Lecciones ob. cit., nota 20, p. 476.

### 8.3 Inexigibilidad de la conducta conforme a derecho

Necesariamente la exigibilidad de una conducta conforme a derecho es un requisito en relación a la responsabilidad del sujeto, en el que hay que establecer si al sujeto social está en condiciones de responder por su comportamiento contrario al derecho, lo que conlleva a examinar todas las circunstancias que lo motiven a actuar. El Estado tendrá que demostrar que le puede exigir, además de la posibilidad de comprensión del injusto, una determinada conducta (conforme al ordenamiento jurídico), en la situación concreta en que se encontraba. Respecto del injusto mismo hay una conciencia exigida a la que hay que sumar si la conducta conforme a derecho era posible exigirla al individuo concreto en la situación concreta en que se encontraba. Esta ha de ser una valoración *ex ante*, esto es, un juicio hipotético anterior al momento del hecho.

Como puede apreciarse los que con una teoría normativa de la culpabilidad eran elementos de la misma a partir de los cuales surgían como exenciones de responsabilidad criminal las causas de inimputabilidad, el error de prohibición que no es exactamente un error de acuerdo con lo expuesto, y las causas de exculpación, con la teoría del sujeto responsable se transforman en causas de inexigibilidad de responsabilidad.

## 9. PALABRAS FINALES

Pongo fin a este trabajo en el mes de agosto de 2009, a la vuelta de un homenaje que se le hizo a Juan Bustos Ramírez, en el Salón de Honor de la Universidad de Chile, el 7 de dicho mes, exactamente a un año de su muerte. Lo que pensamos que iba a ser un acto reducido a académicos, a su familia y a sus amigos más cercanos, se transformó en un acto al que asistió una multitud de personas y no sólo de la vida pública chilena, como Ministros de Gobierno, Senadores y Diputados, miembros del Poder Judicial, de la Fiscalía y de la Defensoría Pública, sino también personas anónimas, por lo menos para nosotros pero no para Juan. Eran sus electores que habían viajado desde las ciudades que él representaba en la Cámara de Diputados chilena. El acto, pese a todo, no perdió en intimidad, todos tenían puesto su pensamiento en lo que había significado Juan en sus vidas, pues todos tenían algo que agradecerle empezando por su amistad. Había sido un hombre generoso y solidario, una persona entrañable y cálida, de una cultura tan profunda y sólida como discreta, que sólo se manifestaba cuando era

necesario y oportuno, nunca por jactancia, siempre al lado de los desfavorecidos y siempre dispuesto a defender sus derechos, como lo demostró cuando en nombre de las víctimas de la dictadura, se personó en los juicios que se abrieron en Chile contra los militares que asaltaron el gobierno y sometieron al pueblo chileno durante diecisiete años.

En los últimos años tuve ocasión de verlo muchas veces. En nuestras conversaciones siempre teníamos tiempo para hablar de España y de los profesores de la universidad española que en tiempos que no eran fáciles nos honraron con su amistad y generosidad. Fue, me decía Juan, una gran experiencia, no sólo académica, sino también vital. Pudimos presenciar, desde un lugar de privilegio, el proceso de transición de la dictadura a la democracia, que tan difícil veíamos por entonces en Chile. Finalmente ese día llegó y Juan se trasladó a Chile, volvió a su querida Universidad y con una energía que nunca lo abandonó, a pesar de saber desde hacía un año de que estaba gravemente enfermo, continuó con sus clases y su labor como parlamentario hasta que prácticamente perdió el conocimiento. Fue su última lección, como tantas que nos había dado en vida, de tenacidad y compromiso.