

# **Los límites de las remisiones normativas del tipo penal: consideraciones sobre los elementos normativos del tipo objetivo en el Derecho penal contemporáneo (Resumen)**

**~Prof. Dra. Ana Elisa Liberatore Bechara~**

Profesora Asociada de Derecho Penal. Universidad de São Paulo, Brasil. Socia FICP

El mundo, y así también el Derecho solo pueden ser percibidos y racionalizados a través del lenguaje. En este sentido, por un lado el lenguaje permite entender a los fenómenos jurídicos, que, a su vez, están conformados por ello. En tal paradoja reside el carácter transitorio y variable del Derecho, incluso en la esfera penal. Sin embargo, aunque sea variable, la creación jurídico-penal no puede ser considerada como una narrativa puramente ficcional, quedando en realidad limitada por distintas fronteras. Al lenguaje se suman, así, otros criterios de valoración, fundamentales a la comprensión y a la delimitación de la intervención punitiva estatal frente a la libertad del individuo. Valor, norma e injusto penal son, por tanto, intrínsecamente vinculados, de modo complejo, porque dependiente no sólo de criterios jurídico-científicos, sino también de factores exógenos de diverso signo, incluso de carácter ideológico y político.

Afirmase que, al materializar el principio de legalidad, el Derecho Penal se cristaliza como descripción de hechos hipotéticos referidos a una determinada realidad social, los cuales son valorados desde la ofensa a bienes jurídicos dignos de tutela penal, asumiendo, así, la dimensión conceptual de delitos. Con todo, el abandono del romanticismo iluminista, que creía ser posible definir toda la realidad mediante la narrativa clara de un hecho, gradualmente llevó a la consciencia de que la búsqueda por una descripción legal absoluta e inequívoca es insensata, porque imposible. En este punto se admite una cierta apertura o normatización de los tipos penales, con el fin de que estos sean capaces de aprehender y dar - pretensamente - una más adecuada solución a la descripción de hechos delictivos relacionados a realidades complejas.

Aunque no sea propiamente nueva, la discusión sobre la normatividad y la interpretación normativa en Derecho Penal asume una importancia creciente, por el propio desarrollo social y el correspondiente fenómeno de expansión de la intervención penal, con la cual se pretende responder a los nuevos conflictos de ahí surgidos. En este contexto, el contenido actual del principio de legalidad se revela muy distinto del que ha sostenido el legalismo, que en el siglo XIX buscaba la seguridad jurídica mediante la

reducción del Derecho a la ley escrita, presumida de conocimiento de todos. Desde el fin del siglo XX, ocurre un fenómeno de “pulverización de la ley”, rompiéndose con el principio de legalidad conforme a su modelo clásico por medio de distintos factores, tales como la pluralidad y la descentralización de las fuentes del Derecho, bien sí la globalización, los cuales repercuten en el resultado de la integración entre los distintos dispositivos normativos, que frecuentemente queda impenetrable al individuo. En esta perspectiva, el paradigma liberal en el cual el legislador ocupaba políticamente la posición central se modifica y la función judicial pasa a constituir el elemento principal del sistema jurídico-penal, justamente porque el juez funciona como agente intermediador fundamental a posibilitar el proceso de comunicación entre las normas y sus destinatarios.

Ahora bien, toda la actividad hermenéutica del intérprete depende del contenido de la norma penal, la cual dispone de modo específico sobre determinados fenómenos jurídicos, entre los cuales se destaca el propio concepto del delito. En este sentido, el nivel de normatización del tipo interfiere directamente en las posibilidades concretas de su valoración y, en consonancia, en la delimitación de la intervención penal. Justamente en este punto surge el tema de los elementos normativos del tipo objetivo. Aunque se reconozca la necesidad de apertura valorativa y, así, de una cierta normatización de los tipos penales para describir delitos complejos característicos de la sociedad contemporánea, el uso de dichos elementos genera preocupación, por la posibilidad de abrir las puertas al autoritarismo en el sistema penal. Eso es así porque los elementos normativos del tipo implican, por su propia naturaleza, una relación conflictiva con el principio de legalidad y el carácter subsidiario del Derecho Penal, lo que impide considerar como sus supuestos claros los fundamentos penales establecidos a partir del Estado liberal.

Los problemas sobre la normatización del tipo penal sobresalen cuando los elementos normativos correspondientes remiten a normas jurídicas originarias de sectores con objetivos y principios distintos de los presentes en la esfera penal, cuyo contenido no puede ser aprovechado automáticamente sin causar una extensión arbitraria de la intervención punitiva, o cuando su comprensión exige un análisis valorativo del intérprete mediante reglas extrajurídicas. En este último caso, si no hay parámetros específicos expresos para la valoración, no queda más que la creencia – de

difícil afirmación en la práctica - de que el juez, al aplicar la norma penal en el caso concreto, actuará con justicia y respecto a los marcos jurídico-penales democráticos.

Los elementos normativos son aptos, si mal entendidos y aplicados, a conferir un sentido distinto al tipo penal objetivo, determinando su paso de requisito de limitación a criterio de legitimación positiva de la intervención penal. Dichos elementos pueden también conducir a una equivocada equiparación entre la apertura típica y una hipótesis de laguna legal, llevando al recurso ilegítimo, aunque no expresamente admitido, a la analogía y a las costumbres con el fin de conformación de la prohibición penal.

Por otro lado, la consideración de los elementos normativos como instrumentos de libertad judicial que posibilitan una amplia aplicación del dispositivo incriminador, conforme a la opinión del juez, implica el riesgo de aumento de la selectividad penal, porque es apta a violar el principio de igualdad frente a la ley, en el contexto de un intolerable Derecho Penal del autor.

En suma, al exagerarse en la utilización de los elementos normativos, como parece ocurrir en el ámbito penal contemporáneo, debe tenerse presente el riesgo de debilitar al principio de legalidad en nombre de una expansión disfuncional y autoritaria del poder punitivo estatal. Ello porque tales elementos, cuando carentes de delimitación concreta, son aptos a generar una desmaterialización del contenido del delito, resumido a una mera fórmula legal abstracta. Dicha desmaterialización lleva, a su vez, a la idealización de la intervención penal, que deja de justificarse bajo funciones concretas y socialmente útiles. El resultado de todo éste proceso consiste en la imposibilidad de formulaciones críticas al sistema penal, que queda inmune a interferencias externas de contención para imponerse como un dogma en el ámbito de una realidad caótica, bajo la justificación retórica del logro del “interés general”, del “bien común” o de la “seguridad ciudadana”.

Pues bien, desde tales problemas se plantean los caminos metodológicos para el análisis sobre la legitimidad y el alcance de los elementos normativos del tipo objetivo en Derecho Penal contemporáneo. Además de las viejas y todavía no bien solucionadas cuestiones penales en este tema, serán expuestos algunos puntos polémicos actuales, como son (i) el proceso de globalización y la consecuente internacionalización del Derecho Penal, la cual puede llevar a la pretensión de utilizar a los tratados internacionales como objeto de referencia de los elementos normativos del tipo; (ii) la multiculturalidad y las dificultades que ésta implica al establecimiento del contenido

constitutivo de los elementos normativos, en el contexto de un complejo – y utópico - balance entre el respecto a la diversidad cultural y la protección de los derechos humanos; y (iii) las distintas posibilidades de valoración ética y sus límites, en el marco de una sociedad pluralista, como criterio de definición del contenido de elementos normativos extrajurídicos. Desde referidos puntos críticos, se pretende plantear un cambio substancial en el tratamiento de los elementos normativos del tipo penal objetivo, a través de la propuesta de un concepto teleológico, bien así de la exposición de algunos criterios específicos para la delimitación democrática de su alcance. Se trata, por tanto, de analizar los elementos normativos del tipo bajo una concepción de tipo penal menos dirigida a sólo satisfacer formalmente a la legalidad y más preocupada por la garantía de seguridad material de los individuos respecto a la comunicación clara y precisa sobre el contenido de la prohibición penal, de modo a orientar sus comportamientos sin la incidencia de zonas grises y de conveniencias político-administrativas.

El tipo penal y la tipicidad son instrumentos de libertad y, así, de restricción, y no de justificación del poder punitivo del Estado. Así, los elementos normativos del tipo objetivo no pueden funcionar esencialmente en el sentido de autorizar la mayor incidencia de la intervención penal, sino para promover su limitación, a partir de un método valorativo dirigido a la garantía del individuo.

La consideración del tipo penal a partir de su sustrato material permitirá tomarlo fundamentalmente con base en los espacios de libertad que proporciona, restringiendo el ámbito de prohibición, aunque el Derecho Penal no deje de constituir un instrumento político, a los parámetros políticos y sociales que fundamentan el Estado Democrático de Derecho.