
FEBRERO, 2020

enfoques penales

CRIMINT - Revista En Letra Derecho Penal



DIRECTORES

Leandro A. Dias

Raquel Montaner Fernández

Juan Pablo Montiel

SECRETARIO DE EDICIÓN

Nicolás Ayestarán

La resolución de conflictos entre bienes jurídico- penales a través de la ponderación

POR JOAQUIM BAGES SANTACANA (*UNIVERSIDAD
DE BARCELONA*)

De forma recurrente —y probablemente acertada— amplios sectores doctrinales aseveran que uno de los objetivos centrales —por no decir el principal— de la ciencia del derecho penal se cifra, expresado de manera muy sintética, en el conocimiento de la esencia material de las proposiciones jurídico-penales en orden a identificar los mandatos y prohibiciones

contenidos, como imperativos de conducta, en las normas primarias y secundarias. En cambio, reina un acuerdo mucho menor cuando se aborda la cuestión relativa a cuáles deben ser los límites a esta labor interpretativa del derecho penal positivo. Salvo que se compartan las tesis del liberalismo clásico o decimonónico en materia filosófico-política, los órganos de la jurisdicción penal necesariamente desarrollan una función integradora de las disposiciones legales con una fuerte dimensión creativa o innovadora. Según ello, los órganos jurisdiccionales, por más que intenten reducir sus facultades a las meramente exegéticas o nomofiláticas del derecho positivo, no podrían evitar aportar una determinada carga de sentido político-criminal a la norma a través del proceso de comprensión de la misma.

Desde esta perspectiva, la tradicional contraposición entre interpretación y subsunción sería, hasta cierto punto, falaz. Cualquier intento de acomodar unos hechos concretos a una concreta descripción típica dependería de una valoración judicial, en virtud de la que el órgano jurisdiccional atribuye un significado a la realidad —fáctica y legislativa— analizada. Por consiguiente, el juez, por más que pretenda limitar su labor a la simple subsunción —esto es, a alojar los hechos en el tenor literal del tipo penal—, se vería en todo caso constreñido a interpretar —o sea, a valorar— el objeto examinado, incluso en los supuestos en los que la descripción típica prescinde de referencias a elementos normativos, al limitarse a designar una realidad empírica o naturalística susceptible de ser aprehendida sensorialmente.

En esta línea, por más diligente que sea la actuación del legislador penal en orden a cumplir con el mandato de determinación de la ley, impuesto por el principio de legalidad penal —concretado en la preservación del principio de taxatividad—, el poder judicial estaría, en cierta medida, indefectiblemente abocado a usurparle parte de sus funciones. Asimismo, los significados con los que los órganos jurisdiccionales vertebran la norma jurídico-penal, cuando entrañan una ponderación de intereses, se configurarían como enunciados externos al sistema dogmático —normalmente pertenecientes a la filosofía moral— no susceptibles de ser verificados o falseados.

No obstante, todavía hoy ciertos sectores doctrinales aspiran, de forma más o menos velada, a presentar el proceso de elaboración categorial en el campo de la dogmática jurídico-penal como una suma concatenada de objetivas exigencias lógico-deductivas. Una tendencia que se advierte con especial nitidez en las construcciones teóricas con un enfoque epistemológico exclusiva o preminentemente ontologista, el cual generalmente se adscribe a un marco conceptual cerrado, con pretensiones exclusivamente clasificatorias del derecho. En estos modelos, al predominar una vocación meramente descriptiva del objeto analizado, se bloquea la entrada en el sistema de valoraciones político-criminales o, en una segunda opción, éstas se obtienen por simple inferencia a partir de un axioma previamente dado y, por ende, anterior a subjetivos procesos de conocimiento o de atribución de significado a la parcela de la realidad estudiada.

Históricamente, estos marcos cognoscitivos han sido favorablemente acogidos por los operadores jurídicos (singularmente por jueces y fiscales), probablemente porque, al legitimar una racionalización acrítica del Derecho, fomentan una cómoda instalación en interpretaciones literales de los



preceptos legales, lo que, además, (aparentemente) les dispensaría de tener que soportar sobre su conciencia la pesada responsabilidad derivada de la subjetiva carga ético-moral de sus decisiones. Sin embargo, seguramente esta actitud enmascara la verdadera naturaleza del trabajo del penalista, el cual distaría mucho de ser ideológicamente aséptico o inocuo, es decir, valorativamente neutro u objetivo.

Por este motivo, cuando se parte de un paradigma teleológico-funcionalista, procede resaltar la dimensión subjetiva inherente a cualquier proceso de producción conceptual en el ámbito de la ciencia del derecho penal. En el terreno específico de la teoría del delito, el referido subjetivismo se manifestaría en todo su esplendor a través de la técnica de la ponderación, articulada como mecanismo de resolución de los diversos y variados conflictos entre bienes jurídico-penales susceptibles de suscitarse en el caso concreto. De admitirse que algunos de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución elevados a la categoría de bienes jurídico-penales, pese a tener en abstracto la misma importancia o valor, pueden colisionar entre sí en el caso concreto (excluyéndose o derogándose recíprocamente), el intérprete está necesariamente forzado a elegir, esto es, a conceder preminencia a uno de ellos, para resolver o armonizar el conflicto concitado (aunque en abstracto todos los valores afectados sigan conservando el mismo grado de validez o relevancia). Esta operación de selección del interés prevalente en el caso concreto tan sólo puede materializarse o ejecutarse satisfactoriamente a través de la técnica de la ponderación de los valores en conflicto. Es decir, de admitirse la hipótesis de que en el caso concreto pueden surgir situaciones de conflicto entre diversos bienes jurídico-penales, al acarrear cada uno la negación de la vigencia del otro, tales vicisitudes tan sólo pueden resolverse mediante el instrumental que proporcionan los procesos de ponderación de los objetos evaluados.

Ahora bien, que en este contexto discursivo el método ponderativo sea, a falta de alternativas mejores (o, incluso, a falta de la posibilidad de concebir otras alternativas), una herramienta imprescindible para la selección del interés preferente en el caso concreto, no significa que el mismo ofrezca, sin más, soluciones dogmáticas de carácter objetivo, con expectativas de validez universal o intersubjetiva. Desde este punto de vista, la técnica ponderativa introduce certeza y seguridad en el sistema de la teoría del delito, en la medida que posibilita la formulación, no de enunciados de carácter objetivo (esto es, despojados de cualquier carga de subjetividad), sino de enunciados razonables (en el sentido de suficientemente motivados al ser posible conocer los argumentos que los sostienen). Desde este prisma, cuando colisionan entre sí distintos valores con un mismo rango jerárquico en abstracto, sólo a través de una decisión condicionada subjetivamente podría determinarse cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto, con el consiguiente retroceso o anulación del resto.

Puede ilustrar la naturaleza supuestamente conflictual de las relaciones entre bienes jurídico-penales la tensión estructural que en ocasiones se genera entre los derechos al honor y a la libertad de expresión, ambos con un fundamento común en el derecho a la dignidad humana (art. 10 Constitución Española). Tales derechos, reconocidos con rango de derecho fundamental en, respectivamente, los arts. 18.1 y 20.1 Constitución Española, disfrutan de una inequívoca tutela penal articulada a través de múltiples tipologías delictivas:

En el terreno específico de la teoría del delito, el referido subjetivismo se manifestaría en todo su esplendor a través de la técnica de la ponderación, articulada como mecanismo de resolución de los diversos y variados conflictos entre bienes jurídico-penales susceptibles de suscitarse en el caso concreto

ser constitutivos, entre otros, de un delito de injurias (art. 208 CP); mientras que determinados menoscabos del derecho a la libertad de expresión pueden integrar, cuanto menos, a un delito de coacciones (art. 172 CP). Así pues, en atención a que, en general o en abstracto, ambos intereses disponen del mismo valor, en dicho plano analítico no puede establecerse ninguna relación de subordinación o jerarquía entre ellos. En consecuencia, no puede afirmarse que, en caso de colisión, siempre —esto es, sin excepciones— deba prevalecer un interés en detrimento del otro. En consecuencia, dado que ninguno de los dos objetos tiene en general un valor superior al del otro, ambos tienen una eficacia relativa (no absoluta), de modo que pueden ceder o sacrificarse en un caso concreto a fin de conservar o salvaguardar la vigencia o virtualidad del otro.

La determinación de cuál de los intereses se reputa preferente en el caso concreto, sitúa al intérprete ante el deber de tomar una decisión dogmática intrínsecamente condicionada por una serie de valoraciones político-criminales, por medio de las que debe suspensarse el valor de los bienes en conflicto, lo que supone recurrir a una serie de enunciados extra-jurídicos o que, cuanto menos, trascienden el tenor literal de los preceptos legales aplicables al caso. Estas inexorables operaciones ponderativas son, además, de naturaleza eminentemente subjetiva, al estar predeterminadas por el subjetivo sistema axiológico de quien las realiza. Así pues, desde esta óptica las principales comprobaciones que se efectúan en el nivel de la antijuridicidad penal estarían siempre recubiertas por una capa de subjetivismo.

Al hilo de lo anterior, de aceptarse la posibilidad de que se originen conflictos entre bienes jurídico-penales del mismo rango en un supuesto concreto, en cuyo caso la eficacia de uno debe decaer para asegurar la del otro, la atribución de responsabilidad penal puede depender, en el plano de la imputación objetiva (en particular, de la tipicidad y de la ausencia de causas de justificación) de diferentes operaciones ponderativas, en las que deba “balancearse” o “pesarse” el valor de los intereses contrapuestos. Ello conlleva, como se ha indicado, la necesidad de recurrir a juicios de valor en la labor dogmática, los cuales, al configurarse como enunciados externos al sistema jurídico-penal, comportan, por sí mismos, una cierta apertura de este último a la perspectiva político-criminal.

De este modo, la ponderación se presentaría como un factor inherente a la estructura de la imputación objetiva, por medio de la que se introducirían subjetivos juicios de valor en el sistema dogmático. Sin embargo, éstos, en la medida que apelan a valores y pueden ser conocidos, reforzarían la razonabilidad de las diferentes decisiones dogmáticas (en el sentido de que permiten comprobar la coherencia de las mismas), así como la esencia material de las categorías a las que se refieren (fundamentalmente, a la de la antijuridicidad penal). Este aumento de la razonabilidad de las decisiones dogmáticas a través de la ponderación dota por sí mismo al sistema jurídico de mayor seguridad y certidumbre -y, por lo tanto, de mayor previsibilidad- en su aplicación. Ahora bien, como se ha indicado, tal racionalidad, certeza o seguridad no hay que confundirla con un intento de aprehender valoraciones político-criminales universalmente válidas y, por consiguiente, externas y preexistentes al subjetivo proceso de conocimiento del objeto de estudio (en este caso, un conflicto entre bienes jurídico-penales).

La determinación de cuál de los intereses se reputa preferente en el caso concreto, sitúa al intérprete ante el deber de tomar una decisión dogmática intrínsecamente condicionada por una serie de valoraciones político-criminales, por medio de las que debe suspensarse el valor de los bienes en conflicto, lo que supone recurrir a una serie de enunciados extra-jurídicos [...]

Cabría concluir entonces que el método ponderativo, caracterizado como una forma de argumentación jurídica en base a valores y principios, se configura como un recurso necesario en la labor dogmática, el cual, pese a su limitada capacidad de suministrar certidumbre, permite controlar la racionalidad —o razonabilidad— de las decisiones dogmáticas, con la correlativa evitación de resoluciones arbitrarias, abusivas o infundadas. Sostener que a través de la ponderación pueden formularse enunciados ciertos o verdaderos —con el consiguiente conocimiento del ser del objeto analizado— sería tanto como afirmar que puede asignarse carácter objetivo a un concreto sistema axiológico o programa político-criminal (esto es, a las pautas valorativas que, mediante la técnica de la ponderación, conducen a adoptar una determinada decisión dogmática).

En esta línea, cuando se concede preferencia a la libertad de actuación, con el consiguiente desplazamiento del interés protegido por el tipo de delito de que se trate, la no prohibición de la actuación examinada puede responder a dos razones de distinto signo, cada una con un significado axiológico distinto, al poder condicionar, respectivamente, la relevancia penal del comportamiento (por ser éste insignificante o socialmente adecuado) o su justificación. Como es sabido, cuando se entiende que la conducta debe permanecer impune por no suponer un ataque al bien jurídico-penal de suficiente entidad como para importar de algún modo al derecho penal (principios de insignificancia y de adecuación social), la indemnidad del bien jurídico-penal (o del objeto material en el que éste se corporeiza) no se coloca en una posición de incertidumbre penalmente relevante. En cambio, cuando la impunidad se fundamenta en la existencia de un interés prevalente que justifica el ataque al bien jurídico-penal, éste sí reviste suficiente intensidad como para interesar de algún modo al derecho penal, por más que no genere responsabilidad penal por la concurrencia de una causa de justificación.

Pues bien, conviene subrayar que en ambos casos se realizan operaciones ponderativas (por lo menos, entre la protección del derecho general a la libertad de actuación o del interés tutelado por el tipo de delito de que se trate). En consecuencia, el carácter penalmente antijurídico de la conducta siempre depende de la subjetiva ponderación de los intereses que pueden colisionar entre sí en el momento de decidir si la misma es penalmente típica o si está penalmente justificada. Desde esta óptica, en definitiva, la punibilidad del hecho se condicionaría siempre al resultado de la ponderación de intereses que colisionan entre sí.

Cuando el ataque al bien jurídico-penal es mínimo, el conflicto se resuelve a favor de la libertad de actuación declarando la irrelevancia penal del comportamiento. En cambio, cuando dicho ataque reviste mayor entidad, la prevalencia de la libertad de actuación pasa por declarar la justificación del acto, pese a la mayor carga de lesividad de éste. Desde este ángulo, siempre que se discute si un comportamiento conculca el imperativo de conducta contenido en una norma jurídica, surgiría, como mínimo, un conflicto de intereses entre la libertad de actuación en general (esto es, entre la autonomía de la voluntad o la autodeterminación individual, reconocida en virtud del principio meta-legal según el que, todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido) y la salvaguarda del valor al que se destina la norma en cuestión. Ello permite concebir la ponderación como un parámetro hermenéutico general en el

campo del derecho penal.

En otras palabras, la evaluación de la carga de lesividad de la conducta en aras a valorar si resulta tributaria de algún reproche penal depende de la confrontación de varios derechos (de los que ataca y de los que, en su caso, ejerce), la cual, en la medida que sólo puede materializarse a la luz de criterios político-criminales, queda supeditada al subjetivo sistema axiológico de quien está llamado a posicionarse. Reconocer este componente de subjetividad en el proceso de imputación objetiva de responsabilidad penal constituiría un sano y necesario ejercicio de honestidad científica.

Es más, en un modelo favorable a la normativización del sistema con parámetros teleológico-funcionalistas, todos los niveles de imputación que lo conforman se dotan de contenido a través del recurso constante a premisas extra-sistémicas de naturaleza político-criminal, las cuales tienen un valor relativo, en el sentido de que no son susceptibles de ser objetivadas al proceder, fundamentalmente, del campo de la filosofía moral. Así las cosas, con la introducción de principios y valores en el canon hermenéutico empleado para sustantivar los preceptos del ordenamiento jurídico-penal positivo, el fundamento y los fines de éstos se conectan a una determinada —y no universalmente válida— axiología. Esta ineludible penetración de un importante flujo de valoraciones político-criminales en el seno del sistema dogmático, si bien es un efecto necesario desde la óptica de la racionalidad material de este último, impide una completa estandarización o universalización de los parámetros con arreglo a los que se comprueba la punibilidad del hecho.

Sentado lo anterior, en última instancia, la virtualidad de todos los límites del *ius puniendi* dependería de sucesivas operaciones de ponderación mediante las que se evaluaría el grado de lesividad del comportamiento. Este reconocimiento de la carga de subjetividad que encierran las operaciones ponderativas a través de las que se sustancia el conjunto de axiomas que componen el sistema de la teoría del delito (en particular, el contenido de injusto del hecho), debería realizarse de la forma más explícita y desacomplejada posible, al contribuir a resaltar una dimensión ideológica del derecho penal que, en vez de ser negada con ingenuas y soberbias pretensiones de científicidad desmedida, debe aceptarse con resignación o, incluso, reivindicarse desinhibidamente como un elemento potencialmente enriquecedor del fundamento material de la responsabilidad penal. En mi opinión, la conciencia sobre los límites cognitivos de la dogmática jurídico-penal se presenta, sin duda, como una condición necesaria en la tarea, jamás del todo culminada, de perfección de la misma.
