





GÜNTHER JAKOBS  
MIGUEL POLAINO NAVARRETE  
MIGUEL POLAINO-ORTS

**BIEN JURÍDICO, VIGENCIA DE  
LA NORMA Y DAÑO SOCIAL**

COLECCIÓN  
DOGMÁTICA PENAL

DIRECTORES  
JOSÉ ANTONIO CARO JOHN  
MIGUEL POLAINO-ORTS  
FERNANDO CORCINO BARRUETA

1. MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación objetiva a debate*, 2010.
2. JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, 2010.
3. POLAINO-ORTS, Miguel / QUINTERO, María Eloísa, *Comunicación e injusto penal*, 2010.

GÜNTHER JAKOBS / MIGUEL POLAINO NAVARRETE /  
MIGUEL POLAINO-ORTS

BIEN JURÍDICO, VIGENCIA DE  
LA NORMA Y DAÑO SOCIAL



1ª edición

© GÜNTHER JAKOBS  
MIGUEL POLAINO NAVARRETE  
MIGUEL POLAINO-ORTS

© ARA Editores E.I.R.L.  
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú  
Telefax: (511) 522-8060  
E-mail: [araeditores@yahoo.com](mailto:araeditores@yahoo.com)  
Web site: <http://www.araeditores.com>

ISBN: 978-9972-238-95-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional  
del Perú N° 2010-07547

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías  
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú

2010

Printed in Peru

## ÍNDICE

¿DAÑO SOCIAL?  
ANOTACIONES SOBRE UN PROBLEMA TEÓRICO  
FUNDAMENTAL EN EL DERECHO PENAL  
GÜNTHER JAKOBS

Resumen .....	13
I. Protección de la Sociedad <i>versus</i> protección de bienes jurídicos .....	13
II. Crítica de la teoría individual-monista del bien jurídico .....	19
III. Esbozo de una teoría del daño social .....	23

PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y CONFIRMACIÓN  
DE LA VIGENCIA DE LA NORMA: ¿DOS FUNCIONES EXCLUYENTES?  
MIGUEL POLAINO NAVARRETE

I. Introducción .....	33
II. La protección de bienes jurídicos como función esencial y legitimante del Derecho penal .....	35
III. La crítica funcionalista al concepto de bien jurídico y su contrapropuesta: la protección de la vigencia de la norma .....	42
IV. ¿Protección de bienes jurídicos <i>versus</i> vigencia de la norma? Críticas a la críticas funcionalistas sobre el concepto de bien jurídico .....	48
A) El bien jurídico ¿incapaz de delimitar el Derecho penal de otras lesiones puramente naturales? .....	48
B) ¿La confirmación de la vigencia de la norma como único aspecto positivo de la secuencia delito-pena? .....	48
C) ¿Desplaza la norma al bien jurídico a un segundo plano? ...	50

V. La necesidad de la referencia a los bienes jurídicos como fundamento del sistema penal .....	52
A) ¿Autoprotección de la norma? .....	52
B) El bien jurídico como elemento modelador del injusto típico .....	53
VI. Recapitulación: la tutela de bienes jurídicos y la protección de la vigencia de la norma: dos tareas compatibles y complementarias .....	54

VIGENCIA DE LA NORMA:  
EL POTENCIAL DE SENTIDO DE UN CONCEPTO  
**MIGUEL POLAINO-ORTS**

I. Introducción .....	59
II. Esbozo del sistema funcionalista: Sociedad, norma, persona; la pena como reafirmación de la vigencia de la norma .....	60
III. Concepto de «vigencia de la norma» .....	64
A) El concepto de vigencia del Derecho: algunas delimitaciones .....	64
B) Vigencia y validez .....	66
C) Vigencia de la norma en Derecho penal .....	66
1. Vigencia de la Norma y Prevención general positiva ....	67
2. Vigencia de la norma: un cambio de paradigma .....	70
IV. Ontologismo <i>versus</i> Normativismo funcionalista .....	71
A) La función de protección de bienes jurídicos en el seno de una Dogmática ontologista .....	71
B) La quiebra de la Dogmática ontologista: la crítica funcionalista al concepto de bien jurídico .....	74
C) La concepción funcional-normativista .....	77
1. Excurso: algunas soluciones eclécticas .....	77
2. Vigencia de la norma y funcionalismo: el concepto de función (función manifiesta y función latente) .....	80
3. Autorreferencialidad del sistema jurídico .....	85
4. Algunas críticas .....	88
V. Individuo <i>versus</i> Persona .....	97
A) Interdependencia del Derecho penal y de la Sociedad ...	97
B) Cambio de paradigma: del individualismo al transpersonalismo socialmente interactivo .....	98

VI. Funcionalismo tradicional (análisis sistemático) <i>versus</i>	
Funcionalismo moderno (análisis funcional) .....	103
A) Generalidades sobre el método funcional .....	103
B) Algunas repercusiones para la Dogmática jurídico-penal .	104
1. La equivalencia funcional entre delito y pena .....	104
2. Concepto dogmático de delito .....	106
VII. Conclusiones .....	109

¿COMUNICACIÓN VERSUS COACCIÓN?

CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA PRETENDIDA

ESCISIÓN DE LA FUNCIÓN DE LA PENA

**MIGUEL POLAINO-ORTS**

I. Introducción .....	115
II. Función de la pena en el Derecho penal del enemigo según	
Jakobs: la eliminación de un peligro .....	115
A) Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano	
como polos ideales y la función de la pena como	
elemento diferenciador .....	115
B) Estabilización del sistema: sobre el concepto de función	
y la distinción entre función latente y función	
manifiesta .....	121
C) El dolor penal como elemento asegurativo y	
estabilizador .....	126
III. Revisión crítica y toma de postura en torno a la función	
de la pena en el Derecho penal del enemigo .....	129
A) ¿Eliminación de un peligro <i>versus</i> estabilización	
normativa? .....	129
B) Delito como “comunicación defectuosa” o “desliz	
reparable” y delito como “conmoción de la	
permanencia del Estado” .....	138
C) Tratamiento como “persona” o como “enemigo” .....	142
D) Algunas consecuencias sobre el principio de	
proporcionalidad .....	143
E) Sobre la supuesta necesidad del dolor penal .....	146



**¿DAÑO SOCIAL?**  
**ANOTACIONES SOBRE UN PROBLEMA TEÓRICO**  
**FUNDAMENTAL EN EL DERECHO PENAL\***

Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* GÜNTHER JAKOBS

---

\* Título alemán: «Sozialschaden? - Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem». La versión original de este artículo se publicó en *BÖSE et al., Grundlagen des Straf- und Strafvfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung*, Duncker und Humblot, Berlin, 2009. El Prof. JAKOBS dedica también esta versión española a su colega el Prof. AMELUNG. Traducción de Miguel POLAINO-ORTS.



### **Resumen**

La teoría, según la cual, el Derecho penal tiene únicamente el cometido de proteger bienes jurídicos de los sujetos, es sometida en este artículo a diferentes críticas: a) El pensamiento de una funcionalización de todas las actividades estatales sobre la base del individuo conduce a un concepto monista de sujeto que ni siquiera puede asegurar el progreso de la Sociedad, sino antes bien «desgas-tarla». Con ello, se descarta una preponderancia fundamental de los sujetos individuales. b) La fundamentación de que la protección de los sujetos es la consecuencia de una concepción basada en la teoría contractual es rechazada por circular: supone un reflejo del espíritu objetivo en el subjetivo. c) En algunos casos, el delito no constituye la destrucción de un bien, sino su no-realización, por ejemplo, en la prevaricación. En resumen, en este artículo se defiende la idea de que resulta más fructífero asignar al Derecho penal la función de protección de instituciones (entendiendo éstas en sentido amplio) que la de protección de bienes jurídicos. La lesión del poder de orientación segura de las instituciones es un daño social.

### **Palabras clave**

Bienes jurídicos - pacto social - instituciones - daño social.

### **I. Protección de la Sociedad *versus* protección de bienes jurídicos**

En la reducida lista de las monografías de la segunda mitad del siglo XX dedicadas a los aspectos teóricos del Derecho penal y que se arriesgan a aportar (y la aportan) una nueva concepción, la obra de AMELUNG, *Protección de bienes jurídicos y protección de la Sociedad (Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft)* ocupa un

lugar destacado<sup>1</sup>. Incluso, quien, afirme no poder compartir su –en parte, cáustica– crítica de la teoría de la protección de bienes jurídicos<sup>2</sup>, debe reconocer que el minucioso examen de todas las variantes de esta teoría hasta sus raíces jurídico-penales, teóricas, filosóficas y –no en último lugar– políticas, consolidó la argumentación de manera firme en un nivel que con anterioridad todo lo más se alcanzó de manera esporádica mas no general, por lo que la obra de AMELUNG es considerada hoy en día en la historia de la teoría del bien jurídico, con razón, como un clásico.

Menor atención<sup>3</sup>, y aun menor respaldo<sup>4</sup>, ha merecido hasta ahora la tercera y última parte del trabajo (después de dos primeras partes histórico-críticas): «Esbozo de una teoría de la dañosidad social»<sup>5</sup>. AMELUNG parte de la teoría de sistemas de PARSONS y del primer LUHMANN<sup>6</sup>, y designa un «modo de actuar» como «socialmente perturbador[...] cuando resulta perjudicial para la concepción permanente del sistema (social, G. J.) sobre la solución de sus problemas de existencia»<sup>7</sup>. ¿Por qué se

<sup>1</sup> Título completo: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit« des Verbrechen*, 1972. Otros trabajos de AMELUNG sobre el tema: «Der Einfluss des süddeutschen Neukantianismus auf die Lehre vom Rechtsgüterschutz im deutschen Strafrecht», en ALEXY *et al.* (Comp.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, pp. 363 y ss.; ID., «Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz», en HEFENDEHL *et al.* (Comp.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 155 y ss.

<sup>2</sup> Resumidamente: AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 350.

<sup>3</sup> Véase, empero, la exhaustiva recensión de HASSEMER, «Buchbesprechung», *ZStW* 87 (1975), pp. 151 y ss., o la exposición de ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo 1, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4ª. edic., 2006, 2/116. La muy profunda y crítica exposición de LOOS únicamente se halla en manuscrito: «Zur Rechtsgutslehre im Strafrecht», s. f., pp. 26 y ss., 30 y ss. y *passim*; también –aunque concisamente– ID., «Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte», en STRATENWERTH *et al.* (Comp.), *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, pp. 879 y ss., 887 y ss.

<sup>4</sup> Dándole la razón, especialmente, SCHALL, *Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch*, 1974.

<sup>5</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pp. 330 y ss., que abarca algo menos que la sexta parte del libro.

<sup>6</sup> Retrospectivamente: AMELUNG, «Der frühe Luhmann und das Gesellschaftsbild bundesrepublikanischer Juristen», en PRITWITZ *et al.* (Comp.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, pp. 7 y ss.

<sup>7</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 387.

refiere AMELUNG al sistema social y no a la persona? Él mismo responde: «Si el Derecho penal ha de garantizar las condiciones de la vida humana en comunidad, entonces la reflexión debe tener su origen necesariamente en el sistema social, y no en la persona»<sup>8</sup>.

Esto suena políticamente incorrecto –quien escribe tal cosa se busca el reproche de que con ello «se aproxima de manera peligrosa a la [...] creída y ya superada divisa cínica, según la cual, el Derecho es lo que es útil para el pueblo»<sup>9</sup>–, lo que no desconoce el mismo AMELUNG, y, por ello, expone de manera clara que no se trata de una declaración política, sino descriptiva: la teoría de sistemas no legitima cuando designa las condiciones de existencia de un sistema –«dictadura», «banda de gánsters»–<sup>10</sup> y, por por esa razón «una institución» sólo «es legítima [...] cuando es éticamente correcta»<sup>11</sup>. Más aun: en contraposición con las «teorías del organismo», que hacen derivar, no de manera coactiva, pero sí posible, de la colectividad (¡del pueblo!) el valor de lo individual, la «teoría del sistema social es [...] un producto de la alienación entre individuo y comunidad»<sup>12</sup>: el individuo no es miembro o parte de la Sociedad, sino de su entorno<sup>13</sup>; la Sociedad no puede ni revalorizar ni devalorizar al individuo, en tanto que éste no tiene ningún estatus en ella.

Esta posición asegura únicamente la solución de los problemas fundamentales de organización de cada convivencia<sup>14</sup>, quedando por lo demás un desierto relativizador: «al igual que hacer deducir de la teoría de sistemas un Derecho natural sociológico[...] difícilmente se halla en la situación de fundamentar un concepto “natural” de dañosidad social que determine *in concreto* qué resulta perjudicial para la convivencia en todas las Sociedades pasadas, presentes y futuras»<sup>15</sup>. AMELUNG cree verse dispensado de la búsqueda de un concepto de ese

<sup>8</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 390, ya en p. 364.

<sup>9</sup> LK-HIRSCH (JÄHNKE *et al.*, Comp., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11<sup>a</sup>. edic., tomo 2, 1992-2003), antes de § 32 nm. 182 d, nota 381, que se refiere, sin embargo, a un texto *mío*.

<sup>10</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 363.

<sup>11</sup> Como en nota 10.

<sup>12</sup> Como en nota 10.

<sup>13</sup> Como en nota 10.

<sup>14</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 368.

<sup>15</sup> Como en nota 14.

tenor, ya que las «decisiones estructurales fundamentales» las proporciona «la Constitución», en concreto, la Constitución de un Estado concreto: la República Federal Alemana<sup>16</sup>.

AMELUNG menciona tres fundamentos por los cuales la contraposición entre su concepción basada sobre la Sociedad y una concepción que se fundamente en el individuo no debiera superarse. En primer lugar, los «“intereses” de la Sociedad y del individuo pueden solaparse o imbricarse de manera inmediata» (exoneración, educación); en segundo término, una Sociedad desarrollada ofrece al particular mejores «oportunidades para sobrevivir»; en tercer lugar, y de manera principal, los múltiples «procesos de interacción» en un «sistema social altamente diferenciado con la institucionalización de derechos fundamentales» no pueden llevarse a cabo, o sólo puede hacerse de manera dificultosa, mediante la coacción (que en tanto coacción estatal ordenada constituye de todos modos un recurso limitado), sino que es mejor realizarlos mediante un «incremento de las posibilidades de comunicación»<sup>17</sup>. En otras palabras, a lomos de la protección de la Sociedad, se halla suficiente espacio para la protección de los individuos.

Opositores coetáneos a la pretensión de AMELUNG de concebir «la realidad social como una realidad *sui generis*»<sup>18</sup> son M. MARX<sup>19</sup> y HASSEMER<sup>20</sup>, quienes insisten en concebir no la Sociedad, sino la individualidad como punto de partida de las reflexiones sobre la función

---

<sup>16</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 363 nota 67, p. 369, entre otras.

<sup>17</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 391.

<sup>18</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 350.

<sup>19</sup> M. MARX, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“*, 1972.

<sup>20</sup> HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973 (al respecto: AMELUNG, «Buchbesprechung», *ZStW* 87, 1975, pp. 132 y ss.); NK-HASSEMER / NEUMANN (KINDHÄUSER *et al.*, Comp., *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, tomo 1, 2ª ed., 2005), antes de § 1 nm. 108 y ss.; HASSEMER, «Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?» en HEFENDEHL (nota 1), pp. 57 y ss. La extensa discusión no puede reproducirse aquí; hasta ahora GÜNTHER, «Die Person der personalen Rechtsgutslehre», en NEUMANN *et al.* (Comp.), *„Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“*, 2007, pp. 15 y ss.; NEUMANN, «„Alternativen: keine“. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre», en NEUMANN *et al.*, como se citó anteriormente, pp. 85 y ss.

del Derecho penal. Con toda la claridad deseable, formula M. MARX que los bienes jurídicos (que, a diferencia de la concepción de AMELUNG, deben constituir un concepto fijo) son «aquellos objetos que requiere el ser humano para su libre autorrealización»<sup>21</sup>; mientras que HASSEMER sostiene que todos los bienes jurídicos, para ser reconocidos como tales, esto es, como bienes del Derecho, debieran «ser funcionalizados partiendo de cada persona individual»<sup>22</sup>, siendo así que, sin embargo, la persona ha de concebirse de manera «social» y su libertad exterior de manera «intersubjetiva»<sup>23</sup>.

M. MARX desarrolla su posición partiendo de una teoría del fin del Estado<sup>24</sup>, donde éste ha de garantizar la libertad de los seres humanos. Con ello, no concibe la existencia de seres humanos libres, que puedan vivir como ermitaños, sino —aludiendo a A. KAUFMANN<sup>25</sup>— únicamente de seres humanos con «individualidad social»<sup>26</sup>. Lo que ello pueda significar en detalle es una cuestión que M. MARX deja abierta y que remite al cambio de circunstancias vitales como «dimensión de la historicidad»<sup>27</sup>.

Por el contrario, HASSEMER fundamenta su posición de manera más intensamente orientada al aspecto *social*, concretamente en el concepto de «experiencia valorativa social» o también en el de «acuerdo normativo»<sup>28</sup>. Conforme a eso, «los bienes universales sin una

<sup>21</sup> M. MARX (nota 19), S. 62.

<sup>22</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), p. 233; casi de manera literalmente idéntica ID., «Darf es...» (nota 20), p. 57; ID., «Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung», en KARRAS *et al.* (Comp.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, 2003, pp. 207 y ss., 213.

<sup>23</sup> HASSEMER según GAEDE / MÜHLBAUER, «Sitzungsbericht», en HEFENDEHL (nota 1), p. 297. HASSEMER se refiere a KAHLO, «Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht», en HEFENDEHL (nota 1), pp. 26 y ss., 28: bienes jurídicos son «la existe libre exterior de una persona que posibilita las realidades de la relación, que por eso son valiosas, cuya realidad se constituye mediante un actuación intersubjetiva (praxis social)». Sobre la constitución de la persona en Derecho como «participante en el espacio intersubjetivo de los fundamentos» GÜNTHER (nota 20), pp. 15 y ss., 29 y ss., 34.

<sup>24</sup> M. MARX (nota 19), pp. 25 y ss.

<sup>25</sup> M. MARX (nota 19), pp. 25 y ss.

<sup>26</sup> A. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 102.

<sup>27</sup> M. MARX (nota 19), p. 46, también p. 62.

<sup>28</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), p. 233, también pp. 25 y ss., 151 y ss., 221 y ss., entre otras.

función en relación a intereses de seres humanos individuales no debieran compatibilizarse [...] con una experiencia valorativa social orientada por la Constitución»<sup>29</sup>: «teoría personal del bien jurídico»<sup>30</sup>. HASSEMER ve de manera muy clara que no se trata de la tutela de caprichos individuales ni incluso de sólo algunos «bienes» individuales –«conflictos cuyo significado no abarca el ámbito de conflicto del semejante son típicamente irrelevantes para el Derecho penal»<sup>31</sup>–, sino que se trata por el contrario de bienes jurídicos cuya lesión provoca un conflicto «de especial significado *social*»<sup>32</sup>. También HASSEMER reconoce la posibilidad de una «experiencia valorativa social», basada realmente en la irracionalidad; pero no quiere dejarla racionalmente de lado, sino constatar que una Sociedad en parte irracional no permite administrarse de manera racional en su totalidad<sup>33</sup>.

Al margen de todas las diferencias entre sus posiciones, tanto AMELUNG como HASSEMER parten de un modelo no-normativo, sino, antes bien, de un modelo *social* orientado por la realidad. La normatividad entra en acción a través de la Constitución vigente en cada momento (AMELUNG) o de la «experiencia valorativa social» (HASSEMER). Frente a ello, M. MARX trabaja con un modelo normativo de *Estado*, concretamente con el Estado como garante de libertad sin entrar en absoluto en un modelo de *Sociedad*. Esta posición debiera ser la más difundida en la actualidad, en parte con una vuelta filosófico-estatal a un «contrato social»<sup>34</sup> creador de un Estado. Los bienes

<sup>29</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), pp. 231 y ss., 233.

<sup>30</sup> NK-HASSEMER / NEUMANN (nota 20), antes de § 1 nm. 132; entre la literatura más nueva, GÜNTHER (nota 20), pp. 37 y ss.

<sup>31</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), p. 233.

<sup>32</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), p. 232 (cursivas no originales); GÜNTHER (nota 20), pp. 38 y s.

<sup>33</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), pp. 241 y ss., 244; dándole la razón en este punto, AMELUNG *ZStW* 87 (nota 20), p. 137.

<sup>34</sup> SCHÜNEMANN, «Das Rechtsgüterprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation», in: HEFENDEHL (nota 1), pp. 133 y ss., 137 y s.; además, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 61 y ss.; ROXIN (nota 3), 2/8 con nota 22, 2/31, 50 y otros lugares más. RUDOLPHI, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», en *Festschrift für Richard M. Honig*, 1970, pp. 151 y ss., 164, relaciona el concepto con la Constitución: bienes jurídicos serán aquellas «unidades funcionales valiosas para nuestra Sociedad regida constitucionalmente y, por tanto, también para la posición y la libertad

jurídicos son, para esta concepción, «todas aquellas realidades o finalidades [...] que resultan necesarias para el libre desarrollo *del individuo*, para la realización de *sus* derechos fundamentales y para el funcionamiento de un sistema estatal organizado sobre la base de *esta* finalidad»<sup>35</sup>. Por consiguiente, y entre otras cosas, no se trata de protección de bienes jurídicos en el ámbito de la conservación de la moral y la costumbre<sup>36</sup>; en la prohibición de conductas carentes simplemente de dignidad, como la sodomía<sup>37</sup>; en la protección de sentimiento de otros, con la excepción de la protección de un sentimiento de amenaza<sup>38</sup>; en la evitación de una autolesión o de ayuda a la misma<sup>39</sup>; en la protección de meros tabús<sup>40</sup> o de objetos «de una intangible abstracción»<sup>41</sup>.

## II. Crítica de la teoría individual-monista del bien jurídico

«Quien no pueda vivir en Sociedad, o –por ser autosuficiente– no la necesite, no es miembro del Estado, sino una bestia o un Dios»<sup>42</sup>. La recién esbozada teoría monista-individual del bien jurídico no se apoya, en todo caso, en la esencia de la Sociedad, sino del *individuo*, cuyo desarrollo ha de constituir abiertamente la meta final del mundo. En tanto que –en sentido original– esta criatura no constituye naturalmente, en ninguna de las variantes de la teoría individual-monista, ni una bestia ni una cuasi bestia ni por supuesto tampoco un Dios<sup>43</sup>,

---

de los ciudadanos individualmente considerados». Véase, también, MÜKOFREUND (JOECKS *et al.*, Comp., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, dir. por VON HEINTSCHEL-HEINEGG, 2003), antes de § 13 nm. 46.

<sup>35</sup> ROXIN (nota 3), 2/7 (cursivas añadidas).

<sup>36</sup> *Ibidem*, 2/17 y ss. Pero ¿qué debe entenderse por «desarrollo» de un entorno depravado moralmente conformado por su parte por individuos sin carácter alguno? Al respecto, LOOS, «Rechtsgutslehre» (nota 3), p. 45.

<sup>37</sup> *Ibidem*, 2/20 y ss.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 2/26 y ss.

<sup>39</sup> *Ibidem*, 2/32 y ss.

<sup>40</sup> *Ibidem*, 2/43 y ss.

<sup>41</sup> *Ibidem*, 2/46 y ss.

<sup>42</sup> ARISTOTELES, *Politik*, trad. por Rolfes, 4ª ed., 1980, p. 5 (I. 2.); casi de manera literalmente idéntica (pero empleando «pueblo» en vez de «Estado») HEGEL, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*, en MOLDENHAUER *et al.* (comp.), G.W.F. HEGEL, *Werke*, tomo 2, 1802, pp. 434 y ss., 505.

<sup>43</sup> Los «Dioses» no sólo se requieren mutuamente; antes bien, requieren a los seres sacrificados por ellos; HIMMELMANN, *Der Alltag der Götter*, 2003, parte I.

entonces debe hallarse un camino basándose en la mencionada sabiduría del mundo, y ese camino, una comunidad suavizada, es divisado por M. MARX en remembranza de lo que A. KAUFMANN denominaba, de manera menos precisa, como «individualidad social» o por HASSEMER mediante la persona definible de manera «social» y por SCHÜNEMANN o ROXIN mediante la reactivación de la figura del contrato social. La practicidad de un camino como el mencionado debe analizarse en el ejemplo del concepto filosófico-social mejor elaborado hasta el momento: el concepto de pacto o contrato social.

No se trata aquí de un contrato social como hecho histórico, sino –por ejemplo para KANT<sup>44</sup>– como idea regulativa. Pero también una idea como ésa ha de ser consistente en sí, y ello significa que deben pensarse simultáneamente todas las condiciones e implicaciones de la celebración de un concreto y sólo el hecho histórico será substituido por un «como-si» (*Als-Ob*). Los individuos que celebran el contrato están, en consecuencia, dotados de la preparación requerida para la celebración del mismo, además de ello, deben concurrir las restantes condiciones extracontractuales necesarias para el contrato.

En lo que se refiere a la primera condición (una preparación suficiente), resulta evidente que el individuo no ha podido heredar por sí solo dicha preparación, sino que en todo caso se la debe al proceso de su *socialización* (!). A no ser que se presuponga –lo cual es improbable que suceda, pero aquí se trata sólo de excluir de la argumentación de seres individuales errores *principales*– que esta socialización tiene lugar en una gran familia, sin participación alguna del Estado, y que eso es exactamente lo que ocurre en todos los supuestos. En este caso, no existiría el más mínimo motivo para anteponer en el Estado en creación las condiciones de desarrollo del individuo a las condiciones de existencia de la gran familia, y sería de igual modo difícilmente imaginable que se pueda definir a los sujetos socializados *de esa forma* como seres individuales y que se les pueda ocurrir anteponerse a la Sociedad; ya que esta anteposición, si tuviera lugar en la práctica, acabaría con las condiciones de los procesos de socialización y significaría el fin de la

---

<sup>44</sup> KANT, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en WEISCHEDEL (Comp.), Immanuel KANT, *Werke in sechs Bänden*, tomo VI, 1964, pp. 125 y ss., 153 (A 249).

Sociedad: los individuos la habrían utilizado para provecho propio. ¿Ello puede demostrarse como algo falso? No, la falta de Sociedad no es una contradicción en sí. Pero debiera quedar claro que una Sociedad que tenga existencia, *no* puede organizarse de esa manera; en otras palabras, quien pretenda funcionalizar todos los bienes jurídicos partiendo del ser individual, no debe sorprenderse si se le van de las manos las condiciones de estabilización de la Sociedad<sup>45</sup>, y si la Sociedad siguiera siendo estable, entonces la astucia de la razón evitaría precisamente la funcionalización integral de los individuos.

Ahora me referiré a las condiciones no-contractuales de un contrato. Ya para HUME, las «promesas son invenciones humanas[...] fundadas en las necesidades o intereses de la Sociedad»<sup>46</sup>, o más precisamente: son desarrollos de la Sociedad. *Pacta sunt servanda* no puede fundarse sobre la base del sujeto individual, ya que para él «la voluntad obligante es [...] la voluntad de ayer»<sup>47</sup>. Únicamente puede llegar a obligar cuando, como ha expuesto especialmente DURKHEIM<sup>48</sup>, sobre la base de división del trabajo social, un intercambio real-contractual de prestaciones, al menos parcialmente, ya no es suficiente, por ejemplo,

---

<sup>45</sup> Una referencia a la deficitaria protección jurídico-penal del medio ambiente será suficiente para poner de manifiesto la actualidad del problema. Cuando SCHÜNEMANN indica que el «más alto valor» lo constituye «la supervivencia del género humano» y no los individuos hoy vivientes («Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», GA, 1995, pp. 201 y ss., 206), está reduciendo la diferencia entre protección de bienes jurídico y protección de la Sociedad a un problema terminológico y más bien marginal.

<sup>46</sup> HUME, *Ein Traktat über die menschliche Natur*, III., *Über Moral*, trad. por LIPPS, 2ª ed., 1923, p. 266; al respecto, LAHNO, *Versprechen. Überlegungen zu einer künstlichen Tugend*, 1995, pp. 18 y ss.

<sup>47</sup> RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5ª. edic. a cargo de Erik WOLF, 1956, p. 245; JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2ª. edic., 1999, pp. 14 y ss., 20 y s. y *passim*.

<sup>48</sup> DURKHEIM, *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, trad. por L. SCHMIDT y M. SCHMIDT, 1988, pp. 256 y ss., 272, 450; ID., *Physik der Sitten und des Rechts*, trad. por M. BISCHOFF, comp. por H.-P. MÜLLER, 1991, pp. 237 y ss., 245: «el contrato es ... fuente de variaciones que presuponen un fondo jurídico basal que tiene una procedencia diversa». Al respecto, GEPHART, *Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne*, 1993, pp. 329 y ss., KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, pp. 39 y ss. JAKOBS, «Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit», en HÖVER (Comp.), *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, 1999, pp. 5 y ss., 7 y ss.

porque las prestaciones se pueden realizar más fácilmente si se demoran temporalmente, y de ahí hasta un compromiso surgido de contratos carentes de formalidad jurídica sobre cualesquier objeto media un trecho muy grande. DURKHEIM: «Resumidamente puede afirmarse que el contrato no se basta a sí mismo, pero no es posible sino gracias a una reglamentación del contrato que es de origen social. El contrato<sup>49</sup> implica esa reglamentación porque su función es mucho menos la de crear reglas nuevas que la de diversificar, en los casos particulares, las reglas generales preestablecidas»<sup>50</sup>.

Un contrato es, por ello, sólo en esos casos, un vehículo para alcanzar un resultado de fuerza obligatoria, donde el contexto social ya ha preformado la obligación e incluso una no-obligación, por ejemplo, porque no se pertenezca a un concreto Estado que someta al individuo a la totalidad, presupone una convicción social de que la respuesta a preguntas de un contenido tal se demuestre por el contenido del contrato. La estructura social es el suelo sobre el cual pueden imaginarse de manera consistente los sujetos individuales como sujetos contratantes, y si quieren colocarse a sí mismos en el contrato de manera absoluta, se están retirando ellos mismos el suelo de debajo de sus pies, de manera que caen al vacío.

La argumentación, de antigüedad milenaria<sup>51</sup>, en torno a un contrato social, refleja el espíritu objetivo en los espíritus subjetivos que, con ello, parecen conformar de manera independiente lo que ellos sólo realizan, por ejemplo, el sabio sometimiento al Dios mortal, después de que la, en tiempos remotos, unificadora fuerza del Dios eterno se ha desnaturalizado por *mor* de guerras religiosas en un poder segregador (HOBBS), la formación de libertad civil (LOCKE), la libertad de la persona política en el colectivo hacia finales del *ancien régime* (ROUSSEAU) o la estabilización de la Sociedad opulenta a través de estándares de solidaridad (RAWLS). Después del modelo contractual,

---

<sup>49</sup> En el texto original se emplea en vez de «el (contrato)» la palabra «eso».

<sup>50</sup> DURKHEIM, *Arbeitsteilung* (nota 48), p. 272.

<sup>51</sup> Una extensa visión de conjunto ofrecen W. SCHRÖDER ->Vertrag I-<- y HARTUNG ->Vertrag II-<- en RITTER *et al.* (Comp.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tomo 11, «Vertrag»; KERSTING, «Vertrag, Gesellschaftsvertrag, Herrschaftsvertrag», en BRUNNER *et al.* (Comp.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, tomo 6, 1990 (pp. 901 y ss., 914 y ss.); detenidamente Id., como en nota 48.

lo general debe ser construido sobre la base de pormenores, lo cual presenta ventajas en tanto se muestre pacífica una voluntad consentidora. Pero la propia legalidad de la Sociedad no puede mostrarse en el modelo contractual, sino sólo una imagen deformante de cada ser individual, como un ser social sin Sociedad<sup>52</sup>.

### III. Esbozo de una teoría del daño social

Con ello, no se ha hecho más que exponer una anotación sobre la inconsistencia de una teoría monista-individual del bien jurídico<sup>53</sup>, revestida doctrinalmente por la formulación de su variante de la

<sup>52</sup> JAKOBS (nota 48), pp. 5 y ss., 27 y ss.; véase también GÜNTHER (nota 20), pp. 24 y ss. El contraste teórico-constitucional de esta imagen deformante lo constituye la «amplia teoría del tipo» de los derechos fundamentales en ALEXY (*Theorie der Grundrechte*, 1985, pp. 249 y ss., 290 y ss.), según la cual la «libertad general de acción» se refiere «potencialmente» también a la conducta delictiva, aunque sin embargo haya de recortarse a través de «límites» a una medida socialmente aceptable: libertad jurídica sin Derecho. Un derecho de todos a todo ni siquiera es *imaginable*, ya que el deber concurrente de todos consistente en tolerar todo impediría ese derecho. Por ello, en un modelo como ese no puede hablarse de *derechos* potenciales sino de una libertad fáctica en un estado de naturaleza *carente de Derecho*. Pormenores al respecto se pueden consultar en HOBBS. Un «derecho prima facie» a «robar» (p. 297) presupone que la cosa que se pretende robar sea *ajena*, esto es, que no esté cubierta por el derecho del ladrón. Quien intente pensar en un Derecho o aceptarlo «prima facie» sin tener en cuenta al mismo tiempo las implicaciones *conceptuales* de cada derecho carece abiertamente de un concepto de Derecho. Véase al respecto, JAKOBS, «Buchbesprechung», *ZStW* 110 (1998), pp. 716 y ss., 718 y s.

<sup>53</sup> Esta teoría puede tener, en su ámbito (la relación de personas libres entre sí), una limitada capacidad de explicación, pero únicamente en ese ámbito: STRATENWERTH, «Zum Begriff des «Rechtsgutes»», en ESER *et al.* (Comp.), *Festschrift für Theodor Lenckner*, 1998, pp. 377 y ss., 388; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª. edic., 1991, 2/24; ID., «Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?», en *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Seiji Saito*, 2003, pp. 18 y ss., 25; aun más crítico frente a ese poder de explicación, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 2000, pp. 221 y ss.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, pp. 180 y ss., 182; BACIGALUPO, «Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts», en PAWLIK *et al.*, *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 1 y ss., 14: decisivo es «el modelo de Sociedad de cada época determinada». Véase también LK-WALTER (LAUFHÜTTE *et al.*, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12ª. edic., tomo 1, 2007), antes de § 13 nm. 8 y ss., 16: el bien jurídico «únicamente desempeña el papel de un topos retórico».

teoría del contrato social. Entonces, si queremos permanecer en el nivel de una teoría de los bienes, al menos, tendrían que reconocerse *genuinamente* bienes sociales, es decir: aquellas instituciones sociales y –mediatamente también– estatales que resultan en absoluto irrenunciables para la subsistencia de la Sociedad<sup>54</sup>; si bien aquí, como ocurre con los bienes de la persona natural, debe especificarse en qué medida precisan esos bienes de una tutela jurídico-penal. Este camino de una teoría dualista del bien jurídico (dualista, además, en ambos «extremos» de esta doctrina dotada de bienes *autónomos*), que –como toda doctrina dualista<sup>55</sup>– presenta la ventaja de no tener que rastrear el aspecto personal tratándose de bienes sociales<sup>56</sup>, no debe proseguirse más en este lugar, precisamente en favor de realizar algunas reflexiones en torno al concepto de daño social.

Una situación en la que los individuos posean algo (oportunidades incluidas), *sólo de manera fáctica* y lo tengan por un bien, es necesariamente vacía *desde el punto de vista jurídico*: el estado natural (o estado de la naturaleza) del que habla HOBBS. Para poder rellenar el estado jurídicamente, aquello que se posee fácticamente ha de ser concebido de manera jurídica, esto es, ha de ser comprendido –en sentido amplio, o sea, incluyendo el propio cuerpo– como propiedad: es decir, como algo que los demás deben respetar incluso cuando el propietario no lo posea ya más de manera fáctica. Hablando *kantianamente*,

---

<sup>54</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 59 y ss., entre otras, ha reconocido que la Sociedad no puede ordenarse según individualidades (sujetos) consciente e instruidos. El acoplamiento estructural no empece empero a que el Derecho penal es una organización *de la Sociedad* y no algo que tiene lugar de alguna forma «entre» individualidades. Por ello, la crítica de HEFENDEHL contra un «modelo orientado a la teoría de sistemas» hurta al Derecho penal el lugar de su posibilidad. La objeción de ROXIN (nota 3), 2/110, en el sentido de que «un sistema social» no debe «mantenerse por su propia voluntad, sino por la voluntad de los hombre que viven en cada Sociedad concreta», pasa más claramente el problema por alto: los «seres humanos» que se proporcionan a sí mismo un buen ordenamiento no pueden anteponerse a este ordenamiento. Preguntándolo a modo de ejemplo: ¿la amistad existe porque existen amigos o existen amigos porque existe amistad?

<sup>55</sup> Quizá mejor: teoría *tripartita* de bienes: el individuo, el Estado, la Economía. Véase JAKOBS (nota 47), pp. 112 y ss.

<sup>56</sup> Así, ya, LOOS, «Rechtsgutslehre» (nota 3), pp. 62 y ss. Ahora, básico, HEFENDEHL (nota 54), pp. 73 y ss., 378, entre otras; ID., «Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafrechtsreform», en ID. (nota 1), pp. 119 y ss.

el Derecho fundamenta una posesión inteligible, en la que en el estado jurídico alcanzado de ese modo carece de significado si «alguien» es un individuo. Depende mucho más de si ese «alguien» es titular de un derecho –con al menos *un* derecho, ya está alguien jurídicamente «ahí»– y en los demás se fundamentará de igual modo una existencia jurídica, aunque con un contenido inverso: los demás están obligados jurídicamente «ahí», en relación al titular del derecho mencionado. Si a los individuos les agrada que ya no se hable más de ellos y que se hable, en cambio, de personas como titulares de derechos y obligaciones –en caso de un delito, o incluso de una revolución, es evidente que no les agrada a algunos individuos–, puede entonces constatarse en primer lugar que *en* Derecho los individuos no existen.

La relación entre el sujeto autorizado y el obligado no es puramente espiritual, únicamente imaginada. Antes bien, el Derecho constituye –incluso en el caso más sencillo y fundamental de todos– un derecho al *cuerpo* o a una *cosa*, y un deber de no lesionar ese derecho, que tiene como contenido mantener en un estado de seguridad en las relaciones tanto el *cuerpo* del sujeto obligado como sus mismas cosas. Pero tanto los cuerpos como las cosas son precisamente, desde el punto de vista jurídico, cuerpos y cosas de *personas*, no de individuos, como se puede ver en el caso del estado de necesidad exculpante: cuando la persona porta una especial obligación (derivada de injerencia o de su estatus)<sup>57</sup>, entonces tiene una necesidad existencial de mantenerla, cosa que no sucederá apelando a su aspecto de individuo natural.

Cuando alguien deja de cumplir sus deberes en el tráfico jurídico y lesiona a una persona, y contando con que se dan el resto de presupuestos, nos hallamos ante un delito, y precisamente ante un delito contra la otra persona. Y al ser ésta precisamente una persona debido a su posición en la Sociedad, el conflicto sigue siendo un conflicto social. La visión es, por tanto, una visión diferente a la que se tiene en la teoría de bienes, la cual concibe primariamente el delito como hecho contra otro sujeto que, por principio, es visto de manera aislada, y recién en un segundo razonamiento se procede a añadir el significado social del delito. En este concepto no existe otro sujeto con sus

---

<sup>57</sup> Pormenores en JAKOBS, *Strafrecht* (nota 53), 20/12 y ss.

intereses, sino sólo –en un sentido amplio– propietarios, personas en Derecho, y –por ello– el delito no es privación de cualquier medio de desarrollo de otro, sino perturbación de la estructura normativa de la Sociedad, esto es: eso que AMELUNG denominaba como daño social<sup>58</sup>.

Un daño social concebido de esa manera consiste en la contradicción entre una persona competente y la obligatoriedad de una institución social, aunque ésta sea sólo una única norma. Completamente al margen del problema de la «protección de sentimientos»<sup>59</sup> y otros ámbitos relacionados, no es posible relacionar todas las instituciones con bienes *ya existentes*, en tanto que las instituciones positivas<sup>60</sup> tienen como contenido la *producción* de algo, aunque este algo, cuando ya esté producido, pueda consistir en un bien<sup>61</sup>. En todo caso, puede formularse que el Derecho penal garantiza *la existencia o la producción* de «bienes» (que, no obstante la diferente cualidad de esos bienes, una forma de hablar como la mencionada obliga a nivelarlos). Por ejemplo: un fiscal que no tramite un acta, con la consecuencia de que prescribe algo, «lesiona» la correcta administración de justicia sólo en el sentido de que él *no la ha llevado a cabo* infringiendo un deber, de manera diferente a lo que ocurre, por ejemplo, con el sujeto obligado por injerencia que no evita que un bien *ya existente* se eche a perder.

Se trata, pues, de la *protección de instituciones* que, en caso de deberes negativos, representa una mera protección de normas. Estas instituciones ¿pueden presentar cualquier contenido? Ya *teóricamente*

<sup>58</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 390, entre otras.

<sup>59</sup> Al respecto, HÖRNLE, «Der Schutz von Gefühlen im StGB», en HEFENDEHL (nota 1), pp. 268 y ss., con amplias referencias.

<sup>60</sup> Fundamental: SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 51 y ss.

<sup>61</sup> JAKOBS, *Strafrecht* (nota 53), 2/17; ID., «Was schützt ...» (nota 53), pp. 21 y s. ROXIN- (nota 3), 2/13, objeta: «La Administración de Justicia, cuyo carácter de bien jurídico es incuestionable, se ve serianamente dañada cuando un juez dicta a sabiendas una resolución injusta». En tal caso se da un *doble* injusto: falta una resolución justa y existe una injusta en el mundo. Pero, en relación al caso pendiente, ambas no «lesionan» de algún modo la Administración de Justicia digna de protección por el sencillo motivo de que ella no es posible, sino que ella *debe fabricarse*. Puede «lesionarse» la Administración de Justicia cuando un juez que se dispone a dictar una sentencia justa impide que se dicte o cuando un edificio de juzgados insustituible salta por los aires o cuando se roban actas, etc. Acertadamente STRATENWERTH, «Zum Begriff des «Rechtsguts»», en ESER *et al.* (Comp.), *Festschrift für Theodor Lenckner*, 1998, pp. 37 y ss., 381 y s., 385 y s.

eso no es posible, en tanto que las instituciones deben ser, en general, compatibles entre sí. En caso de una orientación normativa manifiestamente contradictoria, no puede existir Sociedad en ese ámbito de la contradicción. Desde el punto de vista *práctico*, no basta, empero, una respuesta formal como la mencionada, porque en la práctica, la Sociedad tiene lugar siempre en una situación histórica determinada de cuyo contenido el sistema jurídico no se puede desenganchar a discreción. No puede tomarse, por ejemplo, como sistema jurídico el existente en la Sociedad opulenta de la Esparta en tiempos del legislador LICURGO, mientras que el Derecho interno de la hermandad de la Iglesia Morava\* de poco sirve en una sociedad de buscadores de oro. En fin, una relatividad que también es conocida por los defensores de la teoría del bien jurídico<sup>62</sup>.

La punición de un ataque a una institución (norma) únicamente es legítima cuando la institución sea, por su parte, legítima<sup>63</sup> y cuando

---

\* Confesión evangélica protestante también conocida como Hermanos de Herrnhut, Hermanos Unidos o Iglesia Morava (o, también, en latín: *Unitas Fratrum*). (N. del T.).

<sup>62</sup> M. MARX (nota 19), p. 46; HASSEMER, *Theorie* (nota 20), pp. 121 y ss., entre otras; ROXIN (nota 3), 2/115.

<sup>63</sup> La teoría de la protección de la Sociedad nunca ha considerado legítimo *per se* la protección de normas, que yo denomino aquí protección de instituciones sobre la base de los deberes positivos (véase arriba el texto correspondiente con las nota 60 y s.). Véase, sólo, JAKOBS, *Strafrecht* (nota 53), 2/1; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 363; MÜSSIG (nota 53), pp. 142, 151 y *passim*; véase también WOHLERS (nota 53), pp. 47 y ss., 109, 217, 239. La posición contraria (MIR PUIG, «Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit», GA 2003, pp. 863 y ss., 866, entre otras; también SEHER, «Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff», en HEFENDEHL, nota 1, pp. 39 y ss., 41) considera que la teoría de la protección de bienes jurídicos debe tratar *per se* como un bien lo que en un ordenamiento cualquiera sea catalogado como «bien». También la teoría de la protección de bienes jurídico presenta perfiles jurídico-estatales de libertad recién a través de una referencia concreta a concretos bienes y dejando a otros de lado. El bien de mayor valor no puede ser la vida de un dictador o la existencia de un partido político o la paz de una montaña en la que viven los Dioses. Cuando los defensores de esta teoría argumentan que un bien jurídico ha de vincularse *necesariamente* a un sujeto (lo cual históricamente no era así, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, nota 1, pp. 43 y ss.; ID., «Der Begriff», nota 1, pp. 155 y ss.; WOHLERS, nota 53, pp. 218 y ss., 229), confunden el concepto con una de las etapas de su desarrollo. Pero si conciben el bien *jurídico* de manera enfática y libre, entonces rige esto no en menor medida para la norma *jurídica*. Demasiado fácil presentan la cuestión también aquellos para los que

no se encuentren equivalentes funcionales de la pena menos agresivos que ésta. Una remisión a la Constitución no es, por sí sola, suficiente, ya que ésta también ha de acreditarse como legítima<sup>64</sup>. Qué sea legítimo es algo que se configura como espíritu de un tiempo (y que es aprehendido especulativamente por la filosofía) y además se presentará como estable en tanto espíritu vinculado con la cultura jurídica transmitida y dedicado a la conservación e incremento de esa cultura. Este espíritu, que llena y refleja la –concebida enfáticamente– realidad del presente, no puede obviarse si queremos que el Derecho sea *determinador de la realidad*<sup>65</sup>. Si confrontamos el espíritu de los tiempos con vehementes y acalorados postulados político-jurídicos, entonces el espíritu parecerá frío, en tanto que se halla vinculado con lo que es factible, y en tanto espíritu de una Sociedad compleja su contenido no puede ser siempre algo demasiado fácil. HASSEMER describió, con su muy diferenciado desarrollo de la «experiencia valorativa social» o del «acuerdo normativo»<sup>66</sup>, cómo el espíritu de los tiempos se convierte en algo subjetivo: lo que es conectable se rige por la comunicación, no por sujetos.

¿Cómo llega ese espíritu al Derecho? Ello tiene lugar de diferentes maneras, siendo la más importante de todas ellas el acoplamiento estructural entre el sistema jurídico y el sistema político mediante el Derecho positivo. En las situaciones de dificultades evidentes a la hora de tomar decisiones dentro del sistema político, la imagen de ese espíritu y su observancia, en el momento de interpretar las leyes y de perfeccionamiento del Derecho, entran en acción en el sistema jurídico, ante todo –pero no sólo– como interpretación de la Constitución. Los

---

la «liberalidad» es un contenido que se da por supuesto en el Derecho penal: ROXIN (nota 3), 2/212; SCHÜNEMANN (nota 34), p. 154; HEFENDEHL, «Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah», GA 2007, pp. 1 y ss., 2. Ciertamente que la libertad es una meta de los tiempos modernos, pero ¡también la seguridad y el bienestar y el mantenimiento de los recursos naturales son metas del presente!

<sup>64</sup> HASSEMER (nota 3), p. 161.

<sup>65</sup> BACIGALUPO, como nota 53. Es tarea de la *Ciencia* del Derecho comprobar la vinculación del Derecho con la realidad del presente y, dado el caso, criticar el Derecho o criticar una opinión simplemente apartada de la realidad. JAKOBS, «Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin», en Chr. ENGEL (Comp.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, de próxima aparición.

<sup>66</sup> HASSEMER, como nota 28, y ya antes Id. (nota 3), p. 157.

individuos acoplados estructuralmente con las personas también pueden rebelarse, en nombre del espíritu (y, también, de innúmeros subes-  
píritus) frente al Derecho: el individuo que ya no halle (más) su sustento  
en Derecho se orientará de otra manera, quitando así al Derecho su  
realidad. De ese modo, por ejemplo, a través de una revolución de  
mujeres que no hallaban su sustento, las instituciones que impedían  
una equiparación de las mujeres son dejadas de lado y, en su lugar, se  
aprueban normas mediante las que se equiparan las mujeres a los  
hombres. Otros caminos también pueden mencionarse.

Esbozar simplemente el contenido del espíritu significaría tener  
que escribir el capítulo completo dedicado al Derecho dentro de un  
Tratado de Política<sup>67</sup>, lo que no puede realizarse en este lugar, aunque  
sí puede mencionarse *un* ejemplo: una de las metas (acaso la principal)  
de los tiempos modernos es la libertad<sup>68</sup>, además la libertad tanto en  
lo que hace a la organización de la vida privada como de la participación  
en la vida política, o en otras palabras: en el mundo moderno, una  
Sociedad libre y democráticamente organizada soluciona sus problemas  
de existencia mejor que una que se fundamente en la coacción. *Eso*, la  
ventaja de una libre organización para la Sociedad es el motivo para  
posicionar a la persona dentro de la Sociedad, y ese posicionamiento  
permite definir algunas cosas (y, en verdad, sólo algunas) desde una  
visión monista-individual: ante todo, que a la libertad le corresponde  
una función fuertemente desgestionadora (y protectora de las  
personas que disfrutan de libertad)<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> «Política» entendida como actuación en el ámbito público. Esta actuación, si  
debe ser algo diferente a la coacción, se halla vinculada al espíritu que cada  
tiempo tiene y en el que quien actúa se inspira. El desarrollo de este espíritu  
presupone algo más que la conciencia de la propia «liberalidad» (arriba,  
nota 63 *in fine*) y mención por algunos de bienes jurídicos protectores de  
personas. De otra opinión, HEFENDEHL (nota 63), p. 5.

<sup>68</sup> *Jurídicamente* puede extrapolarse del contenido de las leyes que junto a la libertad  
se hallan, en parte con un peso preponderante, la *seguridad* y el *bienestar*. Además,  
cada vez se acepta con mayor fuerza la propia preponderancia de la *Economía*.

<sup>69</sup> Véase AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), p. 355. Esta situación social actual  
tiene también ciertos inconvenientes: al derecho a la libertad no le corresponde  
deber alguno a una previa ilustración exhaustiva y de ese modo se llega a la  
degeneración de la libertad a un mero gozo y a la acumulación de objetos  
inservibles. Acertadamente, STRATENWERTH, «Kriminalisierung bei Delikten  
gegen Kollektivrechtsgüter», en HEFENDEHL (nota 1), pp. 255 y ss., 258.

La estructura normativa y libremente conformada de la Sociedad únicamente será, pues, real cuando las personas se comporten, sin grandes reservas, de manera libre y no se retiren como harían si se hallaran en un terreno inseguro. Una persona únicamente puede actuar a largo plazo de tal modo que también los individuos encuentren, por lo general, en sus intereses su propio sustento, porque si no, se rebelaría éste y el orden normativo perdería –no necesariamente su corrección, su obligatoriedad, pero sí– su realidad, esto es: su poder de dirigir la orientación jurídica: de ese modo, no representaría ya más la estructura de la Sociedad realmente existente. Por ello, la persona requiere para su hacer y su dejar hacer no sólo la seguridad de que dispone de derechos, sino también la seguridad de que no podrá resultar lesionado o, incluso, matado ilegítimamente, sino que podrá disfrutar de la libertad garantizada por el Derecho; esto es, que con alta probabilidad no resultará lesionado ni asesinado. Hablando abstractamente, el Derecho en tanto pura normatividad no ofrece a las víctimas potenciales orientación alguna. Antes bien, requiere de una cierta cimentación cognitiva (que será de diversa consistencia, en función del peso del Derecho)<sup>70</sup>.

Esta relación, aquí, meramente esbozada constituye el fundamento de los delitos contra las personas y sus variantes. La elevada penalidad prevista para los delitos dolosos de homicidio no resulta, especialmente, de que a través de esos delitos se ve diezmado el número de personas en la Sociedad<sup>71</sup> –esta cifra se ve diezmada en no menor medida mediante los homicidios imprudentes que mediante los dolosos–, sino del hecho de que únicamente con una contundente protección de la vida puede esperarse una actuación libre de las personas: sin esa protección –y algo análogo rige para todos los delitos contra la persona– las personas no podrían desempeñar los *roles* correspondientes a cada una de ellas.

---

<sup>70</sup> Eso mismo vale para todas las instituciones normativas, también para la persona. Al respecto, JAKOBS, «Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit», *HRRS*, 2006, pp. 289 y ss., 291.

<sup>71</sup> Así, empero, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pp. 386 y ss., 388 y s.; crítico al respecto, HASSEMER (nota 3), p. 162.

**PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y CONFIRMACIÓN DE LA  
VIGENCIA DE LA NORMA: ¿DOS FUNCIONES EXCLUYENTES?**

Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.*  
MIGUEL POLAINO NAVARRETE



## I. Introducción

Permítanme que comience con algunos recuerdos de mi propia vida académica y personal. A comienzos de los años 70 del siglo pasado, cuando concluí mi tesis doctoral sobre el tema de los elementos subjetivos del injusto redactada en su integridad en el Instituto de Derecho penal de la Universidad de Munich, entonces dirigido por un Profesor inolvidable, Reinhart MAURACH, se me ofreció la posibilidad de proseguir algún tiempo más el estudio y la investigación jurídico-penales en las Universidades alemanas, merced al generoso mecenazgo de la Fundación Alexander von Humboldt, lo que me permitiría escribir, con posibilidad de acceso a la bibliografía germana y con el contacto directo de grandes maestros de aquel país, lo que los alemanes llaman *Habilitationsschrift*, un trabajo de investigación que habilita para ejercer la Cátedra universitaria, y que –al menos en Alemania– constituye un trabajo de mayor enjundia y mayor calado que la propia tesis doctoral. El tema que entonces me propuse afrontar era, precisamente, el del bien jurídico en Derecho penal. Ya en mi tesis doctoral, cuya temática tanto se relacionaba con la concepción del injusto, hube de referirme a las diversas concepciones en torno a la naturaleza de la antijuricidad jurídico-penal, en concreto, a las doctrinas subjetivas, objetivas y de los imperativos. Cada una de ellas, definía el injusto desde una perspectiva diferente, poniendo acento en algún ámbito concreto. Pero me llamaba poderosamente la atención el hecho de que todas las teorías doctrinales mostraban un denominador común: el concepto de *bien jurídico*. Bien es verdad que a veces se rellenaba ese concepto con un contenido diferente (interés, mínimo ético, etc.), pero lo cierto es que ese concepto se consideraba, desde tiempo atrás, un dogma imprescindible derivado de uno de los principios rectores del Derecho penal: el *principio de ofensividad* o de *la materialidad del injusto*,

que puede formularse gráficamente mediante el brocardo latino que reza *nullum crimen sine iniuria*.

Esa recurrencia al concepto de bien jurídico, en la explicación del injusto penal, resultaba, desde luego, poderosamente llamativa, aunque la amplitud de doctrinas formuladas desde que BIRNBAUM introdujera al ruedo de la Dogmática jurídico-penal, un siglo y medio antes, en 1834, el concepto de *bien* (luego convertido en *bien jurídico*), dificultaba sin duda llevar a buen puerto un trabajo completo y riguroso sobre la materia. El perseverante apoyo del maestro alemán Hans-Heinrich JESCHECK (que hasta poco antes de su muerte, a los 94 años, en septiembre de 2009, ha dado muestras de perseverancia y de laboriosidad trabajando a diario en la actualización de su *Tratado de Derecho penal*), a la sazón, Director del Instituto Max-Planck de Friburgo (sede académica donde pude disfrutar de la Beca de la Fundación Humboldt) y, también, por qué no decirlo, muchas horas de trabajo personal, hicieron que pudiera redactar, en el año y medio que duró aquella estancia de investigación, una exhaustiva monografía sobre esa compleja problemática que aparecería publicada en España poco después, en 1974<sup>1</sup>, por mi Universidad de origen.

Ahora, más de treinta años después de dedicarme con empeño e ilusión juveniles a aquella problemática del bien jurídico, quiero volver, como he hecho en años pasados<sup>2</sup>, a ese tema, que ha adquirido nuevas e interesantes perspectivas a la luz de las aportaciones que, desde hace un cuarto de siglo, ha ofrecido al debate científico el profesor JAKOBS. En este trabajo nos queremos ocupar, precisamente,

---

<sup>1</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Católica Española S.A., Sevilla, 1974.

<sup>2</sup> Por ejemplo, en el capítulo correspondiente a mi exposición general de la asignatura y en una obra general sobre la teoría del injusto típico en el Derecho penal. Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, cap. 13; ID., *El injusto típico en la Teoría del delito*, Mario A. Viera Editor, Corrientes / Argentina, 2000. Asimismo, de manera más esquemática, en algunas colaboraciones o voces sobre el concepto de bien jurídico. Vid. ID., «Bien jurídico», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 795 y ss.; ID., «Bien jurídico», en *Enciclopedia Penal Básica*, dirigida por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Comares, Granada, 2002, pp. 179 y ss.; ID., *Instituciones de Derecho penal. Parte general*, presentación por Walter Vilcapoma Bujaico, Grijley, Lima, 2005, cap. 6.

de ese binomio (protección de bienes jurídicos y estabilización de la vigencia de la norma) y, en concreto, queremos responder polémicamente a dos preguntas básicas: en primer lugar, si el concepto de bien jurídico *sigue desempeñando* un papel en la moderna Dogmática jurídico-penal. Y, en caso afirmativo, qué relación guarda con la confirmación de la identidad normativa de la Sociedad. Vamos a ello.

## II. La protección de bienes jurídicos como función esencial y legitimante del Derecho penal

Empecemos con una declaración básica, tradicional: *el Derecho penal protege bienes jurídicos*. Esta frase ha sido un dogma incuestionable desde tiempo secular. En ella, se resume la opinión mayoritaria en la Dogmática penal durante largo tiempo, esto es, algo en lo que no había voz discrepante, a saber: que el Derecho penal cumple una función social, cifrada en la protección de bienes jurídicos, denominación técnica que alude a aquellos bienes y valores, personales o sociales, imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria del ser humano en Sociedad<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> *Vid.*, en este sentido, por todos, ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, t. I, *Parte general*, Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, pp. 180 y ss.; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I, *Introducción*, 5ª ed., basada en el nuevo Código penal de 1995, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 13 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 195 y s.; SÁINZ-CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, pp. 8 y ss.; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 1, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 46 y ss.; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, dirigido por M. COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996, pp. 52 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, t. I, Universitas, Madrid, 1996, pp. 68 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, 2ª ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, pp. 88 y ss.; SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, presentación y anotaciones de Derecho penal peruano por Dino Carlos CARO CORIA, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 40 y ss.; en la doctrina colombiana, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 29 y ss., esp. 102; en la doctrina italiana, por todos, FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, terza ediz., Zanichelli Editore, 1995, pp. 4 y ss.; en la doctrina peruana,

En efecto, como hemos afirmado, desde que allá por el año de 1834, el penalista alemán Johann Michael Franz BIRNBAUM acuñara el concepto de *bien* (*Gut*), en el sentido de *objeto protegido* (*geschütztes Objekt*) por la norma penal, pasó a ser aquel primer concepto parte del acervo cultural de la Dogmática penal contemporánea, en cuyo devenir llegaría posteriormente a emplearse el término más preciso de *bien jurídico* (*Rechtsgut*) para designar el objeto de tutela jurídico-penal<sup>4</sup>. Ya antes de BIRNBAUM, en lo que yo mismo he denominado *Prehistoria del concepto de bien jurídico*, habían aludido algunos autores, aún sin emplear los términos «bien» ni «bien jurídico», a la necesidad de un contenido material de la tutela punitiva: así, por ejemplo, en los albores del siglo XIX, un autor de gran relevancia, VON FEUERBACH, considerado el padre de la Ciencia penal moderna (no en balde escribió en 1801 el primer Tratado sistemático de Derecho penal), cifró el objeto jurídico de protección penal en los *derechos subjetivos*, de manera que, a su juicio, el Derecho penal se integraba de un contenido de Derecho privado<sup>5</sup>: los concretos derechos subjetivos de los ciudadanos a no ser lesionados, a no resultar violados ilegítimamente en su morada, en su integridad, etc.

---

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, 3ª ed., completamente corregida y aumentada (1ª reimpresión actualizada), con la colaboración de Carlos ATOCSA GARCÍA, José Antonio CARO JOHN, Reiner CHOCANO RODRÍGUEZ y Sofía LAQUI PIZARRO, Grijley, Lima, 1999, pp. 10 y ss. Un muy atento estudio sobre la teoría del bien jurídico brinda recientemente el joven colega peruano ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista Penal*, núm. 18, Huelva/Madrid, 2006, pp. 3 y ss.

<sup>4</sup> Vid. BIRNBAUM, Johann Michael Franz, «Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», en *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, Bd. 15, Zweites Stück, Halle, Jahrgang 1834, pp. 149-194; Vid., sobre la personalidad de BIRNBAUM y su concepción del bien jurídico, AMELUNG, Knut, «J.M.F. Birnbaums Lehre vom strafrechtlichen «Güter»-Schutz als Übergang vom naturrechtlichen zum positivistischen Rechtsdenken», en *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität - Inhalt - Funktion - Wirkung*, herausgegeben von Diethelm KLIPPEL, Keip Verlag Goldbach, 1997, pp. 349 y ss.

<sup>5</sup> Vid. FEUERBACH, Paul Johann Anselm von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1801, p. 20. Cfr. HIRSCHBERG, Max, *Die Schutzobjekte der Verbrechen speziell untersucht an den Verbrechen gegen den Einzelnen. Eine konstruktiv-dogmatische Studie, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform*, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 113, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1910, p. 47.

Sea como fuere, el caso es que desde que en 1834 se acuñara el concepto de «bien», luego conocido como «bien jurídico», no hubo época en que se prescindiera notoriamente de este último concepto. La única excepción, dudosa además, quizá sea la concepción de cierto sector de la doctrina penalista durante la época nacional-socialista en Alemania: aquellos autores, encuadrados en la llamada «Escuela de Kiel» (SCHAFFSTEIN y DAHM, entre otros)<sup>6</sup>, que entendieron que el delito era, ante todo, *lesión de un deber (Pflichtverletzung)*, defendiendo una postura que yo encuadré, sistemáticamente, entre las llamadas doctrinas «metódico-formales». En todo caso, el contenido de la lesión de ese deber rellenaba el contenido material del injusto típico. Por eso, decimos que es dudoso que incluso los autores de la Escuela de Kiel *prescindieran* del concepto de bien jurídico. En puridad, lo

<sup>6</sup> SCHAFFSTEIN, Friedrich, «Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht», Sonderausgabe aus der *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 91, Verlag von Theodor Weicher, Leipzig, 1934, pp. 14 y ss.; Id., *Politische Strafrechtswissenschaft*, «Der deutsche Staat der Gegenwart», Heft 4, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934; «Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?», en *Deutsches Strafrecht*, begründet im Jahre 1853 als *Archiv für Strafrecht*, Neue Folge, 2 Band, Heft 1/2, Berlin, Januar/Februar, 1935, pp. 97 y ss.; Id., *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, en «Deutsches Strafrecht», Neue Folge, 4. Band, Heft 1/2, Berlin, Jan./Febr., 1937, pp. 337 y ss. Cfr. DAHM, Georg, *Verbrechen und Tatbestand*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Junker und Dünnhaupt Verlag, Berlin, 1935, pp. 12 y s.; Id., *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, «Schriften der Deutschen Hochschule für Politik», I, *Idee und Gestalt des Nationalsozialismus*, Heft 12, Junker und Dünnhaupt Verlag, Berlin, 1935, pp. 14 y ss.; Id., «Verrat und Verbrechen», en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 95, 1935, p. 283; Id., *Gemeinschaft und Strafrecht*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1935, pp. 5 y ss.; Id., «Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft», en *ZStW*, Bd. 57, 1938, pp. 233 y ss.; Id., *Der Tätertyp im Strafrecht*, «Leipziger rechtswissenschaftliche Studien», Verlag von Theodor Weicher, Leipzig, 1940, pp. 31 y ss.; Id., *Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart Köln, 1951, pp. 624 y ss.; SAUER, Wilhelm, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1921, pp. 217 y ss.; SIEGERT, Karl, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1934, p. 8; PETERS, Karl: «Das gesunde Volksempfinden. (Ein Beitrag zur Rechtsquellenlehre des 19. und 20. Jahrhunderts)», en *Deutsches Strafrecht*, herausgegeben von Roland FREISLER, Neue Folge, 5. Band, Heft 10-11 Oktober-November 1938, pp. 337 y ss.

seguían usando, aunque quizá no nominalmente. A él aludían cuando rellenaban de un contenido normativo-positivo el injusto típico (aunque a la postre su doctrina deviniera deleznable, porque dicho contenido se refería a «intereses» tan rechazables como el «sano sentimiento del pueblo»). Desde entonces, por cierto, y debido a ese *contenido* deleznable, se rechazó también el *continente*: el concepto de «lesión de deber», que todavía ahora en la actualidad goza (o sufre, según se mire) en Alemania de muy mala prensa, de manera que constituye un término prácticamente tabuizado, cuya automática defenestración debe su origen al empleo que de él se hizo en la época nazi. La razón (o, por mejor decir, la sinrazón) de ese rechazo es, empero, cuestionable y quizá excesiva: en última instancia, todo delito supone, se quiera o no, la *lesión de un deber*, y en ese aspecto ha incidido, con razón, y valientemente, el funcionalismo moderno: el delito atenta contra el deber de todo ciudadano de comportarse de acuerdo a la norma, esto es -para decirlo con terminología jakobsiana- de comportarse como *persona en Derecho*. El delito es lesión contra un deber de respeto de los demás ciudadanos (y de sus respectivos bienes): todo delito es infracción de un deber mínimo de cuidado o de respeto a los demás como ciudadanos. Otra cosa es el contenido de ese deber, esto es, los concretos *bienes jurídicos* o *valores* que cada Sociedad y cada sistema, de acuerdo a sus preferencias y a sus necesidades sociales (esto es, en terminología funcionalista sistémica: a sus expectativas sociales) considere conveniente tutelar. Pero ello no excluye que el concepto de lesión de deber pueda ser útil en la Dogmática penal, sino todo lo contrario.

Pero ¿qué significa «bien jurídico»? ¿cómo entendían ese concepto, de qué contenido lo rellenaban, los autores que, desde BIRNBAUM, defendían que el Derecho penal protege bienes jurídicos? Como cabe suponer, en casi un siglo y medio de evolución dogmática se promulgaron teorías para todos los gustos. Ya desde antiguo, desde el último tercio del Siglo XIX, se decantaron dos vertientes principales: una de carácter *formalista*, propuesta por BINDING<sup>7</sup> sobre la base su teoría de las normas, que dividía en normas de prohibición y en normas de mandato: la lesión ya formal de esas normas

<sup>7</sup> Vid. BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, 1. Abtheilung: *Normen und Strafgesetze*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872, esp. pp. 193 y s.

constituía el objeto de protección (bien jurídico) en el ámbito penal; y otra de carácter *materialista*, defendida por Franz von Liszt<sup>8</sup>, quien formuló una «teoría de la nocividad social» conforme a la cual el Derecho penal protege determinados intereses humanos procedentes del mundo de valores sociales (*bienes jurídicos*) que conforman materialmente el contenido de la norma. La lesión de los mismos expresa el contenido substancial del injusto típico. Pero, al mismo tiempo, el bien jurídico es, para von Liszt, un *concepto substantivo* que establece límites al legislador y, también, un *factor político-criminal* de relevante significación en el Sistema penal, al representar un concepto-límite entre el Derecho penal y la Política criminal. Ahí cobra sentido su famosa frase: *el Derecho penal es la barrera infranqueable de la Política criminal*.

Sobre la base de las vertientes formalistas y substantivistas, se formularon infinidad de doctrinas. En mi monografía sobre la materia, hice ya una clasificación y un análisis exhaustivos de las diversas concepciones. Así, distinguí entre corrientes *metódico-formales* y *substantivo-materiales*. Entre las primeras se incluyen, por ejemplo, las doctrinas-teleológicas- que identifican bien jurídico con *ratio legis* (defendida por autores como Schwinge, Zimmer, Honig, etc.). Entre las segundas, las más numerosas, se encuentran aquellos autores que definen el bien jurídico como protección del *mínimo ético* (por ejemplo, Welzel)<sup>9</sup>, como “situaciones de valor preventivas de riesgos” (Roxin)<sup>10</sup>,

---

<sup>8</sup> Von Liszt, Franz, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en *ZStW*, Bd. 3, 1883, p. 21; «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre», en *ZStW*, Bd. 6, 1886, p. 673; «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre», en *ZStW*, Bd. 6, 1886, pp. 671 y ss., para quien dos de los conceptos más importantes de la teoría general del Derecho, el de bien jurídico y el de acción, en Binding no sólo no son tratados como les corresponde, sino que no son desarrollados en absoluto con claridad conceptual. El formalismo inherente a la infracción (constitutiva de delito) de la norma, sobre la que se constituye todo el sistema de este autor, va en detrimento del contenido material del injusto. En definitiva, el concepto de bien jurídico representa, en él, algo completamente carente de contenido, valor general y sentido.

<sup>9</sup> Vid. Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1967, pp. 1 y ss.

<sup>10</sup> Roxin, Claus, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», en *JuS*, 6. Jahrgang, Heft 10, Oktober 1966, pp. 377 y ss.

como concepto de “relación objetivo-personal” (TIEDEMANN)<sup>11</sup>, como “unidad de función social portadora de valor” (RUDOLPHI)<sup>12</sup>, cifrando su esencia en la “nocividad social” que resulta determinante de la necesidad de protección penal (AMELUNG)<sup>13</sup> o identificando bienes jurídicos con principios constitucionales (BRICOLA en la doctrina italiana<sup>14</sup> y otros autores en la española<sup>15</sup> y en la alemana<sup>16</sup>).

- <sup>11</sup> TIEDEMANN, Klaus, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 27, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, pp. 114 y ss.
- <sup>12</sup> RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Die Bedeutung von Verfahrensmängeln für die Tatbestandsmässigkeit einer eidlichen oder uneidlichen Aussage und einer eidesstattlichen Versicherung i. S. der §§ 153-156 StGB», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Jahrgang 1969, Heft 1, Januar 1969, pp. 140 y s.; ID., «Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes in Rahmen der personalen Unrechtslehre», en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 61 y ss.
- <sup>13</sup> AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechen*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1972, *passim*, esp. pp. 330 y ss.
- <sup>14</sup> Vid. BRICOLA, Franco, *Teoria del reato*, Estratto dal *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1973, pp. 15 y ss., quien, siguiendo a un tan cualificado representante de la doctrina alemana como RUDOLPHI, configurador dogmático de la categoría funcional del bien jurídico, introduce la expresión *significativa* referida a la lesión del bien jurídico protegido; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1992; ID., «Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo Codice penale», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, anno XL, fasc. II, apr.-giug. 1997, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 313 y ss.; ID., «Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale», *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola* (Bologna, 18-20 maggio 1995), a cura di CANESTRARI, Stefano, G. Giappichelli, Torino, 1998, pp. 244 y ss.; DOLCINI, Emilio, «Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale», *o.u.c.*, pp. 211 y ss.; MOCCIA, Sergio, «Aspetti involutivi del sistema penale», *o.u.c.*, pp. 264 y ss.; DONINI, Massimo, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 45 y s., 117 y ss., 130 y ss.; ID., «Selettività e paradigmi della teoria del reato», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, anno XL, fasc. II, apr.-giug. 1997, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 338 y ss., esp. 371 y ss. *Cfr.*, también de interés, la *Relazione della Commissione Ministeriale per la riforma del Codice penale istituita con D.M. 1 Ottobre 1998*, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, anno XLII, fasc. 2, apr.-giug. 1999, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1999, pp. 600 y ss., cuyo punto primero se dedica precisamente a la «necessaria offensività e irrilevanza penale del fatto».

Además, en el devenir histórico-dogmático, distinguí otras dos corrientes, tradicionales, en cuanto a la concepción del bien jurídico: las *teorías del interés*, que entienden el bien jurídico como el interés (jurídico) a la observancia de las normas y a su objeto de garantía, consideran que todo «interés» denota una «relación» entre un bien y un sujeto: mediante esa relación, un objeto o un estado llegan a constituir un bien para un determinado individuo, y las teorías del bien jurídico como *situación o estado*, para las cuales el bien jurídico es algo útil y portador de valor social, y como tal es merecedor de protección penal. Dentro de estas últimas doctrinas, pueden distinguirse dos corrientes: las tesis idealistas (formuladas por SCHÜTZE<sup>17</sup> y OETKER<sup>18</sup>), que sostienen que el objeto de protección penal es la consecución de un estado o situación *ideal del Derecho*, de manera que las situaciones que el Derecho protege resultan espiritualizadas en tanto que el ordenamiento pretende alcanzar, mediante la tutela jurídica, algo que no existe en la realidad: el bien jurídico es la «situación pretendida o aspirada» por el Derecho, y, en segundo término, la tesis realista acuñada por GERLAND<sup>19</sup>, que sostiene que el bien jurídico es la *situación fáctica existente*, estimada útil y amparada por el Derecho.

---

<sup>15</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación March, Madrid, 1983, *passim*; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, «Bien jurídico y Constitución», *CPC*, Madrid, 1991, pp. 5 y ss.; ID., *Introducción a la Teoría jurídica del delito (Elaborada con base en las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 11 y ss., esp. 35 y ss.; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1996, pp. 21 y ss., 213 y ss.; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito / 1*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 45 y ss., esp. 50 y ss.

<sup>16</sup> SAX, Walter, «Grundsätze der Strafrechtspflege», en BETERMANN / NIPPERDAY / SCHEUNER, *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. 3, Halbbd. 2, Duncker & Humblot, Berlín, 1959, pp. 909 y ss., esp. 913 y s.

<sup>17</sup> SCHÜTZE, Theodor Reinhold, *Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen. Zugleich ein Beitrag zur Läuterung der gesammten Lehre von der Verbrechermehrheit*, J. M. Gebhardt's Verlag, Leipzig, 1869, pp. 63 y ss.

<sup>18</sup> OETKER, Friedrich, «Rechtsgüterschutz und Strafe», en *ZStW*, Bd. 17, 1897, pp. 495, 508. *Vid.*, también, en el mismo sentido, OETKER, Friedrich, «Besprechung», en *Juristisches Literatur Blatt*, 7. Jahrgang, Carl Heymans Verlag, Berlin, 1895, pp. 12 y ss.

<sup>19</sup> GERLAND, Heinrich, «Die Geldfälschungsdelicte des deutschen Strafgesetzbuchs», en *Der Gerichtssaal*, Bd. 59, 1901, p. 98.

La reseña de las diversas doctrinas es meramente orientadora. Pretende dar una idea de la variedad de contenido. Pero también, lo que nos interesa resaltar aquí, es algo que ya hemos apuntado líneas atrás: desde la primera mitad del siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX, durante un largo periodo de tiempo, nadie cuestionaba la virtualidad del concepto de bien jurídico como elemento definidor de la función esencial del Derecho penal. El bien jurídico era un dogma casi intocable en la Ciencia penal. Y, por eso, llegamos a lo mismo: durante todo ese tiempo, existía acuerdo en que *la función esencial, legitimante, del Derecho penal era la protección de bienes jurídicos*, sea como fuera la forma en que éstos se entendían.

### **III. La crítica funcionalista al concepto de bien jurídico y su contrapropuesta: la protección de la vigencia de la norma**

El dogma del bien jurídico, aceptado –como hemos visto– desde tiempos remotos, iba a encontrar a un firme, sino contradictor, sí, al menos, reformulador y crítico en el último cuarto del siglo XX: el jurista alemán Günther JAKOBS, que ha revolucionado el Derecho penal moderno mediante la construcción de un sistema entero, de corte funcional-normativista, en el que todos los conceptos jurídico-penales se ven privados de su contenido ontológico, prejurídico o naturalístico, deviniendo nociones netamente normativizadas. El concepto de bien jurídico no escapa a la profunda revisión dogmática que opera el autor en la base misma del sistema penal. Veamos qué queda de ese concepto tras la crítica de JAKOBS y en qué consiste ésta:

Como punto de partida, la concepción de JAKOBS no prescinde totalmente de los componentes ético-sociales en la protección penal, que definían y legitimaban la función de tutela punitiva en la concepción de su maestro Hans WELZEL, padre del finalismo jurídico-penal<sup>20</sup>. En efecto, en la construcción de su peculiar sistema funcionalista, no

---

<sup>20</sup> Sobre la teoría welzeliana de la protección de intereses ético-sociales me he ocupado, críticamente, en otro lugar. Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal*, Cuadernos de Conferencias y Artículos núm. 31, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, *passim* (publicado también en el volumen colectivo *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 109-134).

se aparta JAKOBS totalmente de la doctrina finalista en lo referente a su mencionada teoría de la protección de los valores ético-sociales de conducta. Citando a WELZEL, dice JAKOBS que el Derecho penal debe proteger *valores ético-sociales*, argumentando que «así hay que comenzar si no se quieren entender los efectos del Derecho penal –al igual que el invierno y el verano– como sucesos de la naturaleza, sino –al igual que el enunciado y la respuesta– como *hechos sociales*»<sup>21</sup>. Pero a partir de ahí, como afirma el mismo JAKOBS, se apartan los caminos y quiebra la dogmática ontologista.

Como hemos visto en la sucinta evolución histórico-dogmática del bien jurídico, este concepto constituía tradicionalmente el contenido material del injusto típico, y aludía a los bienes o valores indispensables para el desarrollo del ser humano en la vida comunitaria. Ese contenido esencialmente ontológico del concepto de bien jurídico es sometido especialmente a dura crítica por el funcionalismo jakobsiano.

Una primera crítica formulada por JAKOBS, en relación al concepto de bien jurídico, daría de lleno en la naturaleza del contenido material del injusto típico: la lesión a un bien –argumenta el autor– es un suceso natural, que *per se* no es privativo del Derecho penal, sino que sucede de manera ubicuitaria en el mundo social, sin tener por ello incidencia en el ámbito jurídico-penal. Los metales se envejecen, las catástrofes naturales o el simple transcurso del tiempo (¿no supone la muerte natural por vejez un menoscabo del bien «vida»? ) constitu-

---

<sup>21</sup> Vid. JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1991, p. VII (*Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, p. IX); ID., «Zur Gegenwärtigen Straftheorie», en *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, pp. 29 y ss., esp. 39 («Sobre la teoría de la pena»), traducción de Manuel Cancio Meliá, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 3ª época, núm. 47, Madrid, 1997, pp. 162 y s.; también publicado por la Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1999, p. 32), quien señala que la teoría de la prevención general positiva «no carece de antecesores, sino que es próxima ... a la doctrina de Welzel, según la cual el Derecho tiene una 'función ético social'».

yen una lesión a bienes, y no por ello sirven para definir *específicamente* el ámbito de tutela del Derecho penal<sup>22</sup>. La lesión que interesa al Derecho penal ha de ser, pues, normativamente definida, sin atadura ontológica o naturalística alguna: recuérdese que el concepto de naturaleza de las cosas, la estructura óptico-ontológica, había sido una piedra de toque de la Dogmática penal hasta la fecha<sup>23</sup>, alcanzando su punto álgido en la obra de Hans WELZEL, que en un momento de su vida llegó a afirmar que de la naturaleza de las cosas podrían extraerse verdades eternas<sup>24</sup>.

En este sentido, y como segunda consideración crítica, para JAKOBS<sup>25</sup>, no cabe explicar la secuencia delito-pena de manera negativa

---

<sup>22</sup> JAKOBS, Günther, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 43 y ss. (también en RPDJP, núm 1, Lima, 2000, pp. 151 y ss., y en CDJP, año VII, núm. 11, Buenos Aires, 2001, pp. 23 y ss.).

<sup>23</sup> Cfr., sobre la concepción finalista de las estructuras lógico-objetivas, STRATENWERTH, Günter, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957, *passim*; CEREZO MIR, José, «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1961, pp. 19 y ss.; KOLB, Peter, *Der Begriff der «Natur der Sache» in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Dissertation, 1963; KWUN, Yungback, *Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der «Natur der Sache» in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch*, Dissertation, Universität des Saarlandes, 1963; SCHAMBECK, Herbert, *Der Begriff der «Natur der Sache»*. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, Springer Verlag, Wien, 1964; KAUFMANN, Arthur, *Analogie und «Natur der Sache»*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Typus, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 22. April 1964, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1965 (2. verbesserte und durch ein Nachwort ergänzte Auflage, R. v. Deckner & C.F. Müller, Heidelberg, 1982); DREIER, Ralf, *Zum Begriff der «Natur der Sache»*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1965; POULANTZAS, Nicos Ar., *Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Préface de Michel Villey, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. durand-Auzias, 1965; GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho y «Naturaleza de las cosas»*. Análisis de una nueva versión del Derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo, t. I y t. II, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1970 y 1971 (esp., t. I, pp. 47 y ss.).

<sup>24</sup> Cfr. la 3ª ed. de su libro *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957.

<sup>25</sup> Sobre crítica de JAKOBS a la teoría del bien jurídico, véase su *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., pp. 39 y ss., esp. 44 y ss. (*Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 50 y ss., esp. 55 y ss.). Más recientemente ID., «¿Qué protege el

como imposición de un mal ante un mal producido (en el sentido de Hugo GROCIO<sup>26</sup>: «poena est malum passionis, quod infligitur propter actionis»), sino que ha de buscarse una explicación positiva: una explicación que busque una reafirmación en la Sociedad<sup>27</sup>. A esa reafirmación llega JAKOBS con una argumentación netamente hegeliana: tanto el delito como la pena son expresiones de sentido comunicativamente relevantes, pero de signo opuesto: el autor expresa, mediante su acción delictiva, una disconformidad con la norma: expresa que, para él, esa norma que él infringe *no tiene vigencia*. La pena, que también es una expresión comunicativa (simbólica), ha de desautorizar de manera *general* esa desautorización *individual* de la norma. Por ello, «la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la Sociedad. El Derecho penal, por tanto, confirma la identidad social», es decir, «restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma»<sup>28</sup>. Se produce, pues, lo que

---

Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, *op. cit.*, pp. 43 y ss.; Cfr., también, los escritos de su discípulo MÜSSIG, Bernd J. A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz. Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für die §§ 129, 129a und 324 StGB*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht 14, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1994; ID., «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema», en *CDJP*, año VII, núm. 11, Buenos Aires, 2001, pp. 229 y ss.

<sup>26</sup> GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, París, 1625, liber II, caput XX, *De poenis*.

<sup>27</sup> *Vid.*, últimamente, JAKOBS, Günther, «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en *Verantwortung in Recht und Moral*, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, herausgegeben von Ulfrid NEUMANN und Lorenz SCHULZ, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2000, pp. 57 y ss.

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, p. 11. *Vid.*, ya al respecto, KLUG, Ulrich, *Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe*, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte G.m.b.H., Berlin, 1938, esp. pp. 49 y ss. Cfr., en sentido crítico, LÜDERSSEN, Klaus, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?», en *ZStW*, Band 107, Heft 4, 1995, pp. 877 y ss., esp. 882 y ss.; BARATTA, Alessandro, «Jenseits der Strafe

HEGEL explicaría como *negación de la negación del Derecho*, doble negación que produce reafirmación del Derecho, y con ello la confirmación de la realidad y de la vigencia de la norma y de la estructura social. Por ejemplo: «el autor de un homicidio expresa a través de su hecho que no hay que respetar la norma contra el homicidio; con la pena, sin embargo, se declara que esa expresión carece de relevancia, que la norma sigue vigente»<sup>29</sup>.

En tercer lugar, se produce un cambio de paradigma en la Dogmática jurídico-penal: la función del Derecho penal no se define tanto por la protección ante lesiones o puestas en peligro de determinados bienes jurídicos, cuanto por la necesidad de conformar el *status quo* de la estructura social, que se compone de normas: en dos palabras, que la norma jurídico-penal mantenga su vigencia. Escuchemos las clarificadoras palabras del propio JAKOBS: «la pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la Sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas»<sup>30</sup>.

Finalmente, desde la perspectiva funcionalista<sup>31</sup>, se considera un sinsentido afirmar que el Derecho penal protege bienes jurídicos, siendo

---

- Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts», en *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Fritjof HAFT / Winfried HASSEMER / Ulfrid NEUMANN / Wolfgang SCHILD / Ulrich SCHROTH, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, pp. 393 y ss., esp. 404 y ss.

<sup>29</sup> Vid. JAKOBS, Günther, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996, pp. 7 y ss.

<sup>30</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 11 («Prólogo»).

<sup>31</sup> Cfr., de manera más amplia, en el seno de la corriente funcionalista, POLAINO-ORTS, Miguel, «Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *El Funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 61 y ss., esp. 73 y ss.

así que dicho ordenamiento pone en marcha su mecanismo de protección una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro, quizá de manera irreparable (esto es: cuando el honor ya se ha lesionado, cuando la lesión ya se ha producido, cuando el muerto ya está muerto): es decir, como diría WELZEL, el Derecho penal actúa en estos casos «demasiado tarde». En este sentido, ha dicho JAKOBS recientemente, con algo más de flexibilidad, que «puede intentarse presentar al Derecho penal como protección de bienes jurídicos, pero sólo de modo bastante forzado», manteniendo su posición de que «el Derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos»<sup>32</sup>.

Por ello, resumiendo: la concepción funcionalista normativa de JAKOBS critica la concepción tradicional del bien jurídico, en diversos sentidos: *a)* la lesión o puesta en peligro del bien no sirve para definir de manera exclusiva el contenido de injusto en el Derecho penal, en tanto que se trata de un suceso compartido con los fenómenos naturales. *b)* La secuencia delito-pena no puede explicarse de manera negativa (como imposición de un mal ante un mal cometido), sino positiva: como reafirmación de la vigencia quebrada de la norma. *c)* En consecuencia, la norma pasa a ser el elemento principal definidor de la dinámica de protección del Derecho penal, trasladándose la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos a un segundo plano. Y ello porque el concepto de bien jurídico ofrece deficiencias a la hora de definir el ámbito de protección o tutela penal: ante todo, porque la lesión consumada es, a veces, irreparable, de manera que ya entonces la protección de bienes jurídicos por parte del Derecho penal ha sido ineficaz.

Hasta aquí, la revisión de la concepción funcionalista sobre el concepto de bien jurídico. En ella vemos que se contraponen las funciones de protección de bienes jurídicos y la de estabilización de la vigencia de la norma. Veamos ahora si esa contraposición excluyente es conveniente y acertada. Para ello, habremos de revisar, brevemente, las críticas funcionalistas formuladas.

---

<sup>32</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *op. cit.*, pp. 43 y ss.

#### IV. ¿Protección de bienes jurídicos *versus* vigencia de la norma? Críticas a las críticas funcionalistas sobre el concepto de bien jurídico

##### A) El bien jurídico ¿incapaz de delimitar el Derecho penal de otras lesiones puramente naturales?

La primera crítica de JAKOBS al concepto de bien jurídico es que éste se ve, de alguna forma, incapacitado para desempeñar una función tutelar en el seno del Derecho penal, precisamente porque las lesiones o puestas en peligro de bienes son fenómenos naturales y no exclusivamente normativos. La crítica del autor alemán acierta en llamar la atención sobre la necesidad de distinguir *lesiones a bienes* y *lesiones a bienes jurídicos*. Es cierto que hay catástrofes naturales (terremotos, maremotos, huracanes, etc.) que son devastadoras para muchos bienes del ser humano. Es cierto que muchos metales se corren y desgastan en contacto con el agua, con óxidos, con el mismo ambiente. Es cierto que el mismo transcurso del tiempo menoscaba la incolumidad de ciertos bienes (¿no es la muerte natural por vejez un menoscabo del bien «vida»?).

Pero sucede que ello no tiene nada que ver con el ámbito normativo de protección de *bienes jurídicos* por parte del *Derecho penal*. Ésta es una disciplina normativa, asimismo ha resaltado la doctrina penalista, desde largo tiempo atrás, entre las características del concepto de bien jurídico, la de la *normatividad*. No cualquier lesión ni cualquier bien devienen penalmente relevantes, sólo algunos, en casos excepcionales, y siempre que sean expresamente reconocidos como tal por la norma penal. En ese sentido, es la norma penal la que crea o reconoce una necesidad, un merecimiento de tutela penal a determinados bienes frente a determinados ataques: a partir de ahí, esos bienes *naturales* pasan a ser bienes *jurídicos*, y la lesión o puesta en peligro de esos bienes abandona el amplio espectro de la meramente *natural*, para conformar el reducido ámbito de las *lesiones penalmente relevantes*. Que se pueda –y aun se deba– definir el Derecho penal por su competencia en la protección de esos bienes exclusivos es algo que, a mi juicio, parece lógico y aun conveniente y necesario.

##### B) ¿La confirmación de la vigencia de la norma como único aspecto positivo de la secuencia delito-pena?

La segunda reflexión crítica de JAKOBS sobre el concepto de bien jurídico es la relativa a la secuencia delito-pena. A su juicio, no puede

explicarse de manera negativa, sino que hay que extraer una consecuencia positiva, que tenga un efecto reafirmador en el ámbito social: la confirmación de la vigencia de la norma, quebrada simbólicamente mediante una expresión de sentido, el hecho punible. Esta crítica también presenta parte de razón, pero también otra parte que —a mi juicio— es incorrecta. Es cierto que la definición de un mal como mal en sí mismo carece de racionalidad lógica. En sí, sería una finalidad encerrada en mero deseo de venganza, sin mayor utilidad para el individuo ni para la sociedad. Es verdad también que resulta necesario buscar un aspecto positivo en la secuencia delito-pena, una utilidad, una enseñanza. Pero que se persiga una finalidad positiva no excluye, por una parte, que la secuencia se componga necesariamente de dos males *per se* (delito y pena) ni, por otra parte, tampoco obliga a que el único aspecto positivo venga dado por la estabilización de la norma quebrada, excluyendo toda referencia al concepto de bien jurídico.

En mi opinión, el concepto de bien jurídico también desempeña un papel importante en ese aspecto positivo que se extrae de la secuencia delito-pena. Y lo desempeña porque la función tutelar (de protección de bienes jurídicos) es una *función de garantía* del ser humano, esto es, una *función de prevención* y de *alarma* frente a hipotéticas lesiones de esos bienes jurídicos. El contenido del aspecto positivo que se extrae de la secuencia delito-pena no se agota en la autovigencia de la norma, sino que abarca un aspecto tutelar-preventivo mediante el cual se concede la más grave garantía normativa que puede conceder el Derecho mediante amenaza de la, a su vez, más contundente sanción de que dispone el ordenamiento jurídico: la pena (privativa de libertad o privativa de otros derechos fundamentales del individuo).

Desde luego, la conminación con la arrogación de una parte de los derechos fundamentales del ser humano es un aspecto *negativo-represor*. Pero ello contiene también una referencia *positiva* que redundará en favor de la comunidad: mientras que los potenciales autores de delitos se sientan amenazados con la imposición de sanciones tan graves, los bienes concretos de cada ciudadano (la vida, la propiedad, la integridad física, etc.) y de la Sociedad (la seguridad pública, la Hacienda, etc.) se verán reforzados en su integridad, porque seguirá siendo una traba el lesionarlos, al margen de que el autor del injusto actúa en la conciencia de que su acción lesiva de esos concretos

bienes jurídicos no será gratuita y, del mismo modo, la protección penal de esos bienes no será en vano. Subyace a todo ello una garantía *positiva* de prevención de bienes jurídicos imprescindibles para la vida social.

**C) ¿Desplaza la norma al bien jurídico a un segundo plano?**

Con la argumentación de que el Derecho penal acostumbra a llegar demasiado tarde, cuando la lesión del bien jurídico ya se ha producido efectivamente, rechaza la doctrina funcionalista la idoneidad del bien jurídico como elemento esencial del contenido de injusto y, por ello, del cometido tutelar del Derecho penal, de manera que pretende que ese concepto pase a un segundo plano, ganando todo protagonismo el concepto de vigencia de la norma. Esta crítica funcionalista presenta, asimismo, algunos puntos de acierto; pero también falla en otros aspectos, lo cual la hacen, en mi concepción, errónea.

Por un lado, la argumentación de que el Derecho penal llega demasiado tarde es excesivamente parcial. Desde un punto de vista exclusivamente *naturalístico*, llega, en efecto, *demasiado tarde* para devolver la vida al muerto, o para devolver la salud quebrada al lesionado. Pero es que *eso* no es tarea del Derecho penal. Exigir que el Derecho penal (o cualquier otra instancia o mecanismo estatal) impida todo resultado lesivo de cualesquiera de los bienes personales o colectivos de cada uno de los ciudadanos es algo irreal, utópico y aun descabellado. La criminalidad es propia de los Estados modernos. No hay ni un solo Estado –ni es imaginable– en el que no exista una mínima cota de criminalidad (lo contrario sería propio de Sociedades divinas, celestiales, perfectas; pero no de comunidades de seres humanos). La lesión de bienes jurídicos es consubstancial a las sociedades modernas. En ese sentido, no es que el Derecho penal llegue demasiado tarde, sino que llega *cuando puede llegar y no puede llegar antes*.

Sobre esa base, el Derecho penal, consciente de que no puede prohibir lo imposible, ha de proveer la garantía más cabal, completa e inmediata de todas las posibles: ello lo lleva a cabo mediante una selección cuidadosa y realista (lo más cuidadosa y realista posible) de los bienes jurídicos imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria. Tarea del Derecho penal no es impedir toda lesión a bienes jurídicos (ello impediría la vida comunitaria, pues sometería a un

control exhaustivo todos los movimientos –sospechosos– de los integrantes del grupo social), sino seleccionar los bienes y valores jurídicos merecedores de protección, elevarlos a la máxima categoría normativa de bienes jurídicos, y proveyendo para ello la garantía realista más contundente al alcance del ordenamiento jurídico.

Por otra lado, no creo que sea acertado substituir el paradigma del bien jurídico por el de la norma, como si ambos criterios fueran excluyentes. La protección que el Derecho penal puede conceder no consiste en devolver la vida al muerto ni la salud al lesionado, sino de proteger los valores de respeto de los demás como personas en Derecho, esto es, como titulares de bienes jurídicos merecedores de respeto. Protección y prevención constituyen un binomio inseparable y mantienen, según mi concepción, una *relación de medio a fin*. El Derecho penal no llega, desde el punto de vista normativo, demasiado tarde, sino que llega en el momento exacto para, una vez que se ha producido lo inevitable (a saber: la comisión de delitos, y –con ello– la lesión de bienes jurídicos), sancionar al delincuente y –al mismo tiempo– prevenir futuras lesiones, alertando de las graves consecuencias que la comisión de delitos tiene en la esfera de libertad del autor. Por ello, el Derecho penal protege bienes jurídicos (esto es, les concede garantía normativa) con vistas a la prevención de esos mismos bienes (o sea, a la evitación de futuros delitos), reafirmandose, como consecuencia de ello, la autoridad de la norma como elemento integrante de la estructura social<sup>33</sup>. A mi juicio, *la protección de bienes jurídicos es el contenido, y la prevención de delitos es el fin, o –por mejor decir– la protección de bienes jurídicos es la función y la confirmación de la vigencia de la norma la consecuencia directa de esa función*. Desde esta perspectiva, el bien jurídico, en tanto objeto de protección típica, se convierte en un concepto esencial del Derecho penal, del cual no puede prescindirse si se quiere tener una imagen fiable y completa del fenómeno criminal<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> *Vid.*, recientemente, en el mismo sentido, ALCÁZAR GUIRAO, Rafael, «¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico?», en *CDJP*, Año VII, núm. 11, Buenos Aires, 2001, pp. 293 y ss., esp. 334, quien certeramente sostiene que «el fin del Derecho penal radica primordialmente en la protección de bienes jurídicos, y sólo secundariamente en la protección de la vigencia».

<sup>34</sup> Ampliamente, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, núm. 19, Publicaciones

## V. La necesidad de la referencia a los bienes jurídicos como fundamento del sistema penal

Además de las contracríticas anteriores, quiero referirme a otras dos cuestiones que demuestran, a mi juicio, la necesidad de la referencia a los bienes jurídicos como contenido material del injusto típico: una de ellas es la insuficiencia de la protección autopoiética de la norma (protección de la norma por la misma norma) y la otra es la necesaria referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico como contenido material del injusto en la consumación y en la tentativa.

### A) ¿Autoprotección de la norma?

La doctrina funcionalista, al sostener que la función del Derecho es la estabilización del propio sistema, lleva a sus extremas consecuencias la idea autopoiética de que la Sociedad se dota a sí misma de una estructura social en la que se crean y recrean todos sus elementos constitutivos (autopoiésis significa, pues, autorreproducción, o por mejor decir: capacidad de autorreproducción). Todo queda dentro del sistema, por eso, no puede perseguirse un fin trascendente a la propia estructura social: *la función de la norma es, en consecuencia, para la doctrina funcionalista, la confirmación de la vigencia de la propia norma*. Personalmente, soy crítico con esa función autotuteladora, autoprotectora. Que la norma tenga como objeto de protección la propia norma es algo que no me acaba de convencer. Y no lo hace porque precisamente sitúa en segundo plano el contenido de la misma norma. Nadie niega –yo personalmente incluso lo afirmo de manera expresa– que el bien jurídico sea una categoría *también* normativa. Pero, del mismo modo, no puede desconocerse que las categorías normativas tienen *también* un contenido. Y el contenido de protección de la norma es, precisamente, el bien jurídico estimado digno y merecedor de protección por parte del ordenamiento penal. *La norma no tiene, por tanto, a mi juicio, el cometido de autoprotegerse a sí misma, sino de proteger inmediatamente los bienes y valores que se contienen en ella, y mediatamente protege también de ese modo la vigencia de la norma integrante de la estructura social determinada.*

---

de la Universidad de Sevilla, Católica Española S.A., Sevilla, 1974, *passim*.  
ID., *Derecho penal. Parte general*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, cap. 13; ID., *El injusto típico en la Teoría del delito*, Mario A. Viera Editor, Corrientes / Argentina, 2000.

## B) El bien jurídico como elemento modelador del injusto típico

Finalmente, quiero mencionar otra cuestión adicional relativa al contenido del injusto consumado y del injusto de la tentativa. Desde el funcionalismo se ha considerado que tanto la consumación como la tentativa suponen ya un quebramiento perfecto de la norma<sup>35</sup>, algo con lo que yo mismo estoy de acuerdo<sup>36</sup>. Considero que, efectivamente, con independencia del contenido del injusto y de la gravedad de la lesión infringida, tanto la tentativa como la consumación ya suponen, en sí, una infracción cabal de la realidad de la norma. En eso estoy de acuerdo con el funcionalismo. Pero en lo que no puedo estar de acuerdo es en el hecho de prescindir de la noción de bien jurídico, esto es, de la lesión o puesta en peligro *concreta* del bien jurídico para modular la gravedad del injusto. Si se prescinde del bien jurídico, como hace el funcionalismo, y sobre la base de que la tentativa y la consumación son ambas infracciones perfectas de la norma, entonces ¿cómo explicar que a la tentativa le corresponde, por lo general<sup>37</sup>, una pena

<sup>35</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 6/70, p. 165 (*Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 201); VEHLING, Karl-Heinz, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1991, p. 87.

<sup>36</sup> *Vid.*, más extensamente, POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Das Versuchsunrecht am Beispiel der schlichten Tätigkeitsdelikte und der echten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zum strafrechtlichen Erfolgsbegriff», en *Festschrift für Karl-Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Dieter DÖLLING und Volker ERB, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, pp. 157 y ss. (Id., *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Cuadernos de Conferencias y Artículos núm. 32, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, *passim*).

<sup>37</sup> Excepción a ello son los tipos de delito en los que se equiparan los actos preparatorios o la tentativa a la consumación, como los tipos de incriminación autónoma de la tentativa (ej. el art. 495,1 del CP español: delito de *intento de penetrar* en alguna de las sedes parlamentarias, con el *fin de presentar* peticiones) y los delitos de empresa, emprendimiento o emprender (ej. el art. 423 del CP español: «Los que ... *corrompieren* o *intentaren corromper* a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las *mismas penas* de prisión y multa que éstos») subjetivamente configurados con un elemento subjetivo del injusto. *Vid.* sobre ello, ya, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, núm. 13, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Escuela

diferente (menos grave) que al delito consumado? A mi juicio, esa diferencia de penalidad viene originada por el plus de peligrosidad o de lesividad que se refleja en el injusto consumado, que -por lo general- es más contundente y más reprobable que en el de la tentativa. Por ello, aunque el injusto de la tentativa es exactamente igual al injusto del delito consumado (ambos tienen un resultado, que conlleva un desvalor normativo, y ambos presuponen el *quebrantamiento de expectativas normativas*), existe una diferencia cuantitativa en relación al quebrantamiento social, lo cual se transforma en la necesidad de una mayor represión penal. Por lo demás, en la tentativa, el injusto se constituye de un «perfecto quebrantamiento de la norma» más una «puesta en peligro de bienes jurídicos»; y en el delito consumado, se compone de un «perfecto quebrantamiento de la norma» más «lesión de un bien jurídico», lo cual determina que la consumación merezca, por lo general, mayor pena que la tentativa. Como se desprende de esta exposición, el concepto de bien jurídico es, todavía, un importante componente de la fundamentación del injusto material, del que no puede prescindirse ni siquiera desde una fundamentación funcionalista del injusto en el que se conceda, *también*, relevancia al concepto de norma. Ambos conceptos, *norma y bien jurídico*, no tienen por qué ser incompatibles, sino todo lo contrario: ambos se exigen mutuamente, de manera que la norma es la forma y el bien jurídico, el contenido.

#### **VI. Recapitulación: la tutela de bienes jurídicos y la protección de la vigencia de la norma: dos tareas compatibles y complementarias**

En las páginas anteriores, creemos haber expuesto las críticas funcionalistas al concepto de bien jurídico de manera objetiva: resaltando sus aciertos, pero destacando también sus incorrecciones. Al cabo de esa exposición, podrá concluirse que, a mi juicio, el concepto de bien jurídico sigue siendo un concepto trascendental para la determinación del contenido del injusto típico, así como la determinación de la función que corresponde desempeñar al Derecho penal: según

---

Gráfica Salesiana, Sevilla, 1972; ID., «Die Strafrechtsdogmatik der subjektiven Unrechtselemente in den gesetzlichen Tatbeständen des Spanischen Strafgesetzbuches von 1995», en *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, herausgegeben von Karl Heinz GÖSSEL und Otto TRIFFTERER, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, pp. 271 y ss.

mi concepción, la función primordial del Derecho penal es la función de protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos a los mismos. Por su parte, la confirmación de la vigencia de la norma, más que una función propiamente dicha, es -creo- una consecuencia directa y principal de la protección de los bienes y valores jurídicos instituidos en la norma.

En consecuencia, la tarea de protección de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma. Antes bien, ambas cuestiones se reclaman mutuamente, aunque jueguen en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda configura la estructura del sistema jurídico (y, por tanto, social). Su compatibilidad y la contingencia de sus fines demuestra que, en la Dogmática penal actual (por ejemplo, en el injusto de la tentativa y de la consumación), el concepto de bien jurídico *sigue desempeñando* un papel importante en la fundamentación material del injusto y en la determinación de la función del Derecho penal.



**VIGENCIA DE LA NORMA:  
EL POTENCIAL DE SENTIDO DE UN CONCEPTO\***

MIGUEL POLAINO-ORTS

---

\* Abreviaturas empleadas: *ADPCP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; *CPC*: Cuadernos de Política Criminal; *GA*: Goldammer's Archiv für Strafrecht; *RPDJP*: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal; *RPJ*: Revista del Poder Judicial; *ZStW*: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.



## I. Introducción

Decir que el Derecho penal protege la vigencia de la norma es *per se* un aserto descriptivo que, ciertamente, nada aporta al conocimiento de un sistema jurídico diferenciado en el seno de una Sociedad concreta. Se trata, por así decir, de una opinión valorativamente neutra, que -si se analiza de manera aislada- nada puede prejuzgar de la Constitución, estructura o funcionamiento de ese sistema en el que se construye o configura. Una opinión como la aludida es, en sí, tan vacía -tan formalista, tan aséptica, tan neutral- como afirmar genéricamente que el Derecho penal protege bienes jurídicos: en ninguno de los dos planteamientos se pone de relieve qué es exactamente lo que se tutela ni en qué contexto o condiciones, esto es, bajo qué presupuestos.

Sea como fuere, la idea de la «vigencia de la norma» (*Normgeltung*), elemento esencial de la construcción de JAKOBS, ha sido sometida a severa crítica proveniente desde diversos sectores doctrinales, a menudo, analizándola como postulado aislado, despojada de otros elementos con los que se imbrica y sin tener en cuenta el contexto funcionalista en que se propugna, lo cual desdibuja sensiblemente el potencial de la crítica. En las páginas que siguen pretendemos llevar a cabo una aproximación a esa doctrina funcional-normativista que propugna la vigencia de la norma como cometido del Derecho penal, un acercamiento a sus planteamientos, a sus fundamentos y a sus postulados esenciales. Dicha aproximación se hará, en ocasiones, siguiendo un método *ex negativo*: analizando las críticas de posturas antagónicas o -simplemente- contradictorias de algún aspecto defendido por aquella posición doctrinal, aun sin perder de vista que el eje principal en torno al cual girarán nuestros considerandos no es el otro que el concepto de vigencia de la norma antes aludido.

En concreto, se esbozará –en primer lugar– la postura funcionalista al respecto (apartado II); a continuación, se analizará brevemente el concepto de vigencia de la norma, distinguiéndolo del de validez y señalando su relevancia en la Dogmática penal (III), y se profundizará en tres líneas o cuestiones dogmáticas en las que la idea de la vigencia de la norma muestra su capacidad de rendimiento: el objeto de la protección jurídico-penal: bienes jurídicos *versus* vigencia de la norma (IV), los sujetos intervinientes en la dinámica de la infracción de la norma: individuo *versus* persona (V), y la cuestión del método científico: análisis sistemático *versus* análisis funcional (VI). Finalmente, se resumirán las conclusiones principales (VII).

## II. Esbozo del sistema funcionalista: Sociedad, norma, persona; la pena como reafirmación de la vigencia de la norma

En breves palabras puede resumirse la dinámica delito-pena, según la explicación funcionalista<sup>1</sup>, de la siguiente manera: todo delito

---

<sup>1</sup> Exposiciones generales de la concepción de JAKOBS se hallan en muchas de sus obras recientes. Además del Tratado, son esenciales –porque resumen con precisión el programa normativo funcionalista jakobsiano– los cinco textos siguientes:

–JAKOBS, Günther, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?», *ZStW*, Band 107, Heft 4, 1995, pp. 843-876 (hay versión española, publicada como opúsculo, con el título *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996; también en la colección «Cuadernos de conferencias y artículos n° 13», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996).

– Id., *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997 (2ª ed., 1999; por el momento no existe traducción española).

– Id., «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *RPJ*, CGPJ, 3ª época, núm. 49, primer trimestre, Madrid, 1998, pp. 297-319 (No se ha publicado en alemán).

– Id., «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en *Verantwortung in Recht und Moral*, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophievom 2. Bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, herausgegeben von Ulfrid NEUMANN und Lorenz SCHULZ, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2000, pp. 57-72 hay versión española a cargo de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ).

infringe una expectativa socialmente garantizada y consiste en el quebrantamiento de una norma jurídico-penal, esto es, en el no reconoci-

- ID., «Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik», *Lección de despedida leída el 17 de Julio de 2002 en la Universidad de Bonn*, inédita en alemán (la versión española –«La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», traducción de Manuel Cancio Meliá, se ha difundido en varios centros universitarios y académicos donde su autor la leyó como conferencia. Posteriormente ha aparecido publicada en varias obras recopilatorias).

Especial interés para el tema de la función del Derecho penal muestra el reciente estudio de Günther JAKOBS, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 43-60 (también en *RPDJP*, núm 1, Lima, 2000, pp. 151-170). No se ha publicado en alemán.

Al margen de otros trabajos del primer JAKOBS (como su programático estudio sobre *Schuld und Prävention*) y de otros posteriores consagrados al estudio de cuestiones dogmáticas concretas (como la injerencia, la accesoriedad, la prohibición de regreso, etc.), abordan también cuestiones esenciales de su sistema, clarificando algunos puntos y desarrollando otros con mayor precisión, entre otros, los siguientes trabajos:

- JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 10, C.H. Beck, München, 1992 (versión castellana: «El concepto jurídico-penal de acción», en *Estudios de Derecho penal*, traducción al castellano y estudio preliminar por Enrique Peñaranda Ramos / Carlos J. Suárez González / Manuel Cancio Meliá, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid y Civitas, Madrid, 1997, pp. 101 y ss.; también en la colección «Cuadernos de conferencias y artículos n° 11», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996).

- ID., *La imputación penal de la acción y la omisión*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, «Cuadernos de conferencias y artículos n° 12», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

- ID., «Zur Gegenwärtigen Straftheorie», en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, pp. 29-40 («Sobre la teoría de la pena», traducción de Manuel Cancio Meliá, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 3ª. época, núm. 47, Madrid, 1997; también en la colección «Cuadernos de conferencias y artículos n° 16», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998).

- ID., «La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», traducción de Teresa Manso Porto, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, Escuela Judicial, CGPJ, Xunta de Galicia, Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999, pp. 119 y ss. (también en la colección «Cuadernos de conferencias y artículos n° 24», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000).

miento de la vigencia de una norma. Por ello, toda acción delictiva conlleva una carga de expresividad comunicativa y de simbolismo que expresa que, para el autor de tal conducta desaprobada, no rige la máxima contenida en la norma: ese autor proclama, con su acción, un mundo alternativo, contrario o diferente al esbozado en una norma jurídico-penal y, en este sentido, ese mensaje contrario a la norma supone un cuestionamiento de su vigencia por parte de tal autor; es decir, una desautorización de la vigencia de la norma. Toda vez que la Sociedad se compone de normas, ello entraña, al tiempo, un cuestionamiento de la identidad de la Sociedad, entendida como sistema global integrado de normas (expectativas normativas), comunicaciones entre personas, y a la que –como sistema parcial o subsistema– pertenece el Derecho. La desaprobación manifestada mediante la realización de un delito ha de ser contrarrestada con la imposición de una pena al autor responsable: la pena indica que la declaración de mundo o proyecto de vida parcial expresado por ese sujeto no es válido y que la norma sigue teniendo vigencia. Por ello, la pena, igualmente dotada de un contenido comunicativo–simbólico o de una expresión de sentido social o comunicativamente relevante, marginaliza el significado del hecho delictivo aislado y supone el restablecimiento de la vigencia de la norma, quebrada con el proyecto de mundo alternativo: la pena en sí afirma que el cuestionamiento de la vigencia de la norma no es válido ni aceptable y, por ello, mediante su imposición, se confirma la realidad de la norma, se reafirma que la norma sigue estando vigente, esto es, sigue conservando su efectividad general como antes de su parcial cuestionamiento. Al reafirmar la vigencia de una norma, el Derecho penal reafirma simultáneamente la identidad de la Sociedad, sistema global en el que el Derecho se integra como subsistema.

En este esquema, esbozado a grandes trazos, la idea de la vigencia de la norma ocupa un lugar preferente, desempeña un papel rector, esencial. Aun a riesgo de incidir en un excesivo simplismo, pueden resaltarse las siguientes notas características de la concepción funcionalista de la dialéctica delito/pena:

- a) *Vigencia de la norma como concepto central*: la vigencia de la norma es concepto central en la construcción funcionalista: su cuestionamiento y su restitución constituyen el principio y el fin de la prestación del sistema penal: el Derecho penal

lleva a cabo la prestación o el cometido de «contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la Sociedad»<sup>2</sup>.

- b) *Negación y (re)afirmación de la identidad social*: el delito es, ante todo, y en esencia, antinormatividad, quebrantamiento de la norma, y -con ello- cuestionamiento de la vigencia de la norma. La pena es la respuesta normativa a esa infracción, y tal respuesta restablece la vigencia quebrada. Delito y pena, sobre la base de una comprensión comunicativa, representan, pues, la afirmación contradictoria de la norma y la respuesta que restaura, reconfigura y confirma la vigencia de la norma: en términos dialécticos, no ajenos a la teoría hegeliana, de la que la concepción de JAKOBS es también deudora, podría concebirse *la norma como la tesis, el delito como la antítesis y la pena como la síntesis*.
- c) *La pena como autocomprobación*: la pena contiene *per se* un significado comunicativo concreto, al margen de otras supuestas consecuencias derivadas: «la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que constituye ya ese mantenimiento mismo»<sup>3</sup>, o lo que es lo mismo, la vigencia de la norma no es un fin de la pena sino su esencia. Por ello, «la pena es autocomprobación»<sup>4</sup>, lo cual es tanto como decir que integra un mecanismo estabilizador inmanente al sistema, constitutivo del propio concepto del Derecho, definidor de él. Es la llamada *función manifiesta* de la pena.
- d) *No exclusión de efectos individuales o sociales*: el que la pena ya significa algo, en esencia, no excluye que se vinculen a ella determinadas esperanzas de psicología social o individual (como

---

<sup>2</sup> JAKOBS, Günther, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?», en *ZStW*, Band 107, Heft 4, 1995, pp. 843-876 (844) (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, «Cuadernos de conferencias y artículos n° 13», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 11).

<sup>3</sup> JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

<sup>4</sup> JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

fines preventivos de reinserción y mejora, fidelidad al ordenamiento, etc.), que representan las denominadas *funciones latentes*. Pero, con independencia de la realización de tales esperanzas, la pena ya ha cumplido su cometido estabilizador<sup>5</sup>.

- e) *Autosuficiencia (autorreferencialidad) del sistema jurídico*: consecuencia de lo anterior es que la dinámica delito/pena (quebrantamiento de la norma/estabilización normativa) es un conflicto que se resuelve con un mismo lenguaje normativo y en el seno del sistema social, esto es, es el propio sistema el que se dota de una estructura propia de creación y de recreación (modificación) del Derecho.
- f) *Normativización de los conceptos penales*: en este planteamiento, todos los conceptos son normativos, con lo cual se les libera de una carga de significado ontológica o naturalista, siendo creados en y para el Derecho en cuanto sistema normativo.

Ésta es, brevemente esbozada, la explicación funcionalista de la infracción de la norma y del cuestionamiento de su vigencia *versus* restablecimiento de la vigencia de la norma. Claro que este esquema está lleno de matices que han sido aludidos, entrelíneas, no más que por referencias o suposiciones. A modo de introducción bastan las líneas atrás escritas. En las páginas siguientes se profundizará en algún aspecto concreto.

### III. Concepto de «vigencia de la norma»

#### A) El concepto de vigencia del Derecho: algunas delimitaciones

El concepto de vigencia del Derecho es ciertamente multívoco. Se emplea en diversos sentidos, y más como un problema filosófico<sup>6</sup> o de teoría general del Derecho, que como una cuestión de cada sector del ordenamiento jurídico en particular<sup>7</sup>. A lo sumo, cuando se habla de

---

<sup>5</sup> JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

<sup>6</sup> *Vid.*, entre la literatura clásica, LIEBERT, Arthur, *Das Problem der Geltung*, 2. Aufl., Verlag von Felix Meiner in Leipzig, 1920.

<sup>7</sup> Recuérdense en este contexto las sugerentes aportaciones de Max WEBER, Kelsen y HABERMAS, entre otros muchos, en las que no podemos entrar aquí. *Vid.*, ampliamente al respecto, sobre las aportaciones de los autores citados, LÜBBE, Weyma, *Legitimität kraft Legalität. Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei Max Weber und seinen Kritikern*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1991.

la vigencia de un ámbito jurídico concreto (vigencia del Derecho penal, vigencia del Derecho civil, etc.) se suele transponer los principios generales del Derecho a las especificidades de cada sector determinado. A este respecto, no es infrecuente, entre los teóricos generales del Derecho<sup>8</sup>, el distinguir tres conceptos diferentes de validez o vigencia de la norma, a saber: validez *jurídica*, validez *fáctica* (o *sociológica* o *social*) y validez *ética* (o *moral* o *filosófica*).

- a) De *validez jurídica* del Derecho o de la norma jurídica se habla cuando, tras un procedimiento formal adecuado a la Constitución, una norma resulta válidamente aprobada, entrando a formar parte de un ordenamiento jurídico y desplegando desde tal momento sus efectos jurídicos. Esta validez jurídica es, pues, una validez esencialmente procedimental o formal, en tanto depende del seguimiento de un trámite parlamentario de aprobación. De una norma puede decirse, en fin, que tiene validez jurídica cuando se convierte en precepto de seguimiento o cumplimiento por parte de ciudadanos, administrados y tribunales. Suele decirse, a su vez, que la validez jurídica carece de excepciones, pues una vez aprobada obliga por igual, en los términos de sus prescripciones, a los sujetos. Así, las normas penales, con independencia de que en casos concretos no lleguen a aplicarse, despliegan, *ab initio*, su potencial de validez.
- b) La *validez fáctica* (también llamada *sociológica* o *social*) alude a la fuerza de ley desplegada por una norma existente, es decir, designa la efectividad jurídica de una norma. Se trata de una concepción eminentemente material y quizá por ello, como veremos en el apartado siguiente, pudiera más precisamente ser designada como *vigencia*.
- c) La *validez ética* (a veces identificada como *moral* o *filosófica*) se habla cuando se pone el acento, más que en la Moral social, en la cuestión de si los contenidos de una concreta norma, en su conjunto o en alguno de sus preceptos, resultan éticos, éticamente neutrales o contrarios a la Ética o a la Moral<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Vid., por ejemplo, ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber-Reihe Rechts- und Sozialwissenschaft, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 1992, pp. 139 y ss.

<sup>9</sup> Vid. RÖHL, Klaus F., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2. neu bearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Bonn - München, 2001, pp. 280 y s.

## B) Vigencia y validez

Como hemos visto en la clasificación anterior, no es infrecuente, en la literatura jurídica, emplear los conceptos de vigencia y de validez como sinónimos. A ambos se recurre casi indistintamente al verter al español el vocablo *Geltung* y, consecuentemente, también el de *Normgeltung*. Sin embargo, un análisis más detenido de ambas nociones nos lleva a la necesidad de distinguir nítidamente su correspondiente significado.

a) El concepto de validez es, por un lado, *más amplio* que el de vigencia: *hay normas válidas que no tienen vigencia*, o –por mejor decir– normas válidas que despliegan una vigencia limitada en el tiempo o en el espacio. Y ello debido a diversos motivos: puede ocurrir que no hayan entrado en vigor (caso de leyes –válidamente aprobadas– durante el periodo de *vacatio legis*); o que no respondan a expectativas sociales normativamente garantizables, esto es, porque no conforman la identidad social, aun cuando no hayan sido formalmente derogadas (caso de leyes dictadas para afrontar algún problema bajo circunstancias extraordinarias, como catástrofes naturales, epidemias, terremotos, etc.: cesada las circunstancias que determinaron su aprobación, pierden su razón de ser).

b) *Validez es, pues, una noción formal*. Válida será, por ejemplo, la ley que ha sido aprobada conforme al proceso legalmente previsto para ello, en la Constitución o en otras leyes inferiores.

c) Por contra, la *vigencia es la validez materializada*, esto es, la validez que cumple una función (de mantenimiento o estabilización) en el seno de un sistema. Representa, pues, una noción funcionalista<sup>10</sup>: la norma vigente es aquella que *constituye* la identidad de la Sociedad, que contribuye al mantenimiento del sistema.

## C) Vigencia de la norma en Derecho penal

Ya la definición ofrecida de vigencia de la norma atenúa su puro entendimiento formalista. En el presente trabajo se pretende poner de relieve el potencial de sentido que atesora la idea de vigencia de la

---

<sup>10</sup> Sobre el concepto de función nos ocuparemos más adelante. *Vid.* apartado IV.- C) 2. de este mismo trabajo.

norma<sup>11</sup>. La misma no puede tomarse como un planteamiento autónomo ni aislado del sistema en el que se defiende, esto es, de manera formalista con independencia de la concepción de la Sociedad, de la norma y de la persona defendida por la teoría funcional-normativista, sino, precisamente, en el seno del sistema en el que se propugna, que lleva implícito un arsenal conceptual de considerable magnitud, y que representa algo más que una mera fascinación lingüística. Para vislumbrar someramente su contenido, se delimitará a continuación la idea de la vigencia de la norma de aquellas teorías que, con mayor o menor fortuna conceptual, se engloban bajo la rúbrica «prevención general positiva». Acto seguido se expondrá su viabilidad en algunas de las líneas dogmáticas en las que la idea de vigencia de la norma ofrece un cambio de paradigma. En apartados ulteriores se profundizará con cierto detenimiento en ellas.

### 1. Vigencia de la norma y Prevención general positiva

Es cierto que la postura de JAKOBS suele ser explicada como una variante –o como una nueva formulación– de la llamada «teoría de la prevención general positiva»<sup>12</sup>, y que a dicha conceptualización no ha sido ajena la misma calificación ofrecida por este autor a su propia postura. Pero no es menos cierto que tal denominación convencional no resume ni identifica, en rigor, lo que tal doctrina funcionalista quiere significar, y que su ambigüedad terminológica determina que en su seno puedan incluirse doctrinas muy diversas entre sí, al margen de la propia formulación funcionalista de JAKOBS.

En efecto, la doctrina de la prevención general positiva, que según algunos autores se enraíza en las construcciones retribucionistas<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en *Verantwortung in Recht und Moral*, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. Bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, herausgegeben von Ulfrid NEUMANN und Lorenz SCHULZ, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2000, pp. 57-72 (57 y ss.).

<sup>12</sup> Vid., sobre esta cuestión, monográficamente, PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, *passim*.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, WOLFF, Ernst Amadeus, «Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität»,

(no en balde la construcción jakobsiana de la pena tiene una semejanza patente, incluso declarada por el propio JAKOBS, con la construcción hegeliana, secularmente considerada -junto a la teoría kantiana- como una de las doctrinas retribucionistas por excelencia<sup>14</sup>), no existe como tal doctrina unitaria, sino que engloba una serie de formulaciones de muy diverso cariz y de muy distinta orientación, teniendo por ello un valor meramente orientativo: se refiere a aquel grupo de formulaciones que aluden, en mayor o menor medida, a la colectividad, ya sea como destinatarios de las normas (deberes o mandatos), ya para definir el delito como lesión de la *conscience collective* y la pena como reparación de la conciencia moral de la Sociedad (como en DURKHEIM<sup>15</sup>), ya para fomentar la protección del ético mínimo de la

---

en *ZStW*, Bd. 97, 1985, pp. 786-830 (799 y s.); en la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José María Bosch, Barcelona, 1992, pp. 227 y s., quien certeramente añade que ello «no implica que sea en sí misma retributiva, sino que, por el contrario, las referidas doctrinas retributivas se habían desnaturalizado como tales, convirtiéndose en doctrinas preventivas justificativas de la pena por sus efectos sociales, aunque ciertamente no intimidatorias» (p. 228).

- <sup>14</sup> Con no poca arbitrariedad en tal valoración, a mi juicio. Apartándose del entendimiento mayoritario, SEELMAN y POLAINO NAVARRETE han encuadrado, acertadamente, la formulación hegeliana, no entre las doctrinas retributivas, sino entre las formulaciones preventivo-generales. *Vid.* SEELMANN, Kurt, «Hegels Strafrechtstheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'», en *JuS*, Heft 10, 1979, pp. 687 y ss.; *Id.*, «Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?», en *ARSP*, 1993, pp. 228 y ss.; *Id.*, «Differenzen zwischen Kant und Hegel bei der Begründung staatlicher Strafe», en *Id.*, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Strafrechtstheorien*, Verlag Karl Alber Freiburg/München, 1995, pp. 123 y ss.; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ª. ed., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 109, 121 y ss.
- <sup>15</sup> El sociólogo francés Emile DURKHEIM (1858-1917) desarrolló una sugerente concepción que suele citarse como significativo antecedente de las doctrinas preventivo-generales de la pena. Para él, todo delito entrañaba una lesión a la «conciencia colectiva» (*conscience collective*) de la Sociedad y, por ello, la pena suponía el restablecimiento de la conciencia moral quebrada. La conexión entre Derecho y Moral es, pues, característica de concepción del autor francés. Entre sus obras destacan *De la division du travail social. Etude sur l'organisation des sociétés supérieures*, Paris, 1893 y *Les règles de la méthode Sociologique*, en *Revue philosophique*, num. 37, 1894, pp. 465-498 y 577-607, y num. 38, 1894, pp. 14-39 y 168-182; también, en un vol., con prólogo nuevo, en *Bibliothèque de philosophie contemporaine*, Paris, 1895, esp. pp. 81 y ss. *Vid.*, sobre su concepción del delito y la pena, monográficamente, Werner

Sociedad (como en WELZEL), ya para influir en la conciencia individual a través de una motivación psicológica, ya para reforzar la conciencia jurídica de tal comunidad, ya para suscitar el ejercicio de fidelidad al Derecho<sup>16</sup>, etc. Es decir, engloba doctrinas netamente normativas (como la de JAKOBS) junto a otras psicologicistas (como son las formulaciones centradas en la motivación individual o en el ejercicio del respeto de la moral colectiva o de los valores ético-sociales de acción, de las que se aparta expresamente el funcionalismo, para el que interesan las personas –la comunicación– y no la simple conciencia individual, incapaz de expresar sentido y comunicación<sup>17</sup>).

Ante tan heterogénea conjunción de formulaciones, es obvio que sólo forzosamente pueda aludirse a la doctrina funcionalista de JAKOBS como exponente de la doctrina de la prevención general positiva, y –en todo caso– nada dice ni nada prejuzga en la postura funcionalista si se la califica como doctrina preventivo-general positiva. Quizá por ello, un discípulo del propio JAKOBS, Heiko LESCH<sup>18</sup>,

---

GEPHART, *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims*, Leske + Bubrich, Opladen, 1990, *passim*, esp. 4 y ss., 21 y ss.; completa exposición ofrece también MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien 61, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, pp. 145 y ss., quien analiza la construcción durkheimiana como un significativo paso en la genealogía de la prevención general positiva; y una breve pero precisa referencia brinda Rafael ALCÁZER GUIRAO, «¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas? Consideraciones sobre el destinatario de las normas», en *RPDJP*, núm. 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2001, pp. 51-75 (pp. 55 y s.).

<sup>16</sup> *Vid.*, sobre esta cuestión, KINDHÄUSER, Urs, «Rechtstreue als Schuld-kategorie», en *ZStW*, Bd. 107, 1995, pp. 701-733 («La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad», traducción de Percy García Cavero, *RPDJP*, núm. 1, Lima, 2000, pp. 171-213).

<sup>17</sup> *Vid.* sólo JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y la omisión*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, «Cuadernos de conferencias y artículos n° 12», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 49: «el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación».

<sup>18</sup> *Vid.* LESCH, Heiko Hartmut, «Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafrens» (2. Teil), en *JA*, Heft 12, 1994, pp. 596 y ss. (puede verse traducción de una versión ampliada de este trabajo: *La función de la pena*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa núm. 4», Dykinson, Madrid, 1999, pp. 45 y ss.), quien

se haya referido críticamente a tal denominación, propugnando una postura retributivo-funcional, y el propio JAKOBS, apartándose en sus últimos trabajos de tal calificación, ha salido al paso de esta cuestión, intentando una delimitación frente a otras modalidades de la «prevención general positiva» como la de WELZEL, afirmando que «la prevención general positiva –si es que quiere hacerse uso de ese término– no debe denominarse prevención *general* porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma, tiene como efecto la vigencia de la norma»<sup>19</sup>.

## 2. Vigencia de la norma: un cambio de paradigma

Si tuviéramos que definir la aportación funcionalista al moderno debate en torno a la esencia de la pena, podría afirmarse, sin riesgo a equivocación alguna, que la misma aporta novedosos aspectos y, en no pocas ocasiones, puntos de vista radicalmente originales. El cambio de paradigma es, pues, rasgo distintivo de la Dogmática funcionalista en este aspecto. Y ese cambio de paradigma se manifiesta, además, en frentes varios, en aspectos diferentes, situados en diversos niveles de abstracción. Como hemos visto, el concepto central de la construcción gira en torno a la idea de «vigencia de la norma». Un análisis exhaustivo de todas las consecuencias dogmáticas que se derivan de ese punto de partida precisaría un espacio del que ahora

---

defiende una «reconstrucción de una teoría funcional de la retribución», en la que la «pena sirve para la estabilización de expectativas» (o.u.c., p. 49). Este autor rechaza que la finalidad del Derecho penal tenga un sentido real-psicológico, demostrable empíricamente, y además tacha de «poco afortunada» la denominación «prevención general positiva», pues «no se trata de ... fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamientos» (o.u.c., p. 50).

<sup>19</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «Zur Gegenwärtigen Straftheorie», en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen – Juristen – Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von Klaus-M. Kodalle, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, pp. 29-40 (39 y s.) (*Sobre la teoría de la pena*, traducción de Manuel Cancio Meliá, «Cuadernos de conferencias y artículos n° 16», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 33).

carecemos. Escapa, pues, a nuestro propósito de hoy, agotar la amplia gama de posibilidades que ofrece un tema tan sugerente. Mas lo que sí puede intentarse es un esbozo, más o menos completo, pero –al menos– representativo, a fin poder ofrecer una imagen veraz del potencial de sentido que aporta la idea de «vigencia de la norma»<sup>20</sup>. Por ello, en las páginas que siguen, y sobre la base del mencionado concepto esencial, nos centraremos en la mención de algunos aspectos puntuales de la presente problemática, concretamente en tres cuestiones o problemas, a saber:

- 1) En primer lugar, la pregunta relativa al *qué* se protege, esto es, al objeto de protección y a la naturaleza de ese objeto de tutela (ontologismo *versus* normativismo funcionalista).
- 2) En segundo término, la cuestión referida al *quién* infringe la norma, o sea, del sujeto en el mundo social (individuo *versus* persona).
- 3) Y, por último, el interrogante en torno al *cómo*, es decir, al método de estudio o análisis de las categorías o conceptos jurídico-penales en liza (análisis sistemático *versus* análisis funcional; o –también– funcionalismo tradicional *versus* funcionalismo moderno, aunque con ciertas reservas, debido a la ausencia de un criterio unívoco en torno a estos conceptos).

#### IV. Ontologismo *versus* Normativismo funcionalista

##### A) La función de protección de bienes jurídicos en el seno de una Dogmática ontologista

La postura doctrinal que podríamos llamar *clásica* o *tradicional* considera que la función del Derecho penal estriba en la tutela de bienes o valores jurídicos del individuo o de la comunidad esenciales o imprescindibles para el desarrollo de la vida humana en Sociedad. Esta idea, casi un dogma intocable en la Dogmática jurídico-penal

---

<sup>20</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en *Verantwortung in Recht und Moral*, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. Bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, herausgegeben von Ulfrid Neumann und Lorenz Schulz, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2000, pp. 57-72 (57 y ss.).

desde la aportación de BIRNBAUM<sup>21</sup> en 1834 (aun con significativos antecedentes desde el Iluminismo idealista alemán<sup>22</sup>), se ha mantenido –y se mantiene aun hoy en día– como un lugar común de la doctrina penalista en la mayoría de los países, reconociéndose, generalizadamente, que no sólo compete al Derecho penal la tutela de bienes jurídicos, esto es, una función eminentemente preventiva de las lesiones a los mismos, sino igualmente su función legitimadora para el empleo del poder coactivo y represor del Estado mediante el

- 
- <sup>21</sup> Vid. BIRNBAUM, Johann Michael Franz, «Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», en *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, Bd. 15, Zweites Stück, Halle, Jahrgang 1834, pp. 149-194; Vid., sobre la personalidad de BIRNBAUM y su concepción del bien jurídico, AMELUNG, Knut, «J.M.F. Birbaums Lehre vom strafrechtlichen «Güter»-Schutz als Übergang vom naturrechtlichen zum positivistischen Rechtsdenken», en *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*, herausgegeben von Diethelm KLIPPEL, Keip Verlag Goldbach, 1997, pp. 349 y ss.
- <sup>22</sup> Evolución histórico-dogmática en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en Derecho penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, núm. 19, Servicio de Publicaciones, Sevilla, 1974; ID., *El injusto típico en la teoría del delito*, Mario A. Viera Editor, Mave, Corrientes (Argentina), 2000, esp. pp. 319-675; ID., *Derecho penal. Parte general*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000; entre los autores alemanes, SINA, Peter, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Bd. 62, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1962; Hans-Joachim RUDOLPHI, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», en *Festschrift für Richard M. Honig*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, pp. 162 y ss.; AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechen*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1972; HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechen. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Rechtswissenschaft, Fischer Athenäum Taschenbücher Verlag, Frankfurt am Main, 1973; MÜSSIG, Bernd J. A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz. Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament – am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für die §§ 129, 129a und 324 StGB*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht 14, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1994 (de este último autor, discípulo de JAKOBS, puede verse sobre el mismo tema y en lengua castellana, recientemente, el trabajo «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema», en *CDJP*, Año VII, núm. 11, Buenos Aires, 2001, pp. 229 y ss. Publicado también como monografía en Colombia).

ejercicio de su *Ius puniendi*. Esta función preventiva y legitimadora encuentra como guía directora, al menos en algunas construcciones doctrinales, el programa de valores contenido en la Constitución de los países democráticos.

Este planteamiento tradicional fue afianzado por el Finalismo, que, sobre la base de una Dogmática ontológica, situó las *estructuras lógico-objetivas* (o *lógico-reales*)<sup>23</sup> en la base misma de su construcción. De este planteamiento doctrinal, que ha dominado buena parte del devenir dogmático en el siglo XX, pueden resaltarse varios aspectos:

- 1) *Ontologismo penal*: el planteamiento finalista tiene lugar, como queda dicho, en el seno de una Dogmática ontologicista, caracterizada por la existencia de unas estructuras ontológicas, lógico-objetivas o lógico-materiales, prejurídicas, que anteceden o preexisten a los conceptos jurídicos y que fueron la piedra de toque de la Dogmática penal finalista, encabezada por WELZEL<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Los términos alemanes al respecto, que suelen emplearse como sinónimos, son «*Natur der Sache*» («naturaleza de las cosas») y «*sachlogische Strukturen*» («estructuras lógico-objetivas» o «lógico-reales»).

<sup>24</sup> Cfr., sobre la concepción finalista de las estructuras lógico-objetivas, Günter STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957, *passim*; CEREZO MIR, José, «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1961, pp. 19 y ss.; KOLB, Peter, *Der Begriff der «Natur der Sache» in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Dissertation, 1963 (mecanografiada); KWUN, Yungback, *Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der «Natur der Sache» in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch*, Dissertation, Universität des Saarlandes, 1963; SCHAMBECK, Herbert, *Der Begriff der «Natur der Sache». Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*, Springer Verlag, Wien, 1964; KAUFMANN, Arthur, *Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Typus*, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 22. April 1964, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1965 (2. verbesserte und durch ein Nachwort ergänzte Auflage, R.v.Deckner & C.F. Müller, Heidelberg, 1982); DREIER, Ralf, *Zum Begriff der «Natur der Sache»*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1965; POULANTZAS, Nicos Ar., *Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Préface de Michel Villey, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965; GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho y «Naturaleza de las cosas». Análisis de una nueva versión del Derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, t. I y II, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1970 y 1971 (esp., t. I, pp. 47 y ss.).

- 2) *Naturaleza prejurídica de las estructuras lógico-objetivas*: en segundo lugar, dichas estructuras ontológicas, como son los bienes jurídicos (vida, libertad, honor, etc.), no son creados por el Derecho, sino preexistentes a él: la norma, el legislador, el juez, etc. no crean la vida humana, sino que se limitan a valorar los ataques realizados a tales bienes<sup>25</sup>.
- 3) *Vinculación del legislador y del juez a las estructuras óntico-ontológicas*: como consecuencia de ello, y en tercer lugar, el legislador está vinculado a la realidad, esto es, ha de tomar (aceptar y respetar) la realidad tal y como está configurada, sin posibilidad de crearla ni de modificarla: únicamente las convierte en objeto de su valoración. Esta vinculatoriedad de los operadores jurídicos a las estructuras lógico-objetivas, es decir, a la realidad tal y como ella se presenta, llevó a WELZEL a calificar, en alguna ocasión<sup>26</sup>, a dichas estructuras como categorías que contenían «verdades eternas».

#### **B) La quiebra de la Dogmática ontologista: la crítica funcionalista al concepto de bien jurídico**

Frente a la postura tradicional de tutela de bienes jurídicos concebidos como categorías ontológicas –prejurídicas, naturalistas–, el funcional-normativismo jakobsiano presenta un planteamiento radicalmente diferente que, a través de un proceso de (re)normativización de los conceptos jurídicos consistente en desdotarlos de un contenido de significado prejurídico, conduce a la «quiebra» de la Dogmática penal ontologista<sup>27</sup>. Como punto de partida, somete a dura crítica al

---

<sup>25</sup> Vid. WELZEL, Hans, «Über Wertungen im Strafrecht. Eine prinzipielle Bemerkung zur sog. emotional-normativen Logik», en *Der Gerichtssaal*, Band 103, 1933, pp. 340 y s. (luego recogido en su compilación de artículos *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1975, pp. 23 y ss.); ID., *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4. Auflage, 1961 (*El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas de CEREZO MIR, José, Ariel, Barcelona, 1964, pp. 12 y s.).

<sup>26</sup> Así, en la 3ª. ed. de su conocido libro titulado *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957.

<sup>27</sup> Como reconoce el propio JAKOBS ya en el prólogo a la primera edición de su Tratado. Vid. Günther JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1983, p. V.

concepto de bien jurídico entendido de manera ontológica o naturalista, pues –según afirma– todo se reduce a un problema estrictamente normativo.

En primer lugar, JAKOBS sostiene que, mientras la legitimación formal de las normas penales se consigue mediante la aprobación de las leyes conforme a la Constitución de cada Estado, materialmente, dicha legitimación no puede sino residir en la idea de que las normas penales son necesarias para el mantenimiento de la identidad de un Estado concreto<sup>28</sup>. Precisamente, por ello, afirma JAKOBS que no es posible determinar *a priori* el contenido genuino de las leyes penales; puesto que las normas son expectativas sociales y varían no sólo de una Sociedad a otra, sino también a lo largo del tiempo<sup>29</sup>. Por ello, el legislador penal no se encuentra sometido a suerte alguna de vinculación a la realidad, sino que es la Sociedad misma la que configura –crea o construye– sus expectativas, esto es, sus normas jurídicas. La vinculación se produce, pues, entre el subsistema Derecho y su contexto social.

Por ello, desde esta perspectiva, los bienes jurídicos no pueden ser considerados categorías prejurídicas, ontológicas ni naturalistas, sino esencialmente, desde un aspecto normativo, como categorías creadas por el Derecho, por él configuradas. JAKOBS reconoce que los bienes jurídicos admiten una definición naturalista (se tutela la vida, la salud o la propiedad porque son valoradas como individualmente fructíferas), pero tajantemente afirma que ello no puede ser rasgo definitorio ni distintivo de un sistema normativo, en tanto que los bienes jurídicos pueden resultar menoscabados, no sólo por hechos de personas responsables en un contexto normativo–social, sino también por sucesos naturales (catástrofes, enfermedad, desgaste, etc.), o incluso por hechos en los que intervienen sujetos, pero no lo hacen como personas en Derecho penal, sino como individuos (por ejemplo, sin dolo ni imprudencia, o por inimputables). El objeto de tutela penal no puede

---

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1991, 2/1, p. 35 (*Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción por Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, pp. 44 y s.).

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

ser la lesión o puesta en peligro empíricamente constatable a un bien jurídico, sino la garantía del mantenimiento de las expectativas normativas con independencia de su eventual lesión<sup>30</sup>. En otras palabras: bien jurídico-penal es, en consecuencia, para JAKOBS, «la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación»<sup>31</sup>, y esta firmeza no es otra cosa que la vigencia de la norma.

Pero es que, además, la alusión a la vigencia de la norma se torna punto menos que imprescindible (aunque sólo fuera, si no como elemento esencial como en la construcción jakobsiana, sí al menos como dato de imprescindible referencia) desde el momento en que se piensa en lo forzado o –aun– absurdo que resulta explicar la función del Derecho penal diciendo que la misma consiste en la tutela de bienes jurídicos, siendo así que los delitos precisamente ponen de manifiesto que un bien jurídico ha resultado ya lesionado o, al menos, ha corrido un riesgo jurídico-penalmente desaprobado. Es decir, ¿podría en rigor afirmarse que el Derecho penal protege bienes jurídicos cuando ya se ha producido la lesión irreparable de una vida humana?, ¿cómo explicar que la función del Derecho penal consiste precisamente en prevenir esas lesiones, siendo así que –al menos para ese delito concreto ya consumado– tal prevención, bien ha sido ineficaz, bien ha llegado, como diría WELZEL, «demasiado tarde», esto es, en ambos casos, el Derecho penal no ha servido *para nada*?, ¿no consiste la posición doctrinal tradicional de defensa de bienes jurídicos en una *fictio iuris*, en tanto en cuanto la *función de protección de bienes jurídicos* que dice que el Derecho penal *efectivamente cumple* no es más que una aspiración, una meta, un ideal, y –por ello– algo ilusorio mas no real?, ¿y no es esa manifestación programática de buenos deseos y mejores intenciones («no se debería lesionar bienes jurídicos», etc.) mucho más una

---

<sup>30</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en *Verantwortung in Recht und Moral*, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophievom 2. Bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, herausgegeben von Ulfrid NEUMANN und Lorenz SCHULZ, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2000, pp. 57-72 (60 y ss.). Un clarificador estudio sobre las expectativas en Derecho penal ofrece Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Algunas referencias de Historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal», *CPC*, núm. 71, Madrid, 2000, pp. 391-423 (403 y ss.).

<sup>31</sup> JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

aspiración (un «fin», una «finalidad») que una «función» *stricto sensu*? Y si ello es cierto, ¿no lo es también que, en esa postura tradicional, la referencia al bien jurídico se hace depender, en el fondo, de ciertas eventuales, hipotéticas y probables (esto es, inciertas) consecuencias futuras de psicología individual o social (pues se confían en que el individuo y la sociedad se conciencien de que «no está bien lesionar bienes jurídicos ni cometer delitos», etc.)?, ¿no hay algo más etéreo, más ambiguo, que una descripción como esa? Estas interrogantes demuestran que acaso no están del todo desencaminadas ni son francamente ociosas las propuestas doctrinales, de cuño funcional-normativista, que tienden a una superación de la manifiesta incoherencia de la postura tradicional que propugna como función del Derecho penal la tutela de bienes jurídicos. A la somera revisión de algunas de esas propuestas, nos dedicamos a continuación.

### C) La concepción funcional-normativista

#### 1. Excurso: algunas soluciones eclécticas

Las cuestiones aludidas en el apartado anterior ponen de manifiesto la debilidad de la explicación ontologista, que sólo puede explicar que el injusto consiste en el menoscabo de un bien jurídico, pero no la pretendida función del Derecho penal consistente en la prevención de bienes jurídicos, siendo así que se hace depender de los buenos deseos de un legislador la realización de dicha función preventiva, que -además-, y la realidad abunda en nuestro supuesto, cada vez que se comete un delito se muestra a la luz del día la ineficacia de dicha prevención y con ello la ineficacia del entero sistema de un Derecho penal así explicado. Además, desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, tal postura llevaría inexorablemente a una desmesurada anticipación de la tutela a través de conminaciones de delitos de peligro abstracto; pues si ésta se quiere efectiva, habrá de adelantarse al momento anterior a la producción del efectivo e irreparable menoscabo de los bienes, esto es, a la simple puesta en peligro de tales objeto de tutela<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 43-60 (también en RPDJP, núm 1, Lima, 2000, pp. 151-170), quien se muestra crítico con esta tendencia

Varias construcciones doctrinales, conscientes de lo dogmáticamente infructuoso e intrínsecamente incoherente que resulta la explicación tradicional de tutela de bienes jurídicos, han intentado salvar tan paradójica situación. En este contexto, surge la propuesta funcionalista de JAKOBS, en la que nos centraremos a continuación. Sin embargo, no es ésta la única propuesta doctrinal que pretende superar una incoherencia que se muestra a clara luz en la fundamentación del injusto y en la esencia de la pena. Así, y por mencionar sólo un ejemplo –cercano, por lo demás, a JAKOBS–, aludiremos a la concepción de WELZEL. Luego nos centraremos en la postura funcionalista.

En efecto, el propio Hans WELZEL, padre del finalismo jurídico-penal, se vio obligado a introducir, en su concepción, la alusión a la protección de los valores ético-sociales de acción mediante el Derecho penal. En efecto, para WELZEL, «la tarea primaria del Derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos [...] porque para ello [...] llega generalmente demasiado tarde. Más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos individuales es la tarea de mantener segura la vigencia real (cumplimiento) de los valores de acción de la actitud jurídica. Ellos son el más sólido fundamento que conlleva el Estado y la Sociedad. La mera protección de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad de prevención negativa [...] Por el contrario, la más profunda tarea del Derecho penal es de naturaleza ética-social positiva»<sup>33</sup> y –por ello, concluye WELZEL– que «la pretensión de

---

moderna y sostiene que se debe «evitar que el legislador vaya amenazando con pena criminal cada vez más puestas en peligro abstractas, y de obligarle a contentarse con la penalización de consumaciones *materiales* y sus correspondientes tentativas. De hecho la manía de la anticipación del delito es en el Derecho penal moderno un problema, a cuya génesis, sin embargo, no es ajena la tesis del Derecho penal como protección de bienes jurídicos: si de lo que se trata es de la protección de bienes jurídicos, entonces, esta protección se querrá efectiva, y desde esta perspectiva no se entendería la renuncia a penalizar las conductas generadoras de un peligro abstracto» (pp. 52 y 161 y s., respectivamente).

<sup>33</sup> WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, p. 3; ya antes, por ejemplo, ID., «Über den substan-tiellen Begriff des Strafgesetzes», en *Probleme der Strafrechtser-neuerung*, Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1944, pp. 101 y ss., esp. 107.

asegurar los bienes jurídicos (o sea, la vigencia de los valores de acción) es más importante que alcanzar en el caso concreto un resultado positivo»<sup>34</sup>.

Como puede verse, WELZEL compagina dos aspectos concretos, a saber: el mantenimiento del sistema a través de los valores éticos esenciales de la Sociedad y la protección de los bienes jurídicos. El primero es objeto de tutela inmediata, mientras que la protección de los bienes jurídicos queda relegada, en la construcción welzeliana, a un segundo plano: sólo protegiendo los valores ético-sociales se dispensa, se garantiza mediatamente su indemnidad. Como puede observarse, WELZEL rechaza parcialmente la postura tradicional (referida únicamente a bienes jurídicos), al introducir en su concepción elementos de tutela primaria necesarios para el mantenimiento del sistema; pero, por otro lado, no desvincula este cometido de la protección de los bienes jurídicos, a los que concede una importancia secundaria. Lo que en realidad viene a hacer WELZEL es ampliar el ámbito de valores protegidos por el Derecho penal (que incluiría, no sólo -mediatamente- los bienes jurídicos, sino además -primariamente- los

---

<sup>34</sup> WELZEL, Hans, *l.u.c.* Siguiéndole, en la doctrina española, su discípulo CEREZO MIR, quien escribe: «La función del Derecho penal no puede limitarse..., como ha puesto de manifiesto WELZEL, a una protección actual de los bienes jurídicos, pues para ello llega generalmente demasiado tarde. (...) La función del Derecho penal consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar el respeto a los bienes jurídicos, el Derecho penal ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarles a su cumplimiento (mediante su continuidad) y de apelar, incluso, a sus intereses egoístas por medio de la coacción. (...) En la selección de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal y especialmente en la determinación del ámbito de protección de estos bienes jurídicos desempeñan un papel decisivo las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad en un momento determinado. Las concepciones ético-sociales desempeñan un papel primordial, pues el Derecho penal castiga generalmente como delito las infracciones más grave de las normas de la Ética social». Vid. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, 5ª. ed., basada en el nuevo Código penal de 1995, Tecnos, Madrid, 1996, p. 15; en sentido semejante, GIL GIL, Alicia, «Función ético-social en el Derecho penal», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 9-35, quien defiende la doctrina de la prevención general positiva como reafirmación de los valores ético-sociales, sin prescindir de la protección de bienes jurídicos.

valores ético-sociales de acción o mínimo ético: *neminem lædere*<sup>35</sup>), con lo cual acentúa la *fictio iuris* antes aludida de pretensión formalista de defensa de unos bienes o valores, protección entelética que queda igualmente en entredicho cada vez que se realizan injustos punibles, que ponen de manifiesto que esa función del Derecho penal ni se ha realizado ni ha sido, en consecuencia, eficaz<sup>36</sup>.

## 2. Vigencia de la norma y funcionalismo: el concepto de función (función manifiesta y función latente)

Sin embargo, y al margen de otros significativos antecedentes parciales<sup>37</sup>, no es sino hasta la obra de JAKOBS, donde la desvinculación entre sistema jurídico-penal y estructuras reales del ser encuentra su mayor y más acentuada manifestación, mediante la configuración de una sugerente concepción libre de prejuicios empiristas. Para este autor, difícilmente puede explicarse la dinámica delito/pena en base a criterios ontologistas, por ello, propugna un sistema caracterizado por un progresivo e integral proceso de desontologización, funcionalización y normativización de los conceptos e instituciones

---

<sup>35</sup> Según la concepción aplicada por Rudolph VON IHERING al campo del Derecho y desarrollada sugerentemente por Georg JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1967 (reprografischer Nachdruck der Ausgabe Wien 1878), *passim*, esp. pp. 56 y ss., 91 y ss.

<sup>36</sup> Otras consideraciones críticas en torno a la supuesta función ético-social del Derecho penal puede verse, recientemente, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 109-134.

<sup>37</sup> Varios autores, como CALLIESS, AMELUNG o HASSEMER, desde posiciones más o menos cercanas al funcionalismo, desarrollan sugerentes concepciones propias, basadas en un entendimiento dialéctico del fenómeno criminal, que permite vislumbrar de cerca la perspectiva social del actuar delictivo y que, a la postre, se separa –aunque no siempre se desvinculan– de presupuestos ontologistas. Algunas de las propuestas de estos autores guardan semejanza con el funcionalismo jakobsiano. No nos podemos detener en un análisis comparativo. Más adelante, en el texto de este mismo trabajo, añadiremos alguna referencia más precisa. Para una mayor información, puede verse, sobre el primer autor, Santiago MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 82 y ss., 88 y ss.; sobre el último, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien 61, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, pp. 69 y ss.

jurídico-penales, sobre la base del entendimiento del sistema del Derecho penal como sistema normativo parcial, como subsistema del sistema social, y en el que los influjos de la filosofía idealista hegeliana y de la moderna teoría luhmanniana de los sistemas sociales son más que evidentes.

El lastre de la herencia ontologista en el sistema jurídico-penal queda definitivamente superado con la concepción funcionalista. Aunque sobre esta asignación de etiquetas también habría algo que decir. Es cierto que, al igual que acontece –según vimos– con el concepto «prevención general positiva», la falta de uniformidad conceptual en torno a la noción de funcionalismo ha determinado que se designen como funcionalistas doctrinas muy diversas, lo cual lleva a desdibujar los contornos de tal denominación. Así, por ejemplo, es usual el considerar el sistema teleológico político-criminal de ROXIN y sus discípulos y seguidores como «funcionalismo moderado», frente a la posición de JAKOBS, que encarnaría el «funcionalismo radical»<sup>38</sup>. Dicha clasificación no deja, en realidad, de ser arbitraria; pues arbitrario es el uso que se hace del término «funcionalismo». Lo mismo puede decirse de la identificación del funcionalismo con otras propuestas de cuño racional-final o teleológico –a las que el propio ROXIN<sup>39</sup>, atribuye el calificativo de funcionalistas– como las del mismo ROXIN, la de JAKOBS, la de SCHMIDHÄUSER o la de RUDOLPHI. O, en general, de la

<sup>38</sup> Vid. dicha clasificación, por ejemplo, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José María Bosch, Barcelona, 1992, p. 70, quien afirma que «si bien probablemente cabe calificar al funcionalismo de JAKOBS como «funcionalismo radical», mientras que el de ROXIN y sus discípulos sería más bien «moderado», lo decisivo en la distinción de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del Derecho penal».

<sup>39</sup> Recientemente, por ejemplo, en su *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, § 7/23 y ss. (*Derecho penal. Parte General*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción española de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña / Miguel Díaz y García-Conlledo / Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 203 y ss.); también su discípulo SCHÜNEMANN, Bernd, «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en Id. (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1984, pp. 1-68 (45 y ss., 54 y ss.) (de este libro existe edición española a cargo de SILVA SÁNCHEZ, Tecnos, Madrid, 1991).

designación como funcionalistas de las doctrinas orientadas a los fines de la pena<sup>40</sup>. Una ampliación tan desmesurada del significado del significante «funcional» o «funcionalista» puede acarrear el riesgo, no sólo de desnaturalizar los límites de tal denominación, sino también –como ha resaltado, con sagacidad no exenta de un punto de ironía, Guillermo ORCE<sup>41</sup>– de llegar al extremo de tener que admitir que «prácticamente todo autor que haya escrito sobre la teoría del delito y haya incluido un capítulo sobre la pena sería funcionalista», añadiendo que «sucede simplemente que eso no es funcionalismo».

En efecto, JAKOBS acepta como punto de partida el concepto de función mayoritariamente empleado por la doctrina sociológica (gracias a las aportaciones de RADCLIFFE-BROWN<sup>42</sup>, depuradas y ampliadas por PARSONS<sup>43</sup>, y –posteriormente– por LUHMANN), que designa con tal vocablo «las prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación, (resultan necesarias) para el mantenimiento de un sistema social»<sup>44</sup>. Es decir, se trata de cualquier elemento que *en sí* cumple

---

<sup>40</sup> Como hace, por ejemplo, DE SOUSA E BRITO, José, en su trabajo «La inserción del sistema pena entre la jurisprudencia de conceptos y una (di)solución funcionalista», en traducción de M<sup>a</sup>. Teresa Castiñeira, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, José María Bosch, Barcelona, 1995, y resalta críticamente ORCE, Guillermo, «A propósito de «Culpabilidad y Prevención», de Günther Jakobs», en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, núm. 9, Ad-Hoc, Vilella, Buenos Aires, pp. 271-296 (272).

<sup>41</sup> Vid. ORCE, Guillermo, *l.u.c.*

<sup>42</sup> RADCLIFFE-BROWN, A.R., «On the Concept of Function in Social Science», en *American Anthropologist*, 37, 1935, pp. 395-402.

<sup>43</sup> PARSONS, Talcott, *Essays in Sociological Theory, Pure and Applied*, Glencoe, I11, 1949, pp. 22 y s.; *Id.*, *The Social System*, Glencoe, I11, 1951, pp. 21 y s., para quien los sistemas son sistemas de acción dependientes entre sí, y relativamente invariable en relación al Medio Ambiente, o sea, son relativamente independientes de las variaciones en el ambiente. Por ello, la no vinculatoriedad del sistema jurídico a la realidad y la concepción de la pena como concepto funcional que contribuyen al mantenimiento de la estructura social.

<sup>44</sup> Así la definición del término «función» ofrecido por Niklas LUHMANN, «Sub voce Funktion IV», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, herausgegeben von Joachim Ritter, völlig neubearbeitete Ausgabe des «Wörterbuchs der Philosophischen Begriffe» von Rudolf EISLER, Band 2: D-F, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972, pp. 1141-1142 (1141), y al que se remite expresamente JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?», en *ZStW*. Band 107, Heft 4, 1995, pp. 843 y ss.

un cometido estabilizador del sistema, y por ello –en ese sentido–, resulta funcional para el mismo<sup>45</sup>, además, es el punto de partida para la «valoración de la equivalencia de las diferentes soluciones de problemas»<sup>46</sup>.

Cuando JAKOBS sitúa como punto central de su construcción la vigencia de la norma, o cuando afirma que la prestación que el Derecho penal lleva a cabo en el seno del sistema consiste en «contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la Sociedad»<sup>47</sup>, o cuando afirma que –con independencia de su quebrantamiento– la norma sigue teniendo vigencia precisamente por imponerse la pena, etc., está tratando con términos e instituciones netamente funcionales, y –por ello– su doctrina merece ser calificada de funcionalista, a diferencia de otras propuestas doctrinales de cuño teleológico–racionalista o valorativo–finalista. Y, con ello, no hace sino acercarse al concepto de función aceptado unánimemente en el funcionalismo-sociológico, tras desechar la clásica noción dominante en la época de DURKHEIM que emparentaba el concepto de función con criterios teleológicos<sup>48</sup>. Y ello porque –como LUHMANN– «una teoría sociológica de los sistemas sociales no puede definir ya más el concepto de función a través de la noción de fin, si quiere problematizar también la función de los fines»<sup>49</sup>.

---

(*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, «Cuadernos de conferencias y artículos n° 13», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 10).

<sup>45</sup> Como resalta LUHMANN, «las Ciencias sociales, en especial la Sociología y la Antropología, con apoyo en los métodos de investigación de la Biología, han desarrollado un concepto de función libre de finalidad: funcional es una prestación en tanto que sirve para el mantenimiento de una unidad compleja estructurada de un sistema». Vid. LUHMANN, Niklas, «Funktion und Kausalität» (1962), en ID., *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1970, pp. 9-30 (10).

<sup>46</sup> LUHMANN, Niklas, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, p. 123.

<sup>47</sup> Vid. JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

<sup>48</sup> Vid. LUHMANN, Niklas, «Funktionale Methode und juristische Entscheidung» (1969), en ID., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1999, pp. 273-307 (274 y s.).

<sup>49</sup> Vid. LUHMANN, Niklas, *o.u.c.*, p. 275.

En todo caso, el concepto funcionalista de función alude a toda «prestación para el mantenimiento de un sistema», y –con ello– a la «solución de problemas sistémicos» y al «fomento de la integración o adaptación a un sistema». Y este concepto de función es aceptado por JAKOBS, quien en algún trabajo reciente también distingue –de nuevo de la mano de la doctrina sociológica<sup>50</sup>– entre *función manifiesta o abierta* y *función latente* de la pena<sup>51</sup>, que encuentran diferentes destinatarios<sup>52</sup>. La primera alude a las consecuencias conocidas y perseguidas para la realización de determinadas condiciones del sistema; las segunda, por el contrario, a consecuencias que, aun siendo idóneas para el equilibrio del sistema, no se prevén ni se conocen con antelación.

Desde esta perspectiva, la *función manifiesta* de la pena radica, precisamente, en el efecto estabilizador que cumple la pena; esto es, en la propia reafirmación de la vigencia de la norma: se trata, pues, como apunta JAKOBS, de un *efecto confirmante*<sup>53</sup>. La *función latente* se identifica, por el contrario, con ciertos efectos preventivos derivados de la pena, pero que no integran estrictamente su función integradora: se trataría, pues, de ciertos efectos asociados a la idea de *prevención general positiva* (ejercicio de la fidelidad al Derecho, reforzamiento de la confianza de los ciudadanos en la norma, etc.), así como otros

---

<sup>50</sup> Vid., entre otros, MERTON, Robert K., *Social Theory and Social Structure*, 8ª ed., 1963, pp. 19 y ss., esp. 60 y ss.; RYFFEL, Hans, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Luchterhand, Darmstadt, 1974, pp. 254 y ss.

<sup>51</sup> Crítico con tal distinción, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, t. I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ª ed., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 201 y ss., quien –sobre criticar la «considerable imprecisión» de tales conceptos– señala que tales conceptos «no pueden concebirse por separado, siendo sólo cognitivamente separables: en la realidad, la función manifiesta (confirmación de la identidad social) únicamente puede alcanzarse mediante las funciones latentes (marginalización del acto lesivo de la norma, y otros efectos adyacentes, como la intimidación, etc.)» (p. 208).

<sup>52</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», traducción de Teresa Manso Porto, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, Escuela Judicial, CGPJ, Xunta de Galicia, Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999, pp. 119 y ss., en concreto 135 y ss. (también en la colección «Cuadernos de conferencias y artículos n.º 24», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 27 y ss.).

<sup>53</sup> JAKOBS, Günther, «La Ciencia del Derecho penal ...», *op. cit.*, p. 28.

efectos preventivos (de prevención negativa: intimidación; de prevención especial: resocialización, etc.). En todo caso, ya la constatación y confirmación de la identidad de la Sociedad constituye la *función* de la pena, y –por ello– «la sanción no tiene un fin, sino que ella misma es consecución de un fin (*Zweckerreichung*), scil., la constatación de la invariable realidad de la Sociedad»<sup>54</sup>.

Desde esta perspectiva, la función manifiesta constituye el cometido del Derecho penal (la estabilización y mantenimiento del sistema), por ello, se conecta estrechamente con la *ratio* del Derecho y con la idea de la vigencia de la normas. Las funciones latentes –y no deja de ser arbitrario el empleo, en este contexto, del término «función»– representan no más que consecuencias probables (no seguras) de psicología individual o social, pero no integran propiamente la noción de Derecho, y –por ello– no forman parte del concepto de pena. O sea, con independencia de que se produzcan o no estos deseados efectos, la pena ya cumple su función integradora de reafirmación de la vigencia de la norma, que se refiere a la Sociedad en su conjunto. Por ello, dice JAKOBS que la función manifiesta, o sea, «el efecto confirmatorio va destinado a *personas*, es decir, a partícipes de la comunicación que son presentados como dispuestos jurídicamente, y, ciertamente, a todos ellos»<sup>55</sup>.

### 3. Autorreferencialidad del sistema jurídico

Sobre la base de esta comprensión netamente funcionalista, es lógico que no pueda concebirse suerte alguna de vinculación a las estructuras permanentes del ser, toda vez que la realidad no viene dada, sino que la construye el propio sistema. El Derecho –dice LUHMANN– no es sino lo que el Derecho diga que es Derecho. De acuerdo con la teoría sistémica, el Derecho –al igual que la Sociedad en la que se integra– es un sistema autorreferencial y autopoietico que se

---

<sup>54</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «Zur Gegenwärtigen Straftheorie», en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen – Juristen – Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, pp. 29-40 (36) (*Sobre la teoría de la pena*, traducción de Manuel Cancio Meliá, «Cuadernos de conferencias y artículos n° 16», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 25).

<sup>55</sup> JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

integra de expresiones de sentido, de comunicaciones<sup>56</sup>. Que el Derecho sea un sistema social significa que se caracteriza por el modo operativo de autorreproducción –esto es, autopoietico– que adopta: la comunicación, la expresión de sentido. Por ello, para JAKOBS tanto la infracción de la norma como la pena reafirmadora de la vigencia de la norma son expresiones de sentido, a saber: comunicaciones (prestaciones dotadas de sentido), que expresan algo en la Sociedad y coadyuvan al mantenimiento de la estructura social. En el caso de la pena, además, tal prestación desempeña el cometido de reafirmar la identidad de la Sociedad, y –por ello– funcionalmente representa una prestación para el mantenimiento del sistema jurídico.

Esa capacidad del propio sistema de dotarse de un mecanismo autopoietico de producción constituye la *autorreferencialidad* del sistema jurídico, y –por ello– si se acepta que la única operación social es la comunicación, ésta ha de ser autorreferencial, pues –como gráficamente afirma LUHMANN– *sólo la comunicación comunica*<sup>57</sup>. Ello significa que, al igual que los seres vivos pueden reproducirse por medio de células –campo éste de la Biología del cual toma LUHMANN el concepto de autopoiesis<sup>58</sup>–, el Derecho, en tanto (sub)sistema social, se dota de

---

<sup>56</sup> *Vid.*, ampliamente al respecto, TEUBNER, Gunther, *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1989; y los varios y sugerentes trabajos compilados en *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Edited by Gunther TEUBNER, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1988, *passim* y en *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Herausgegeben von Hans Haferkamp und Michael Schmid, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987.

<sup>57</sup> *Vid.*, sobre este particular, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Die Strafe: eine Systemtheoretische Beobachtung», manuscrito, 2002, pp. 4 y ss. (en prensa), con citas a LUHMANN.

<sup>58</sup> En efecto, el término «autopoiesis» se debe al biólogo chileno Humberto Maturana, y a su discípulo Francisco Varela, y designa originariamente el modo operativo de autoreproducción de los sistemas vivos. Dichos sistemas vivos se caracterizan por la capacidad de producir y reproducir por sí mismos los elementos que los integran, definiendo su propia unidad, su propia organización y su propia estructura. Este modo de autorreproducción es llevado a cabo por células, que son elementos integrantes de los sistemas vivos, y se realiza en el interior del mismo sistema.

Sobre este concepto, más extensamente, LUHMANN, Niklas, «Autopoiesis als soziologischer Begriff», en *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Herausgegeben von Hans Haferkamp und Michael Schmid, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, pp. 307-324, así como los trabajos de SCHMID, HAFERKAMP, TEUBNER y BERGER contenidos en el mismo

elementos sistemáticos propios capaces por sí mismos de configurar (crear, modificar, reproducir, etc.) su propia estructura social, creando sus propios elementos integrantes, y manteniendo sólo aquéllos que resulten funcionales, esto es, necesarios para el mantenimiento de la estructura social en un tiempo determinado, y deshaciéndose de aquellos otros que entorpezcan por su disfuncionalidad la estabilización o el mantenimiento de la estructura sistémica. El Derecho se concibe, en consecuencia, como un sistema operativamente cerrado, que se rige por el código justo/injusto. La autorreferencialidad del sistema jurídico, o –en general– de cualquier sistema, implica la existencia de sistemas con «la capacidad de establecer relaciones consigo mismos, y de diferenciar estas relaciones de las relaciones con su entorno»<sup>59</sup>, y que tal operación de mantenimiento (*Erhaltung*), estabilización (*Stabilisierung*) o diferenciación (*Ausdifferenzierung*), se realice dentro del sistema o para sí mismo significa que «es independiente del modo de observación de otros»<sup>60</sup> y ello –a su vez– representa que la unidad objeto de la autorreferencia «se debe construir y no preexiste como individuo, como substancia, como idea de la propia operación»<sup>61</sup>. A esta perspectiva constructivista, subyace la pretensión luhmanniana de fundamentar una *ontología de la diferencia*, si se quiere denominarla así, como hace el propio LUHMANN, que se opondría a los tradicionales conceptos de ontología.

---

vol. (pp. 25 y ss., 51 y ss., 89 y ss., 129 y ss., respective). Recientemente, en un sugerente libro póstumo titulado *Einführung in die Systemtheorie*, explica gráficamente LUHMANN el origen del empleo de la palabra «autopoiesis» por MATURANA. Vid. LUHMANN, Niklas, *Einführung in die Systemtheorie*, Dirk BAECKER (Hrsg.), Carl-Auer-Systeme Verlag, Heidelberg, 2002, pp. 110 y s.

<sup>59</sup> Vid., por ejemplo, LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, p. 31 (el primer capítulo –«System und Funktion»– de esta programática obra, esencial para comprender la teoría luhmanniana, está traducido al castellano y publicado como monografía bajo el título *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, traducción de Santiago López Petit y Dorothe Schmitz, Introducción de Ignacio Izuzquiza, Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona – Buenos Aires – México, 1ª. ed. 1990, 1ª. reimpr. 1997, p. 44; una traducción al castellano de la obra completa está publicada en México).

<sup>60</sup> LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, p. 58 (*Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, traducción de Santiago López Petit y Dorothe Schmitz, Introducción de Ignacio Izuzquiza, Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona – Buenos Aires – México, 1ª. ed., 1990, 1ª. reimpr., 1997, p. 88).

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas, *l.u.c.*

Sobre la base de esta «autosuficiencia» de la que habla JAKOBS, las operaciones de autorreproducción tienen lugar en el seno del sistema, en el plano comunicativo, de ahí que no puedan aprehenderse empíricamente: son, pues, operaciones intrasistemáticas que, aunque mantienen relaciones con el entorno y con otros sistemas, se hallan básicamente diferenciadas de ellos: si no, no serían sistemas, ni los otros entorno ni, a su vez, sistemas diversos. Precisamente, por ello, el entendimiento de la función (prestación funcional) que el Derecho desempeña en el Sociedad se halla plenamente desvinculado de las estructuras ontológicas, que se mueven en un nivel de abstracción ciertamente distinto, y que *per se* no forman parte de la Sociedad, sino –en su caso– de su entorno. Es decir: *toda la realidad la construye el propio sistema, y no preexisten elementos al mismo*. Por ello, desde esta perspectiva sistémica, puede concluirse que la vigencia de la norma informa la tarea de protección del sistema jurídico en su conjunto, a la vista de las expectativas sociales descritas en las normas penales.

#### 4. Algunas críticas

Desde esta perspectiva, es plenamente coherente explicar la prestación que el Derecho penal lleva a cabo en la Sociedad de manera positiva, cifrando dicha prestación precisamente en el valor de reafirmación de la vigencia que la norma sigue manteniendo con independencia de su eventual lesión, o lo que es lo mismo, en el hecho de que el programa social de expectativas normativas contenidas en una norma penal sigue siendo vigente aun a pesar de que existan programas subjetivos que desautoricen su valor y su vigencia. La prestación del Derecho como vigencia de la norma consiste, pues, en la protección del sistema jurídico a través de las condiciones de vigencia de la norma. Este planteamiento no está, empero, ausente de consideraciones críticas. Entre ellas pueden destacarse esencialmente dos, a saber: en primer lugar, el hecho de que no deja de resultar paradójico que el Derecho adopte como objeto de protección la vigencia del mismo Derecho, esto es, que la prestación que lleve a cabo el sistema jurídico sea su propio mantenimiento; en segundo término, el acriticismo o neutralidad valorativa de una concepción funcionalista como la presente. Muy brevemente nos ocuparemos de estas dos objeciones.

##### a) ¿Autoprotección de la norma?

Empecemos por la primera. Ella supone, en realidad, una crítica al sistema en su conjunto. De la exposición hasta ahora realizada queda

claro el punto de partida sistémico–funcionalista de la doctrina jakobsiana. La pena, para JAKOBS, cumple una prestación esencial para el sistema, a saber: contribuye a su mantenimiento o estabilización reafirmando la vigencia de la norma. Por ello, su concepción es funcional y –asimismo– el sistema del que parte se caracteriza por la capacidad de entablar diferencias con el entorno y con otros sistemas. La autoprotección del Derecho, o –si se quiere– la protección del sistema jurídico mediante la protección (mantenimiento, estabilización) de las condiciones de vigencia de la norma es esencia, pero también requisito, de la autorreferencialidad del propio sistema. Por ello, su (aparente) paradojismo se explica en esta circularidad operativa: el sistema no puede concebirse sin la estabilidad de sus normas (la Sociedad es acuerdo normativo), pero no puede haber estabilidad normativa si no existe ese modo autopoietico de reproducción y estabilización.

Claro que pueden hacerse críticas de forma y de fondo a tal planteamiento funcionalista, pero ello implica atacar las bases fundamentales, los puntos de partida de tal concepción, o lo que es lo mismo, supone hablar un lenguaje radicalmente diverso, y entonces ya no es posible la comunicación. Sólo de la manera expuesta (en su texto y contexto funcionalista) queda perfilado el concepto de vigencia de la norma en su más pura dimensión, dentro de este sistema. Se puede entender de otro modo, pero entonces se mueve uno en un nivel de abstracción diferente y, por ello, no hablamos de la misma cosa.

Por ello, cuando POLAINO NAVARRETE afirma, de manera coherente con la línea de su exposición, que «difícilmente puede tratarse (*scil.* la vigencia de la norma) de un “fin” perseguido por la propia norma»<sup>62</sup> o –más enérgicamente– «*la vigencia de la norma no puede ser nunca un “fin” de la propia norma: es, por supuesto, una consecuencia de la aplicación de la norma, pero no el fin de ésta*»<sup>63</sup>, simplemente está empleando un lenguaje diverso, que impide el entendimiento entre ambas posiciones: mientras JAKOBS habla de función en el aludido sentido de la prestación para el mantenimiento del sistema (y, en tal sentido,

---

<sup>62</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, t. I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ª. ed., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2001, p. 126.

<sup>63</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *l.u.c.*

es plenamente coherente con su sistema el afirmar que la pena cumple la misión o consiste en reafirmar la vigencia de la norma), POLAINO habla de «función de la pena (o del Derecho penal)» en el sentido más habitual entre los teóricos del Derecho penal, relacionado con el «fin» o «finalidad» a que se encamina la imposición de tal pena. Desde la perspectiva del autor español, es plenamente coherente la crítica. Sólo que no cuestiona, *per se*, el que el mantenimiento de la vigencia de la norma sea una «función» (en sentido funcionalista) del Derecho penal, sino que desde una posición teleológica (en la que «función» se equipara a los «fines de la pena») sería incoherente defender una postura como la que JAKOBS defiende en un sistema diferente.

**b) Acriticismo hacia la constitución del sistema: en concreto, Funcionalismo y autoritarismo político**

Por lo demás, la primera crítica nos lleva a la segunda. Pues, en el fondo, lo que se quiere señalar con la primera objeción es que la autoprotección del Derecho resulta paradójica, si no se alude también –y quizá prioritariamente– a un sistema concreto de valores. Y ello es, precisamente, el objeto general de la segunda objeción, a saber: que el funcionalismo adolece de neutralidad valorativa, en tanto se convierte al sistema (los sistémicos dirían: el sistema se convierte a sí mismo) en algo aséptico, acrítico, y en él interesa mantener el *statu quo*, la constitución o la identidad social tal como se presenta o se construye, sin posibilidad de cambio alguno. Esta crítica se basa en un malentendido o, directamente, en el empleo de un esquema totalmente diferente que, del mismo modo, impide arribar a comunes soluciones. El propio JAKOBS reconoce que una de las más frecuentes objeciones que suele hacerse a su doctrina es la de afirmar que «le falta un punto de partida crítico hacia el sistema»<sup>64</sup> y afirma que dicha objeción no carece de razón. En su recensión a un texto fundamental de JAKOBS, y refiriéndose no sólo a la concepción jakobsiana, sino, igualmente, al funcionalismo de PARSONS y LUHMANN, MIR PUIG<sup>65</sup> ha formulado la presente crítica en los siguientes términos:

---

<sup>64</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «Prólogo» a la versión española de su libro *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, p. 11.

<sup>65</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago, «Recensión a Jakobs, Günther: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez», en *RDPC*, 2ª época, núm. 2, Julio 1998, UNED, Madrid, 1998, pp. 445-455.

«Parten (*scil.* las doctrinas mencionadas) del sistema social existente, sin cuestionarlo, para determinar lo que es *funcional* o *disfuncional* para el mismo –no para un sistema social deseable–; y lo hacen sin tomar en consideración los valores materiales que caracterizan al sistema social, sino sólo su estructura *formal*. Esto último evita la admisión expresa de los valores del sistema social existente, pero es precisamente lo que excluye la alusión a alguna referencia material que permita la crítica. A mí me parece preferible una teoría social que ponga al descubierto los valores de nuestra sociedad. No basta con decir que es lícito empezar por “comprender lo que hay antes de pasar a la crítica”, como hace Jakobs. Para *comprender* completamente lo que hay no es suficiente explicar su estructura formal, dejando fuera su contenido de valores»<sup>66</sup>.

En consonancia a la crítica sobre la neutralidad valorativa o el acriticismo de un sistema funcionalista como el de JAKOBS, suele afirmarse que la concepción funcionalista peca de un excesivo «formalismo»<sup>67</sup> y que, en definitiva, «erige una fachada de argumentaciones circulares, (que) necesariamente ha de rellenar el vacío mediante puras decisiones»<sup>68</sup>. Y, a un paso de estas críticas, no es frecuente toparse

<sup>66</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago, *o.u.c.*, p. 447.

<sup>67</sup> Así, por ejemplo, la crítica de Hans-Joachim HIRSCH, «Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht», en *ZStW*, Band 106, 1994, pp. 746 y ss. (753).

<sup>68</sup> En este sentido, *v.gr.*, Bernd SCHÜNEMANN, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», *GA*, 5 / 1995, pp. 201 y ss. (221) (Hay versión española: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, «Colección de Estudios nº 7», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 48); en similar sentido, ID., «La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico-penal», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 643-663 (644 y ss., 649 y ss.), quien –en una vehemente exposición– caracteriza el pensamiento de JAKOBS como «‘normativismo libre de empirismo’, a diferencia del normativismo teleológico de creación roxiniana» (p. 645), lo tacha de «teoría antiempirista» (p. 646), de caer en un «mero círculo vicioso, que se ha convertido en irreconocible detrás de una terminología frecuentemente esotérica para los entusiastas» (p. 647), lo que remarca su «carácter circular ya en el nivel fundamental del sistema actual de Derecho penal» (p. 647), de «dejar de lado por completo en la dogmática jurídico-penal toda argumentación que pueda ser demostrable empíricamente, ya que la pena en su teoría (*scil.* la de JAKOBS) no está dirigida a fines concretos» (p. 648), etc., de modo que

con afirmaciones del tenor de que una concepción funcionalista como la que defienden LUHMANN o JAKOBS resultan excesivamente conservadoras, y que –por *mor* de su abstracción teórica– pueden legitimar tanto sistemas democráticos como concepciones políticamente autoritarias o dictatoriales.

Brevemente, nos ocupamos a continuación de las críticas anteriores. Ellas contienen, en puridad, una verdad a medias, pues metonímicamente toman la parte por el todo, despreciando el contexto global en el que se integran, con lo que se desnaturaliza, en no poca medida, el sentido integral de su significación. Cuando se afirma, por ejemplo, que la concepción funcionalista, al describir el delito como la rebelión contra la norma, peca de formalismo, se desconoce, por un lado, que tal concepción no es menos formalista que el definir la función del Derecho penal como protección de bienes jurídicos, pues, hasta que la Sociedad (el Estado, el legislador) determine qué se debe proteger, esto es, qué bienes son dignos y merecedores de protección penal no se concreta absolutamente nada, quedando, pues, la descripción en un mismo nivel de abstracción, y –por tanto– de formalismo<sup>69</sup>; por otro lado, se desconoce igualmente que la norma no es una mera categoría formal, vacua o vacía, sino que tiene un sentido. Y que si existe como tal norma en la Sociedad, es porque existe una expectativa (*Erwartung*) que hay que proteger. Si no, no existiría la norma ni tampoco la Sociedad, que no es más que el resultado de un proceso de selección de referencias de sentido (*Sinnverweisungen*) integrada de comunicaciones.

La objeción de que la concepción funcionalista hace caer en argumentaciones circulares que han de ser rellenadas de un puro decisionismo no es menos inconsistente que la que la acusa de forma-

---

«el normativismo radical, tal como se nos presenta en la nueva versión del sistema penal de Günther JAKOBS, constituye ... un callejón sin salida en la dogmática jurídico-penal» (p. 652).

<sup>69</sup> En el mismo sentido la réplica de Günther JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?», *ZStW*. Band 107, Heft 4, 1995, p. 847 y s., nota 10 (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, «Cuadernos de conferencias y artículos n° 13», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 16.

lidad, y no deja de sorprender que tal crítica provenga de autores que defienden, desde posiciones más o menos naturalistas, que la función del Derecho penal consiste en proteger bienes jurídicos. En primer lugar, circular es el razonamiento o la definición que relaciona dos elementos que se explican recíprocamente<sup>70</sup>. Desde esta perspectiva, la circularidad de las argumentaciones no parece presentar mayores problemas, no ya si se comparte, sino incluso si se admite que el punto de partida de la teoría sistémica es el concebir la Sociedad como sistema operacionalmente encerrado integrado de comunicaciones, y en el que la autopoiesis es el modo autoproductivo mediante el cual se dota de una estructura social. Necesariamente, habrán de presentar tales operaciones de relación la característica de la circularidad pues pone en conexión dos o más elementos que tienen su razón de ser, precisamente, en la concurrencia del otro. En segundo término, el decisionismo de que se habla implica, de nuevo, desconocer –por una parte– que tal decisionismo aplicado a la doctrina funcionalista no es mayor que el pudiera existir desde una posición que defienda la protección de bienes jurídicos, y –por otro lado– se obvia la propia autorreferencialidad del sistema. Es éste el que crea su propia estructura y el que lleva a cabo un proceso de selección de las expresiones de sentido, y de las comunicaciones jurídico-penalmente relevantes. Al dogmático del Derecho no le compete crear la realidad, ni llenar –en consecuencia– de decisiones un vacío supuestamente producido por una descripción formal de un sistema jurídico.

Por lo demás, la argumentación de que el funcionalismo puede dejar las puertas abiertas para una supuesta justificación de cualquier sistema político, sea democrático o autoritario, es un argumento tendencioso fundado en una premisa profundamente falsa y, en consecuencia, profundamente injusta<sup>71</sup>. Es claro que el sistema –todo sistema– tiende, al menos como punto de partida, a su propia autoconservación; esto es, al mantenimiento de su identidad –de su constitución– tal como se configura, de su *status quo*, y –por ello– tiende a su estabilización,

---

<sup>70</sup> Así la definición de «circular» ofrecida por el *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 2001.

<sup>71</sup> Crítico también con esta lectura en clave política de las teorías de LUHMANN y de JAKOBS, José Antonio GARCÍA AMADO, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Alicante, 2000, pp. 233-264 (236 y ss.).

pues de lo contrario no sería viable el funcionamiento de sistema alguno, que quedaría colapsado antes de su configuración y/o de su existencia. Y esta idea general puede predicarse de cualquier sistema jurídico –también de cualquier otro sistema social– con independencia de la constitución del sistema, y –por ello– con independencia de que tal o cual norma de un concreto sistema nos parezca –le parezca a un observador externo– buena o mala, adecuada o improcedente, etc. Si se analiza la Sociedad medieval, hallaremos motivos que repugnen a la conciencia de hoy; pero habremos de definirla tal como fue. Lo mismo sucede con un sistema esclavista como el imperante en determinadas épocas del Imperio romano. Claro que algunas de sus normas (desde el *ius vitae necisque* –derecho a la vida y a la muerte– del paterfamilias hasta las penas infamantes) nos pueden parecer transnochadas e impensables desde la conciencia jurídica de hoy. Pero tales sistemas fueron como fueron porque se dotaron de esas normas que entonces, no sólo se aplicaban y conformaban la estructura social, sino que estabilizaban el sistema cuando, como consecuencia de su quebrantamiento, se imponían tales castigos crueles. Constituían a la sazón, pues, expectativas sociales normativizadas, y como tales caracterizaban a la Sociedad en que se insertaban. Si no, no hubiera sido esa Sociedad, sino otra, mejor o peor, pero diferente.

Lógicamente, en la determinación de una expectativa normativamente garantizable, es esencial la variable temporal –el tiempo, concebido como la observación de la realidad por virtud de la diferencia entre pasado y futuro<sup>72</sup>–; pues todo sistema «se integra de elementos inestables, que sólo duran poco tiempo o que incluso –por ejemplo las acciones– no tienen una duración propia, sino que desaparecen al tiempo de su aparición»<sup>73</sup>, es decir, «un sistema lo suficientemente estable se compone de elementos inestables; debe su estabilidad a sí mismo, no a sus elementos»<sup>74</sup>. Es lo que LUHMANN denomina *temporalización de la complejidad*<sup>75</sup>. Sobre esta base es evidente la continua evolución en que se halla inmerso el Derecho penal, que

---

<sup>72</sup> Ampliamente, al respecto, Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, pp. 70 y ss., 253 y ss.

<sup>73</sup> LUHMANN, Niklas, *o.u.c.*, p. 78.

<sup>74</sup> LUHMANN, Niklas, *l.u.c.*

<sup>75</sup> LUHMANN, Niklas, *o.u.c.*, pp. 77 y ss.

llevó al profesor TORÍO<sup>76</sup> afirmar que «la Dogmática no es una ciencia en cuanto reflexión exacta, sino constitutivamente inexacta, imprecisa, flexible y abierta, referida a fines y a valores. Esto explica los cambios sincrónicos y diacrónicos del pensamiento jurídico».

Por ello, pueden explicarse los continuos procesos de incriminación y descriminalización de fenómenos sociales. Que en la España de no hace muchas décadas fuera delito el adulterio (y, es más, que discriminatoriamente fuera penado con menor gravedad el adulterio del marido, al que incluso, para más inri, se le daba un nombre diferente: amancebamiento) que el de la esposa podía describirse como acorde a la moral social de la época, en la que la familia ostentaba una primacía fehaciente. La expectativa que existía, para bien o para al es otra cuestión, era pues que marido y mujer se comportaran como «buenos padres de familia», etc. Por eso, se protegía esa expectativa. Lógicamente la Sociedad cambia, porque cambia su estructura; esto es, mutan sus inestables elementos y mutan con ellos las expectativas sociales normativizadas. Que esa Sociedad era así, que tenía esas expectativas, es algo que no puede evitarse desde una teoría que propugna que el Derecho penal protege la vigencia de la norma; pero tampoco desde una concepción en la que tutele bienes jurídicos, porque los partidarios de ésta dirían *intrasistemáticamente* que ése era un bien socialmente protegible, aunque los más críticos, no describiendo, sino observando *extrasistemáticamente* tal sistema (o sea, no dogmática sino político-criminalmente), se manifestaran moderada o decididamente escépticos sobre la conveniencia de tal regulación. Pero de ahí a hacer responsable al observador de la composición misma del sistema hay un trecho, pues como enseña la teoría de los sistemas «aquél que observa algo debe distinguirse a sí mismo de aquello que observa»<sup>77</sup>.

En resumen, puede afirmarse que de la exposición anterior se desprenden, al menos, tres consecuencias importantes: 1) en primer lugar, una observación parcial (descriptiva) no puede, *per se*, legitimar

---

<sup>76</sup> Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito», en ADPCP, t. XLII, fasc. II, Madrid, may.-ag., 1989, pp. 409 y ss.

<sup>77</sup> Vid. LUHMANN, Niklas, *Einführung in die Systemtheorie*, Dirk BAECKER (Hrsg.), Carl-Auer-Systeme Verlag, Heidelberg, 2002, p. 73: «derjenige, der etwas beobachtet, muss sich selbst von dem, was er beobachtet, unterscheiden».

ni deslegitimar sistema alguno; los sistemas se legitiman solos: analizando –mediante un complejo proceso de selección– las expectativas sociales que conforman esa Sociedad, y todo ello por medio de un mecanismo autopoiético de producción y reproducción, atento a las necesidades sociales; 2) en segundo término, y como consecuencia, ni el funcionalismo ni el ontologismo, *per se*, excluyen –porque no prejuzgan: ni quieren ni pueden hacerlo– la composición de un sistema social, incluso autoritario: tal tarea compete a la propia Sociedad (que se crea a sí misma), mas no al observador de la misma. Si la actuación de un dictador de turno resulta disfuncional, será el propio sistema el que lo decida, esto es, seleccionando las expectativas que conforman la Sociedad y –en su caso– poniéndose de relieve la arbitrariedad de tal o cual solución, existiendo un desfase entre sistema político y sistema jurídico; 3) Por lo demás, es claro que un observador externo puede opinar sobre la conveniencia o no de tal medida, pero ésta será una opinión extrasistémica, y no será una descripción de lo que hay, sino de lo que debe ser; en otras palabras, no será Dogmática sino Política criminal. Precisamente, por ello, el (supuesto) acriticismo valorativo del funcionalismo no es mayor ni menor, sino plenamente compartido por el ontologismo, y en general por cualesquiera otras propuestas que se muevan en similar grado *dogmático* de abstracción, esto es, de análisis, de descripción de la realidad. Otra cuestión es la labor *político-criminal*, como observación no del sistema actual, sino del deseado; o sea, no del ser, sino del querer o del deber ser<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> *Vid.*, por ejemplo, JAKOBS, Günther, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 43-60 (también en *RPDJP*, núm 1, Lima, 2000, pp. 151-170); *Cfr.*, asimismo, GARCÍA AMADO, José Antonio, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Alicante, 2000, pp. 233-264 (236 y s.), quien –interpretando a JAKOBS– sostiene que «el Derecho penal protege siempre la identidad básica de la sociedad, pero cómo se configure en concreto esa sociedad no depende del Derecho penal, por lo que podríamos añadir que la lucha para cambiar esa configuración tiene que ser conscientemente una lucha en otra clave» e irónicamente concluye que «renunciando a describir cómo funciona un elemento de la sociedad no se transforma esa elemento, todo lo más se encubre su verdadero papel bajo un manto de piadosos deseos».

## V. Individuo *versus* Persona

### A) Interdependencia del Derecho penal y de la Sociedad

Ya en las páginas anteriores ha quedado puesto de manifiesto la recíproca dependencia entre el sistema jurídico-penal y la Sociedad en la que se integra, hasta el punto que no pueden separarse categóricamente una de otra. Como gráficamente ha escrito JAKOBS<sup>79</sup>, «la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, *es imposible desgajar al Derecho penal de la Sociedad*; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la Sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la Sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal. Por ejemplo, que la máxima pena se imponga por brujería, por contar chistes sobre el *Führer* o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la Sociedad».

Precisamente, en este contexto cabe interpretar el concepto funcionalista de persona, que se contrapone al de individuo, de manera coherente con la distinción entre sistema y entorno, entre Sociedad y ambiente: la persona participa en la comunicación social, expresa sentido; el individuo no<sup>80</sup>. O, en otras palabras, la persona —definida por su capacidad de seguimiento de la norma— puede infringir su rol de ciudadano fiel al Derecho, defraudar una expectativa y poner en entredicho la vigencia de la norma; el individuo (menores

---

<sup>79</sup> JAKOBS, Günther, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?», en *ZStW*. Band 107, Heft 4, 1995, pp. 843-876 (846) (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, «Cuadernos de conferencias y artículos n° 13», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 14.

<sup>80</sup> *Vid.*, por ejemplo, JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997 (2ª. ed., 1999), pp. 9 y ss.; *Id.*, «Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik», *Lección de despedida leída el 17 de Julio de 2002 en la Universidad de Bonn*, inédita, pp. 2 y ss. («La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», traducción de Manuel Cancio Meliá, manuscrito inédito, pp. 2 y ss.).

de edad, inimputables, etc.) se mueve en un ámbito *extrasocial*, siendo sus acciones comunicativamente irrelevantes, o sea, no son personas en Derecho (penal), de manera que sus acciones no son idóneas para participar en la comunicación social ni pueden –por ello– atacar la vigencia de la norma.

Esta visión funcionalista supone un cambio de paradigma en relación al racionalismo individualista, que concebía al individuo de manera constitutivamente anterior a lo social<sup>81</sup>. El funcionalismo considera que es la propia Sociedad la que crea la persona, asignándole un rol, el cumplimiento de ciertas expectativas. Veamos ahora algunos rasgos de ese cambio de paradigma, en el ejemplo de varias construcciones.

#### **B) Cambio de paradigma: del individualismo al transpersonalismo socialmente interactivo**

La clásica idea de la protección de bienes jurídicos pretende poner el acento de la protección jurídica en un determinado sujeto, o –al menos– en un concreto ámbito o aspecto de sujeto determinado (individual o colectivo) ejemplificado en un bien o valor de su propiedad o de su titularidad. Pero interesa, en todo caso, resaltar el preponderante papel que juega en esta construcción doctrinal el titular del bien jurídico protegido en la dinámica de la lesión delictiva: cada delito –todo delito– vulnera un bien jurídico de titularidad individual o colectiva, y –por ello– todo delito exige, además de su autor, un sujeto pasivo cuyo bien o valor resulta menoscabado o, al menos, puesto en peligro. El individualismo es, pues, centro de atención de la tutela penal, que gira en torno al eje de la esfera del individuo, jurídicamente garantiza, ante los ataques (lesiones o puestas en peligro) penalmente desvalorados como injustos con que se les conmina.

Frente a esta postura individualista (el bien jurídico como emanación de la individualidad de un sujeto, sea individual o colectivo) se alza la postura funcional-normativista, que lleva a cabo una severa revisión crítica de la doctrina tradicional, representando un auténtico cambio de paradigma en lo que al cometido esencial del Derecho penal se refiere. Esta perspectiva, ínsita en la construcción de JAKOBS y sus seguidores, no es patrimonio privativo de la postura defendida

---

<sup>81</sup> Vid. GARCÍA AMADO, José Antonio, *l.u.c.*, p. 234.

por el Catedrático de Bonn. Antes bien, la comparten otras diversas construcciones doctrinales, desarrolladas con anterioridad a la obra principal del autor citado, desde posiciones aledañas a la Sociología sistémica o funcionalista. Por citar sólo dos ejemplos, en la todavía reciente literatura alemana, baste con la mención de las aportaciones de CALLIESS y de AMELUNG, que aportaron en los años setenta del siglo pasado sólidas propuestas que relacionaban el Derecho penal con la estructura social, y todo ello en el marco de la concreta concepción alemana del Estado social y democrático de Derecho.

El primero de estos autores, Rolf-Peter CALLIESS, desarrolló, en un sugerente estudio programático publicado en 1974<sup>82</sup>, su particular concepción del fenómeno criminal y de la pena como un *proceso dialéctico* o *dialogal* (*Strafe als dialogischer Prozeß*)<sup>83</sup>, en la cual –sin prescindir de la referencia al bien jurídico protegido<sup>84</sup>, punto de unión entre los tres protagonistas principales en el proceso de interacción social: *Ego* (el autor del delito), *Alter* (la víctima o lesionado por la acción delictiva) y *Dritter* (Sociedad)<sup>85</sup>– concibe la pena «como un mecanismo social que tiende al mantenimiento y restauración de las posibilidades de comunicación y participación en la Sociedad»<sup>86</sup>, íntimamente enlazadas a las exigencias, necesidades y postulados del Estado social y democrático de Derecho consagrados en la Constitución<sup>87</sup>. En el fondo, lo que pretende CALLIESS es una fundición o entrelazamiento

---

<sup>82</sup> Vid. CALLIESS, Rolf-Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagen-diskussion*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1973; MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 82 y ss. (sobre la posición de CALLIESS), 88 y ss. (valiosas aportaciones personales).

<sup>83</sup> CALLIESS dedica la mayor parte de su libro al análisis de lo que él, en efecto, denomina «proceso dialogal». Vid. CALLIESS, Rolf-Peter, *l.u.c.*, pp. 97-195.

<sup>84</sup> CALLIESS, si bien resalta –citando en tal sentido a RUDOLPHI, OTTO y SINA– la escasa claridad del concepto de bien jurídico (*l.u.c.*, p. 124, como nota 301), concibe los bienes jurídicos como «mecanismos de comunicación estratégicos y centrales en los sistemas sociales» (*l.u.c.*, pp. 130 y ss.), al tiempo que atribuye a la pena y al Derecho penal, en igual medida, «la tutela de bienes jurídicos» (*l.u.c.*, p. 124) y –con ello– a la tutela de bienes jurídicos y a la teoría de la pena una «función de legitimación» del sistema (*l.u.c.*, p. 123 y ss.).

<sup>85</sup> Vid. CALLIESS, Rolf-Peter, *l.u.c.*, pp. 124 y s.

<sup>86</sup> Vid. CALLIESS, Rolf-Peter, *l.u.c.*, pp. 97 y ss.

<sup>87</sup> A este concreto aspecto dedica CALLIESS la cuarta (y última) parte de su monografía. Vid. CALLIESS, Rolf-Peter, *l.u.c.*, pp. 199-211.

científico-social de la Dogmática del Derecho penal con la Sociología jurídica, que abra nuevos ámbitos de solución y aporte más coherentes explicaciones en el seno de un mismo sistema social. Lógicamente, en este planteamiento son evidentes los influjos de la «teoría sistémica» de LUHMANN (a la sazón, Catedrático de Sociología en Bielefeld), a quien CALLIESS se remite expresamente en algunos de los más representativos pasajes de su obra, y no es gratuita dicha influencia si se tiene en cuenta que el propio CALLIESS era docente en la misma Universidad que el máximo representante del funcionalismo alemán al tiempo de redactar su mencionado escrito.

Por su parte, Knut AMELUNG, en una monografía de sólida fundamentación teórico-sociológica<sup>88</sup>, desarrolló una «doctrina de la nocividad o dañinidad social», a la que ya había hecho sugerentes aportaciones décadas atrás el conocido dogmático y político-criminalista FRANZ VON LISZT. A juicio de AMELUNG, partiendo de la idea de que la Sociedad es un sistema de interacciones, cuyo mantenimiento se fundamenta en la formación de estructuras y en la institucionalización de normas. Así, concibe al Derecho penal como un mecanismo de control social, que desempeña la misión de garantizar la validez de las normas penales dirigidas a regular una Sociedad: el ordenamiento penal sólo prohíbe el actuar socialmente nocivo. Por ello, la función del Derecho penal consiste en ordenar un sistema y en solucionar problemas de sistema, y las normas penales son multifuncionales.

Pero el cambio de paradigma del individualismo al transpersonalismo socialmente interactivo encuentra, de nuevo, en JAKOBS a su máximo exponente. La distinción entre Sociedad y Ambiente (entre sistema y entorno, entre persona e individuo), que constituye –al decir de LUHMANN– «el punto de partida de todo análisis sistémico-teórico»<sup>89</sup>, es también aceptado por el penalista alemán como

---

<sup>88</sup> Vid. AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, Athenäum Verlag GmbH., Frankfurt am Main, 1972, pp. 330 y ss.

<sup>89</sup> Vid. LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, p. 35 (traducción del primer capítulo de esta obra bajo el título *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*,

centro de su sistema. Para él, la Sociedad es un sistema (social) que se integra de comunicaciones, de expresiones de sentido. La comunicación es el mecanismo autopoiético característico de la persona, que de este modo se distingue del individuo. Al Derecho penal, en tanto (sub)sistema social, interesan las comunicaciones de aquellos sujetos (personas) que participan en la interacción social, y ello con independencia de que la comunicación sea socialmente (o sea, normativamente) defectuosa (delito), en cuyo caso se desencadena un mecanismo simbólico; la imposición de la pena, que marginaliza el significado de ese hecho aislado y restablece la vigencia de la norma.

Postulados básicos en esta construcción son, resumidamente, los siguientes: la persona se define por el cumplimiento de su rol social, esto es, por la fidelidad al Derecho: en palabras de JAKOBS, «persona es a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso con el Derecho»<sup>90</sup>, y por ello, «es persona real aquél cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma»<sup>91</sup>. Para ello, dos condiciones son precisas: «el comportamiento debe estar *regido* por las normas -ningún animal (entendido como parte del medio ambiente) puede ser una persona-, y debe resultar *adecuado* a la norma -ninguna persona asesina-»<sup>92</sup>. Si faltan estas condiciones, el sujeto no se comporta como *persona* (integrante del sistema social), sino como *individuo* (entorno del sistema): no respeta su rol, infringe la norma, realiza una «*comunicación defectuosa*»<sup>93</sup>, y actúa *formalmente como persona, pero*

---

traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz, Introducción de Ignacio Izuzquiza, Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona - Buenos Aires - México, 1ª ed. 1990, 1ª reimpr. 1997, p. 50).

<sup>90</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «Zur Gegenwärtigen Straftheorie», en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von Klaus-M. Kodalle, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, pp. 32 (Sobre la teoría de la pena, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, «Cuadernos de conferencias y artículos n° 16», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 17).

<sup>91</sup> JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997 (2ª ed., 1999), p. 99; también en ID., «Zur Gegenwärtigen Straftheorie», *l.u.c. (Sobre la teoría de la pena, l.u.c.)*.

<sup>92</sup> JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft*, op. cit., p. 99; sin los ejemplos en ID., «Zur Gegenwärtigen Straftheorie», *l.u.c. (Sobre la teoría de la pena, l.u.c.)*.

<sup>93</sup> Vid. JAKOBS, Günther, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des

*substancialmente como individuo*, siendo su comportamiento materialmente equiparable a la naturaleza, al medio ambiente.

En esta construcción, el individuo se mueve en el ámbito de la naturaleza, y no denota comunicación social; por ello, mientras la persona es fiel al Derecho, porque acepta las normas como integrantes de la identidad de la Sociedad, la naturaleza (el entorno, el ambiente) no delinque, porque no expresa comunicación social (caso de inimputables: niños, locos, etc.). El delito, como comunicación defectuosa, significa que el sujeto infringe su rol de persona en Derecho; es decir, *materialmente* se comporta como individuo, expresando su disconformidad con una norma penal, y proponiendo un mundo alternativo, pero *formalmente* sigue siendo persona en Derecho<sup>94</sup>, y -al

“alteuropäischen” Strafrechts?», en ZStW. Band 107, Heft 4, 1995, pp. 843-876 (844) (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, «Cuadernos de conferencias y artículos nº 13», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 11).

<sup>94</sup> Cfr., críticamente, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, t. I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ª. ed., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2001, p. 52, quien afirma que «esta explicación (*scil.* la de JAKOBS) de la infracción de la norma es, a nuestro juicio, ciertamente sugerente, pero cuestionable: sobre la base de la distinción entre “individuo” y “persona”, JAKOBS deriva dos postulados esenciales: la Naturaleza (individuo) no delinque y la persona se define por su fidelidad al Derecho. Ante este cuadro esquemático, surge de inmediato la duda al tratar de explicar y de fundamentar la dinámica de infracción de la norma. JAKOBS cree resolver el problema extrayendo un concepto, en cierto modo intermedio (que contradice el *tertium non datur* inicial), que compendia la «formalidad» de la persona con la «materialidad» del individuo: cuando alguien infringe la norma actúa formalmente como persona, pero materialmente como individuo. Bien, pero esta explicación no puede satisfacer plenamente al momento de imponer la pena», añadiendo que «contradice los dos postulados de los que parte: a) la naturaleza -el individuo- es incapaz de comunicación, de expresar sentido, de infringir una norma y -por tanto- de sufrir una pena; y b) la persona es el fiel al Derecho. La conjunción de ambos conceptos, extrayendo de cada uno de ellos un aspecto concreto, echa por la borda esos postulados, porque a la postre -y al menos en parte- ninguno de ellos es cierto en su totalidad: al final, *formalmente* la persona *no* es fiel al Derecho, y *materialmente* el individuo *infringe la norma*. Ahí la distinción entre individuo y persona resulta improductiva a la hora de explicar la defraudación de una expectativa, la dinámica de la infracción de la norma. En resumen: esa distinción es una -posible- descripción de la estructura de la Sociedad, pero de esa descripción no pueden extraerse consecuencias dogmáticas: una descripción no puede fundamentar ni legitimar el poder estatal de imponer una pena».

imponerse la pena- se restablece la vigencia de la norma, y se pone de manifiesto que ese contraproyecto social carece de validez, y que la norma sigue manteniendo su vigencia como esquema de ordenación social. Por ello, la estabilidad de la Sociedad se mantiene con independencia del quebrantamiento de expectativas sociales, al margen de la infracción de la norma.

## **VI. Funcionalismo tradicional (análisis sistemático) versus Funcionalismo moderno (análisis funcional)**

### **A) Generalidades sobre el método funcional**

Por último, nos ocuparemos brevemente de una ulterior, no carente de importancia no sólo teórica, relativa al método científico del funcionalismo, la cual -empero- suele ser pasada por alto a menudo por los tratadistas de esta problemática. El método funcional (también denominado problemático-funcional, de equivalentes funcionales, cibernético o sistémico-teórico, etc.) se diferencia claramente del método clásico científico-causal del ontologismo tradicional, basado en la teoría del conocimiento. La premisa fundamental que, como punto de partida se adopta, es sensiblemente diversa a la que tradicionalmente se ha adoptado como base de la reflexión jurídico-penal. No se parte ya de una vinculación de ciertas estructuras del ser ni de la sistematización de los conceptos jurídicos extrayendo (atribuyendo o reconociendo) un *sentido* a las partes de un todo, sino precisamente de una -en palabras de LUHMANN- *ontología de la diferencia*, en la que la substancia se define y se encamina en clave funcionalista; esto es, como elementos de un sistema, cuya función es la conformación de ese sistema social (en este caso, el jurídico), y -por ende- la permanente estabilización de tal sistema, cuya estructura esos elementos integran.

Punto de partida del método funcional es, por un lado, la observación funcional de los elementos del sistema se resuelve a través de la distinción entre problema y solución del problema social (jurídico) que se plantea resolver, y para ello -afirma LUHMANN- «emplea el proceso de relacionar con el fin de comprender lo existente como contingente y lo distinto como comparable»<sup>95</sup>; por otro lado, y como

<sup>95</sup> LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, p. 83.

consecuencia, para resolver el problema lo que se pretende es encontrar las posibilidades de *equivalentes funcionales* entre elementos o relacionabilidad de elementos. Precisamente, por ello, el método funcional *moderno*, en contraposición al que podría denominarse *tradicional*, supera la mera sistematización de los elementos en partes dotadas de un sentido, y se encamina a la fundamentación problemática por virtud de la comparación entre equivalentes funcionales. Esta diversa metodología encuentra, lógicamente, en la Dogmática jurídico-penal, nuevas y amplias vías teóricas de explicación de los elementos (y de las relaciones entre ellos) de un sistema, y de ella se derivan no pocas consecuencias prácticas. A continuación veremos, siquiera brevemente, alguna de ellas.

## B) Algunas repercusiones para la Dogmática jurídico-penal

### 1. La equivalencia funcional entre delito y pena

Ya en las páginas anteriores se ha puesto de manifiesto la explicación funcionalista de la dinámica de la infracción de la norma, y la señalización de la vigencia de la norma como guía de ese procedimiento. Ello es así, esto es, una pena es adecuada para confirmar la identidad de la Sociedad en tanto que metódicamente exista una proporción o analogía entre quebrantamiento de la norma y la reacción a tal infracción. O, en otras palabras: *cuando delito y pena sean funcionalmente equivalentes*.

La pena como comunicación debe ser *análoga* al delito, concebido también como expresión de sentido, como comunicación. Analogía es la correlación entre dos o más sistemas o elementos de un sistema y significa en este contexto *proporción*<sup>96</sup>, es decir, *equivalencia funcional*

---

<sup>96</sup> No hablamos aquí de la analogía como la semejanza de una cosa en relación con otra. Este concepto de analogía significa la atribución a diferentes objetos de los mismos predicados. La contribución de SANTO TOMÁS DE AQUINO se ocupa del concepto de proporcionalidad. En su opinión, el concepto «proporción» designa originariamente la concreta relación entre dos cantidades según una concreta medida o correlación; el significado de este concepto es predicable de cualquier relación de perfecta integridad. En el texto, queremos únicamente subrayar la «*identidad*» entre lesión y lesión de la lesión. Esta idea se encuentra ya en los viejos filósofos y matemáticos griegos. Interesante es también la distinción entre «analogía de atribución» («*Attributionsanalogie*») y «analogía de proporcionalidad» («*Proportionalitätsanalogie*»),

o *identidad estructural*. Delito y pena son, en consecuencia, *estructuralmente idénticos*. Por *identidad estructural* se entiende *identidad funcional*. Al concepto de norma pertenece la posibilidad de su infracción, y al concepto de delito, la posibilidad de su compensación. Norma, infracción de la norma (delito) y restablecimiento de la norma (pena) son prestaciones que pretenden desempeñar la misma función: la confirmación de la vigencia de la norma.

La identidad entre delito y pena fue definida paladinamente por HEGEL<sup>97</sup>:

«La superación del delito es *represalia* en la medida en que ésta, según el concepto es vulneración de la vulneración y, según su existencia, el delito tiene un alcance cualitativo y cuantitativo determinado, por lo cual tiene otro exactamente igual: su negación en cuanto que existencia. Esta identidad que descansa en el concepto no es, sin embargo, la *igualdad* en la cualidad específica de la vulneración, sino en la cualidad *en sí* según el *valor* de la misma».

Como el delito conlleva la lesión de la norma o de la libertad, debe la pena restablecer la vigencia de la norma. En consecuencia, la medida de la pena debe ser exactamente aquélla que resulta necesaria

---

de la que no nos podemos ocupar ahora. Cfr. al respecto, SCHWARZ, H., «Sub voce Analogie», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, herausgegeben von Joachim Ritter, völlig neubearbeitete Ausgabe des «Wörterbuchs der Philosophischen Begriffe» von Rudolf Eisler, Band 1: A-C, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972, pp. 214-227 (222).

<sup>97</sup> Vid. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz ILTING, Zweiter Band, *Die „Rechtsphilosophie“ von 1820 mit Hegels Vorlesungsnotizen 1821-1825*, frommann-holzboog, 1974, § 101, p. 366: «Das Aufheben des Verbrechens ist insofern *Widervergeltung*, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist und dem Daseyn nach das Verbrechen einen bestimmten, qualitatitiven und quantitativen Umfang, hiermit auch dessen Negation, als Daseyn, einen eben solchen hat. Diese auf dem Begriffe beruhende Identität ist aber nicht die *Gleichheit* in der specifischen, sondern in der *an sich* seyenden Beschaffenheit der Verletzung, -nach dem *Werthe* derselben» (*Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, edición: K.H. ILTING, traducción de Carlos DÍAZ, Libertarias / Prodhufi, Madrid, 1993, p. 352).

Cfr. SEELMANN, Kurt, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 1995, pp. 11 y ss.; LESCH, Heiko Harmut, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Bonn - München, 1999, pp. 95 y ss.

para el concreto restablecimiento. El resto es exceso, y –por ello– disfuncional. Esta tesis de la identidad del delito y la pena constituye para HEGEL «la regla esencial sólo para lo *esencial* que ha merecido el delincuente, pero no para la forma específica de ese pago»<sup>98</sup>.

## 2. Concepto dogmático de delito

El concepto dogmático de delito, en su explicación funcionalista, supone también una coherente aplicación del método funcional a que nos venimos refiriendo. Ello conlleva una reformulación de no pocos de los planteamientos que, hasta entonces, venían siendo tomados punto menos que como dogmas intocables. Así, se rechaza una partición del concepto de delito en diferentes estratos valorativos (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad), de los que cabe extraer concretas consecuencias jurídico-penales. Tal delimitación o participación lógica no opera en el plano ontológico, sino en el lógico, ni –con más razón– en el plano de la interacción social. Una acción es jurídico-penalmente relevante en cuanto infracción de la norma, esto es, como manifestación de un sentido, como comunicación; pues de lo contrario sería un hecho de la naturaleza que nada explica ni aporta al Derecho penal, que se mueve en distinto grado de abstracción. De ahí que, desde el punto de vista normativo, carezca de sentido distinguir entre acción y omisión, pues ambas han de consistir en la infracción de la norma y ambas se han de contradecir con la imposición de una sanción que confirme la vigencia de la norma.

La discusión se sitúa, en consecuencia, en un plano netamente normativo, alejado de sujeciones naturalistas. Por ello, el concepto de acción no puede explicarse desde esta perspectiva si no es como una automanifestación –por parte del autor– de un quebrantamiento de la norma, lo cual conlleva que se considere la evitabilidad como presupuesto de la culpabilidad<sup>99</sup>, y la culpabilidad como presupuesto de

---

<sup>98</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *l.u.c.*: «nur die Grundregel für das wesentliche, was der Verbrecher verdient hat, aber nicht für die äussere spezifische Gestalt dieses Lohns».

<sup>99</sup> Ya a mediados de los años 70 del siglo pasado consideraba JAKOBS que la «acción es un comportamiento exterior evitable». Vid. Günther JAKOBS, «Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem», *Festschrift für Hans Welzel zum 70 Geburtstag am 25. März 1974*, herausgegeben von Günther Stratenwerth / Armin Kaufmann / Gerd Geilen / Hans-Joachim Hirsch / Hans-Ludwig

la acción. Por ello, el concepto de acción, para JAKOBS, consiste en «hacerse culpablemente responsable por la lesión de la vigencia de la norma»<sup>100</sup>, y -por ello- la acción es un concepto funcional, construido por el Derecho, libre de connotaciones naturalistas, y perfectamente coherente con la idea del aseguramiento de la vigencia de la norma.

Críticamente, se ha señalado que el concepto de acción de JAKOBS «es más bien un concepto de hecho punible»<sup>101</sup>, pues incorpora en su seno todo el programa dogmático hasta la culpabilidad. Supone, en fin, un «tipo total de culpabilidad», en palabras de PEÑARANDA RAMOS<sup>102</sup>. Ello nos lleva a analizar la cuestión de la separación entre injusto y culpabilidad. La acción en Derecho penal sólo puede tener, desde el punto de vista comunicativo, un sentido en tanto unidad

---

Schreiber / Günther Jakobs / Fritz Loos, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1974, pp. 307 y ss. («Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal», en *Estudios de Derecho penal*, traducción al castellano y estudio preliminar por Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid y Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 147 y ss.).

<sup>100</sup> Vid. JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 10, C.H. Beck, München, 1992, p. 44 («El concepto jurídico-penal de acción», en *Estudios de Derecho penal*, op. cit., p. 124).

<sup>101</sup> Así, por ejemplo, ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, § 8/7, nota 8 (*Derecho penal. Parte General*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción española de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO / Javier de VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, p. 235, nota 8); también, SCHÜNEMANN, Bernd, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», *GA*, 5 / 1995, pp. 201 y ss. (*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, «Colección de Estudios n° 7», Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 47), quien afirma que el concepto de acción de JAKOBS «carece por completo de núcleo descriptivo» y «no es otra cosa que un concepto de delito puramente normativo»; ID., «La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico-penal», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 643-663 (649 y s.).

<sup>102</sup> Vid. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Alicante, 2000, pp. 289-321 (298).

socialmente reconocida como tal. La aplicación de un método funcional conlleva rechazar cualquier partición ontológica, naturalista, etc. y extraer de ello consecuencias dogmáticas. Desde esta perspectiva, se rechaza coherentemente la separación entre injusto y culpabilidad, concebía el delito –en palabras de RÖDIG– como un «resultado natural sistemático», y lo dividía en dos nítidas partes que incorporaban y aglutinaban todos los elementos objetivos por un lado, y los subjetivos por otro. Esa delimitación supuso una conquista de la Dogmática jurídico-penal de finales del siglo XIX (con la formulación del concepto dicotómico o bipolar de delito de FRANZ VON LISZT y de ERNST VON BELING, más tarde adoptado también por otros autores, como GUSTAV RADBRUCH<sup>103</sup>), y constituye –al decir de WELZEL– «el más importante avance dogmático de las últimas dos o tres generaciones». No en balde, sobre ella se fundamenta, secularmente, la llamada «segunda vía» de las consecuencias jurídico-penales, que preveía la posibilidad de imponer una sanción jurídico-penal, la medida de seguridad, al autor de injusto típico no culpable<sup>104</sup>.

Esta tradicional distinción ontológica entre injusto y culpabilidad había significado, en definitiva, la creación de dos mundos diferenciados (*differenzierte Welten*): el mundo de los *hechos* (objetivo, externo), que describe una variación empírico-real del mundo exterior, y el mundo del *sujeto* (subjetivo, interno), que posibilita una depuración y una atribución de responsabilidad, y –con ello– las categorías injusto y culpabilidad se corresponden originariamente con la separación sistemática entre *hecho* y *autor*; es decir, entre *suceso* o *resultado* «jurídicamente desvalorado» y la correspondiente *responsabilidad del sujeto*<sup>105</sup>. Una separación tan radical

---

<sup>103</sup> Es claro que ya la clásica distinción entre *imputatio iuris* e *imputatio facti*, así como la intensa discusión sobre la naturaleza del injusto típico, que dio lugar a la formulación de las teorías subjetivas, objetivas y de los imperativos, era un nítido antecedente del sistema LISZT-BELING-RADBRUCH.

<sup>104</sup> En la reciente literatura funcionalista se sostiene una posición contraria: si se concibe el Derecho penal como un Derecho penal de la culpabilidad, entonces la medida de seguridad no pertenece a él, porque la misma no se orienta a la culpabilidad, sino a la especial peligrosidad del autor. Así, Günther JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 10, C.H. Beck, München, 1992, p. 44 («El concepto jurídico-penal de acción», en *Estudios de Derecho penal*, op. cit., p. 124); también, KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 1997, pp. 55 y ss.

<sup>105</sup> LESCH, Heiko Harmut, *o.u.c.*, pp. 23 y ss., 75 y ss.

como la aludida, se muestra, según la moderna doctrina funcionalista, como insostenible<sup>106</sup>. Esta doctrina lleva a cabo una profunda revisión funcional del concepto de delito, rechazando de plano tal distinción naturalista, esto es, la secesión del concepto de delito en dos categorías sistemáticas (injusto y culpabilidad). El autor que realice injusto típico interesa al Derecho penal sólo y en la medida en que infringe una norma jurídico-penal, es decir, el mundo del autor y el mundo de la norma o de la lesión del deber jurídico no pueden separarse uno del otro<sup>107</sup>. Brevemente, con las acertadas palabras de LESCH: «El *hecho* no puede separarse del *autor*, y la imputación penal tampoco, pues la conexión entre hecho y autor no establece, sino que determina, *qué es realmente un hecho*». A partir de ahí, puede explicarse con perfecta coherencia el delito como quebrantamiento de la norma y la pena como reafirmación de su vigencia, y por ello las tradicionales categorías del concepto dogmático del delito se configuran, no de manera prejurídica, sino por el sistema, con base en la idea de la vigencia de la norma.

## VII. Conclusiones

- 1) El concepto de vigencia de la norma, por sí valorativamente neutral o aséptico, presenta en el seno de la doctrina funcionalista un potencial de sentido considerable, convirtiéndose en criterio rector de toda la construcción dogmática.
- 2) Vigencia de la norma, a diferencia de la mera validez formal, es un concepto funcional que indica la validez materializada que cumple una función estabilizadora o integradora del sistema.

---

<sup>106</sup> Vid. LESCH, Heiko Harmut, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Bonn - München, 1999, pp. 207 y ss.

<sup>107</sup> Vid., sobre la teoría de los deberes (positivos y negativos), ampliamente, Javier SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999; Id., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 83 y ss., 107 y ss., y *passim*; ; Id., «Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik», *Lección de despedida leída el 17 de Julio de 2002 en la Universidad de Bonn*, inédita, pp. 5 y ss. («La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», traducción de Manuel Cancio Meliá, manuscrito inédito, pp. 5 y ss.).

- 3) La denominación de «prevención general positiva», generalmente empleada para designar la concepción funcionalista de JAKOBS, alude a una noción imprecisa, ambigua y que engloba en su seno teorías muy diversas: por ello, bien debe rechazarse si se emplea para caracterizar la postura funcionalista, o bien ha de ser entendida en sentido restrictivo -netamente funcional- en el sentido de que la pena garantiza lo genérico o general en la comunicación, pero no porque -accesoria y probablemente- pueda influir en un amplio número de ciudadanos.
- 4) El concepto de vigencia de la norma desempeña su potencial explicativo en varios ámbitos diversos, entre los que pueden destacarse: el objeto de protección jurídico-penal (la propia estabilidad de la norma *versus* bien jurídico), el aspecto subjetivo (persona *versus* individuo) y el método científico del sistema del Derecho penal (análisis funcional *versus* análisis sistemático). De cada uno de los aspectos se derivan consecuencias dogmáticas de subido valor.
- 5) La construcción normativista funcional pone al descubierto la debilidad de la Dogmática ontologista, y -en concreto- la definición de la función del Derecho penal como protección de bienes jurídicos, que se encuentra con algunos límites que relativizan sensiblemente su potencial: a) La lesión a bienes no es definitoria del Derecho penal, o sea, de un orden normativo, sino compartida por fenómenos naturalistas; b) La lesión consumada de bienes es irreparable, y entonces el Derecho penal ha sido ineficaz; c) Para evitar tal insuficiencia, la pena ha de vincularse a eventuales lesiones de bienes (*ne peccetur*); es decir, para que la protección sea efectiva, ha de anticiparse la barrera de tutela a la puesta en peligro abstracta, lo cual es dogmáticamente inviable y político-criminalmente rechazable.
- 6) En consecuencia, se hace preciso aludir a la vigencia de la norma como criterio de definición del ámbito de tutela del Derecho penal.
- 7) La postura de JAKOBS merece ser calificada de funcional porque acepta como punto de partida la noción sociológica mayoritaria de «función», que designa cualquier prestación para el mantenimiento del sistema.

- 8) Puede distinguirse entre «función manifiesta» y «función latente» del Derecho penal: la primera es la reafirmación de la vigencia de la norma, y forma parte como tal de la esencia o razón del concepto de Derecho: la pena, en tanto autocomprobación, ya significa en sí que la norma sigue vigente; la función latente engloba un conjunto de consecuencias de psicología individual o social, deseos, pretensiones o aspiraciones finalistas, que, como tales, son consecuencias accesorias queridas, no forman parte de la *ratio* del Derecho.
- 9) La circularidad en la argumentación y en la fundamentación de la pena se explican por la autorreferencialidad del sistema jurídico: el propio sistema se dota de un sistema de creación y recreación de su propia estructura, que exige la relación recíproca entre sus elementos.
- 10) El acriticismo valorativo de la postura funcionalista es puntualmente idéntico –ni mayor ni menor– al que se presenta desde posiciones ontologistas, y –por ello– desde la concepción que defiende la tutela de bienes jurídicos. Debe rechazarse por ello la crítica que la acusa de conservadurismo y de justificar cualquier tipo de sistema político: la descripción de un sistema, la explicación de su funcionamiento, no prejuzga el signo del programa político de una Sociedad concreta. Ello es tarea política, no dogmático-penal.
- 11) En la distinción entre persona e individuo, correlativa a la distinción entre sistema y entorno (o Sociedad y ambiente), juega un papel la idea rectora de vigencia de la norma: la persona se define porque desempeña un rol social de ciudadano fiel al Derecho, esto es, porque participa en la comunicación social: sólo ella puede poner en entredicho la vigencia de la norma; el individuo no participa en la comunicación social, sino que pertenece al entorno, al ambiente, o sea, es incapaz de comunicación, por lo que no puede imponérsele una pena.
- 12) La idea de la vigencia de la norma informa también el método científico funcionalista, que –a diferencia del análisis sistemático– no extrae consecuencias dogmáticas de clasificaciones o particiones más o menos naturalistas, sino que atribuye un sentido al comportamiento infractor de la norma. Así, el concepto

de acción incorpora el programa dogmático hasta la culpabilidad, esto es, la acción es comunicativamente relevante cuando expresa el sentido de desprecio de la vigencia de la norma. Del mismo modo, carece de sentido distinguir entre injusto y culpabilidad: no puede separarse el hecho de su autor, y sólo tal unidad tiene un significado comunicativo de desautorización parcial de la norma, cuya reafirmación es llevada a cabo por la pena.

**¿COMUNICACIÓN VERSUS COACCIÓN?  
CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA PRETENDIDA  
ESCISIÓN DE LA FUNCIÓN DE LA PENA**

MIGUEL POLAINO-ORTS



## **I. Introducción**

Un aspecto fundamental de la moderna discusión en torno a la teoría de la pena se halla en la bipolar escisión entre los casos en los que el sujeto se comporta como *persona fiel al Derecho* (Derecho penal de *ciudadanos*) y aquellos otros en los que actúa como *fuentes de peligro* (Derecho penal del *enemigo*). Precisamente debido a esas peculiares características del autor del delito (esto es, atendiendo a su fidelidad al Derecho o a su peligrosidad penal) ha puesto JAKOBS<sup>1</sup> de manifiesto que la pena que se aplica al delincuente cumple, en ambos supuestos, una función substancialmente diferente: coacción *versus* comunicación. En las páginas que siguen quiero problematizar esta solución, sometiendo a crítica la concepción de JAKOBS y defendiendo, en fin, que la función de la pena es siempre la misma (no hay distinción entre las funciones de la pena en el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal del ciudadano), o lo que es lo mismo: que el combate coactivo de un foco de peligro no excluye en ningún caso la comunicación (también la coacción comunica).

## **II. Función de la pena en el Derecho penal del enemigo según Jakobs: la eliminación de un peligro**

### **A) Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano como polos ideales y la función de la pena como elemento diferenciador**

Como punto de partida, pone JAKOBS de manifiesto que la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo

---

<sup>1</sup> Con carácter general, un preciso ensayo sobre la evolución de la teoría jakobsiana de la pena ofrecen CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar", en JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson - Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 15 y ss., esp. 27 y ss.

responde, más bien, a una diferenciación ideal, que no tiene una nítida traducción al mundo real: ambos ordenamientos existen –como dos polos– en la realidad<sup>2</sup>, pero no siempre pueden distinguirse paladinamente. A esa concepción idealista apunta JAKOBS cuando afirma que esos dos ordenamientos son “dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro”<sup>3</sup>, de manera que no constituyen “dos esferas aisladas del Derecho penal”<sup>4</sup>, sino en todo caso “dos polos de *un solo mundo* o (...) dos tendencias opuestas en *un solo contexto jurídico-penal*”<sup>5</sup>. Ello significa que “es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”<sup>6</sup>.

- 
- <sup>2</sup> Cfr. VILLAMOR LUCÍA, Fernando, *Una aproximación al Derecho penal del enemigo*, Presentación de Jaime NÁQUIRA R., Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, La Paz - Bolivia, 2007, p. 26, quien considera “que no existen dos polos sino un uso arbitrario del poder punitivo del poder punitivo que hubo en todas las épocas utilizando el poder penal para eliminar enemigos en desgracia, dando un ropaje jurídico al ejercicio del poder”. Sin embargo, considera asimismo necesario formular “una política criminal eficaz para la prevención de estos tipos penales que engrosan el denominado Derecho penal del enemigo” (*scil.* organizaciones criminales, terrorismo, narcotráfico, etc.), y de ese modo “probablemente se podrá reducir esta criminalidad” (p. 48), aunque en relación con el terrorismo llega contradictoriamente a afirmar que “indudablemente se tiene que combatir de la manera más eficaz pero no a través del Derecho penal” (!), sino que ello “corresponde a los sistemas políticos internacionales para tratar de conseguir la paz mundial” (p. 45). Al margen de esta ingenua declaración de paz mundial como forma de combate eficaz del terrorismo, lo cierto es que VILLAMOR reconoce por un lado la existencia de delitos considerados como normas de Derecho penal del enemigo, y por otro propone una Política criminal eficaz contra ellos, de manera que -implícitamente- está aceptando, aunque no lo afirme claramente, la necesidad de arbitrar un Derecho penal del enemigo no autoritario, que no sea simplemente ejercicio arbitrario de poder punitivo, sino uno perfectamente eficaz y justo, cuyo uso sea necesario para combatir tan graves conductas criminales dentro del Estado de Derecho.
- <sup>3</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, traducción de Manuel Cancio Meliá, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson - Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 21 (2ª. ed., 2006, p. 23).
- <sup>4</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 22 (2ª. ed., 2006, p. 23).
- <sup>5</sup> *Ibidem*, cursiva en el original.
- <sup>6</sup> *Ibidem*.

A pesar de ese punto de partida, en el que Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano se confunden en la aplicación práctica, JAKOBS cree encontrar algunos puntos de disenso entre ambos ordenamientos, algunos aspectos en que se distinguen nítidamente. Uno de esos puntos es la función que la pena desempeña en cada uno de ellos<sup>7</sup>, aspecto central en torno al cual gira la construcción del autor alemán en esta materia<sup>8</sup>. En efecto, JAKOBS viene en el fondo a contraponer dichas funciones afirmando que en el Derecho penal del ciudadano “la función manifiesta de la pena es la *contradicción*”<sup>9</sup>, o sea, *comunicación*, mientras que en el Derecho penal del enemigo la función es “la *eliminación de un peligro*”<sup>10</sup>, esto es, su *neutralización*<sup>11</sup> o *combate*<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Sobre la teoría de la pena de JAKOBS en esta materia, cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de Derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 1, Julio de 2006, pp. 140 y ss.

<sup>8</sup> Resalta este aspecto, MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis, “El «Derecho Penal del enemigo»: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación”, en ID., *Temas penales*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 207: “(e)l concepto de Derecho Penal del enemigo creado por JAKOBS se vincula directamente al fin que el propio autor atribuye a la pena”, de manera que el Derecho penal del ciudadano se vincula al “reestablecimiento de la vigencia de la norma” y el Derecho penal del enemigo tendría como fin la “eliminación de peligros futuros”.

<sup>9</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 55 (2ª ed., 2006, pp. 54 y s.). Cursivas en el original.

<sup>10</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 55 (2ª ed., 2006, pp. 54 y s.). Cursivas en el original.

<sup>11</sup> Que no cabe identificar con la incapacitación, concepto cuyo estudio desarrolla BRANDARIZ y que predica ligeramente de doctrinas tan diversas como el pensamiento actuarial, la Política criminal de VON LISZT o el Derecho penal del enemigo. Vid. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-nación*, Comares, Granada, 2007, pp. 92 y ss. El concepto de incapacitación no puede predicarse del Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista: se trata de una noción totalista, en tanto supone la privación absoluta de la capacidad de obrar; en cambio, la neutralización del enemigo es siempre parcial (únicamente abarca aquel ámbito en que muestra inseguridad, pero en absoluto se incapacita plenamente al sujeto).

<sup>12</sup> En el mismo sentido, CANCHO ESPINAL, Ciro Jhonson, “La clarificación del Derecho penal del enemigo en la obra de Miguel Polaino-Orts: un ejemplo de investigación científica”, en *RPDJP*, núm. 7, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2006, p. 634: “Con los enemigos no existe comunicación sino combate”.

A juicio de JAKOBS, la pena siempre es “coacción”, pero esa coacción puede ser –y de hecho es– de diversas clases<sup>13</sup>:

- 1) En el Derecho penal del ciudadano, afirma el autor que la coacción es “portadora de un significado”<sup>14</sup>, esto es, al igual que el hecho, la *pena es comunicación*, o –por mejor decir– respuesta al “hecho de una persona racional”<sup>15</sup>: el delito tiene el significado comunicativo de “desautorización de una norma”<sup>16</sup>, esto es, representa un “ataque a su vigencia”<sup>17</sup>. La pena, por su parte, también contiene una comunicación, un contenido de sentido: “significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad”<sup>18</sup>. En ese caso, dice JAKOBS: “el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho”<sup>19</sup>. Esta concepción funcionalista, basada en la dialéctica *hegeliana*, de la dinámica delito-norma no puede concebirse si se deja de lado el concepto de norma como modo de orientación de conductas. Todo delito infringe una expectativa socialmente garantizada y consiste en el quebrantamiento de una norma jurídico-penal, esto es, en el no reconocimiento de la vigencia de una norma. Por ello, toda acción delictiva conlleva una carga de expresividad comunicativa y de simbolismo que expresa que, para el autor de tal conducta desaprobada, no rige la máxima contenida en la norma: ese autor proclama, con su acción, un mundo alternativo, contrario o diferente al esbozado en una norma jurídico-penal y, en este sentido, ese mensaje contrario a la norma supone un cuestionamiento de su vigencia por parte de tal autor, es decir, una desautorización de la vigencia de la norma. Toda vez que la Sociedad se compone de normas, ello

---

<sup>13</sup> Günther, JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, p. 23 (2ª ed., 2006, p. 24).

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 23 (2ª ed., 2006, p. 25).

<sup>16</sup> *Ibidem.*

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> *Ibidem.*

<sup>19</sup> *Ibidem.*

entraña, al tiempo, un cuestionamiento de la identidad de la Sociedad, entendida como sistema global integrado de normas (expectativas normativas) y comunicaciones entre personas, y a la que –como sistema parcial o subsistema– pertenece el Derecho. La desaprobación manifestada mediante la realización de un delito ha de ser contrarrestada con la imposición de una pena al autor responsable: la pena indica que la declaración de mundo o proyecto de vida parcial expresado por ese sujeto no es válido y que la norma sigue teniendo vigencia. Por ello, la pena, igualmente dotada de un contenido comunicativo-simbólico o de una expresión de sentido social o comunicativamente relevante, marginaliza el significado del hecho delictivo aislado y supone el restablecimiento de la vigencia de la norma, quebrada con el proyecto de mundo alternativo: la pena en sí afirma que el cuestionamiento de la vigencia de la norma no es válido ni aceptable y, por ello, mediante su imposición, se confirma la realidad de la norma, se reafirma que la norma sigue estando vigente, esto es, sigue conservando su efectividad general como antes de su parcial y unilateral cuestionamiento. Al reafirmar la vigencia de una norma, el Derecho penal reafirma simultáneamente la identidad de la Sociedad, sistema global en el que el Derecho se integra como subsistema.

- 2) En el Derecho penal del enemigo, la forma de manifestarse la coacción en que consiste la pena no es, para JAKOBS, la misma que en el Derecho penal del ciudadano: en éste, lo hemos visto, se reconoce al autor como *sujeto idóneo para la comunicación*, porque aunque se equivoque e infrinja la norma todo el conflicto se reduce a un restablecimiento comunicativo de la vigencia de la norma. Por ello, entabla un diálogo entre la Sociedad y esa persona, imponiéndole una pena que aísla el significado de la norma. Por el contrario, en el Derecho penal del enemigo, “*la coacción no pretende significar nada, sino pretende ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso*”<sup>20</sup>. JAKOBS pretende demostrar la diferencia de manifestación de ambas formas de

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 24, cursivas añadidas.

coacción confrontando el efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad y el de la custodia de seguridad prevista en el § 61.3 y § 66 StGB: en esta última, se introduce una perspectiva que es no sólo retrospectiva (esto es, no sólo valora el hecho delictivo ya realizado) “sino que también se dirige –y sobre todo- hacia delante, al futuro, en el que una «tendencia a [cometer] hechos delictivos de considerable gravedad» podría tener efectos «peligrosos» para la generalidad (§ 66, párr. 1º, nº 3 StGB)”<sup>21</sup>. Es decir, la introducción de perspectivas de aseguramiento fáctico por la peligrosidad futura determina, a juicio de JAKOBS, que “en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena [aparezca] el individuo peligroso, contra el cual se procede –en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena– de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación”<sup>22</sup>, esto es, mediante el Derecho penal del enemigo y no mediante el Derecho penal de ciudadanos.

En resumen, JAKOBS contraponen la función que la pena cumple en el Derecho penal del ciudadano y en el Derecho penal del enemigo, y ello en base a la diferente forma en que el Estado ejerce la coacción en ambos casos y a la diferencia del sujeto a quien se dirige: en el primer caso, la pena es comunicación y cumple una función de contradicción del quebrantamiento de la norma, mientras que en el segundo la pena desempeña una función manifiesta de eliminación del peligro que representa y manifiesta en su conducta el enemigo, de manera que éste no emite comunicación sino únicamente genera peligros en la Sociedad. BASTIDA FREIXEDO resume gráficamente la concepción de JAKOBS diciendo que “con el enemigo no cabe comunicación porque ha dado muestras de lo que podríamos llamar *afasia jurídica*: no sólo no respeta las reglas semánticas (esto tampoco lo hace el delincuente ordinario) sino que tampoco lo hace con las sintácticas. En suma, produce ruido, no enunciados susceptibles ni tan siquiera de corrección. Por seguir utilizando este símil lingüístico, el ciudadano que delinque habla mal nuestra lengua y, en consecuencia,

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 24 (2ª. ed., 2006, p. 26).

<sup>22</sup> *Ibidem*.

el Derecho intenta enseñarle su uso correcto reafirmando la validez del patrón ortográfico que usa la mayoría: El enemigo, en cambio, habla otro idioma y, además, da muestras de no querer aprender el nuestro. Por eso, al enemigo, como dice JAKOBS, no se le comunica nada, simplemente se le combate”<sup>23</sup>.

**B) Estabilización del sistema: sobre el concepto de función y la distinción entre función latente y función manifiesta**

La diferencia de manifestación de la coacción en uno y otro supuestos hunde sus raíces en un ámbito de mayor envergadura. Como es sabido, la concepción *jakobsiana* representa un punto de inflexión en la evolución dogmática anterior, de manera que supera el lastre de la herencia ontologista proveniente del finalismo. A éste y a otras construcciones doctrinales en la Ciencia penal se le ha opuesto la concepción que podemos llamar funcionalista, aunque sobre esta denominación reina no escaso desconcierto. Es verdad que, de igual modo que acontece –según vimos– con el concepto “prevención general positiva”, la falta de uniformidad conceptual en torno a la noción de Funcionalismo ha determinado que se designen como funcionalistas doctrinas muy diversas, lo cual lleva a desdibujar los contornos de tal denominación. Así, por ejemplo, es usual el considerar el sistema teleológico político-criminal de ROXIN y sus discípulos y seguidores como “funcionalismo moderado”, frente a la posición de JAKOBS, que encarnaría el “funcionalismo radical”<sup>24</sup>. Dicha clasificación no deja, en

---

<sup>23</sup> BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Edisofer - B de F, Buenos Aires, 2006, p. 280. CORNACCHIA, Luigi, “La moderna *hostis iudicatio* entre norma y estado de excepción”, traducción de Beatriz Romero Flores, en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo, op. cit.*, vol. 1, p. 415: “el reo-enemigo no es sujeto reconocido, interlocutor de un diálogo, sino objeto de neutralización en cuanto peligroso para la sociedad”. También, Manuel Salvador GROSSO GARCÍA, “¿Qué es y qué puede ser el «Derecho penal del enemigo». Una aproximación crítica al concepto?”, en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo, op. cit.*, vol. 2, p. 6: el enemigo no es destinatario válido del Derecho penal.

<sup>24</sup> Vid. dicha clasificación, por ejemplo, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José María Bosch, Barcelona, 1992, p. 70, quien afirma que “si bien probablemente cabe calificar al funcionalismo de JAKOBS como «funcionalismo radical», mientras que el de

realidad, de ser arbitraria, pues arbitrario es el uso que se hace del término “funcionalismo”. Lo mismo puede decirse de la identificación del funcionalismo con otras propuestas de cuño racional-final o teleológico –a las que el propio ROXIN<sup>25</sup>, atribuye el calificativo de funcionalistas– como las del mismo ROXIN, la de JAKOBS, la de SCHMIDHÄUSER o la de RUDOLPHI. O, en general, de la designación como funcionalistas de las doctrinas orientadas a los fines de la pena<sup>26</sup>. Una ampliación tan desmesurada del significado del significante “funcional” o “funcionalista” puede acarrear el riesgo, no sólo de desnaturalizar los límites de tal denominación, sino también –como ha resaltado, con sagacidad no exenta de un punto de ironía, Guillermo ORCE<sup>27</sup>– de llegar al extremo de tener que admitir que “prácticamente todo autor que haya escrito sobre la teoría del delito y haya incluido un capítulo sobre la pena sería funcionalista”, añadiendo que “sucede simplemente que eso no es funcionalismo”.

---

ROXIN y su discípulos sería más bien «moderado», lo decisivo en la distinción de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del Derecho penal”. Por su parte, BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Política criminal*, t. I, *Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*; José María Bosch, Barcelona, 2007, p. 112, destaca el rigor científico y la trascendencia del funcionalismo, también en el ámbito del Derecho penal del enemigo.

<sup>25</sup> Recientemente, por ejemplo, en su *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4ª. ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2006, § 7/26 y ss. (*Derecho Penal. Parte General*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción española de la 2ª. edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña / Miguel Díaz y García-Conlledo / Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 203 y ss.); también su discípulo Bernd SCHÜNEMANN, “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, en ID. (Comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1984, pp. 45 y ss., 54 y ss. (de este libro existe edición española a cargo del Profesor SILVA SÁNCHEZ, Tecnos, Madrid, 1991).

<sup>26</sup> Como hace, por ejemplo, José DE SOUSA E BRITO, en su trabajo “La inserción del sistema pena entre la jurisprudencia de conceptos y una (di)solución funcionalista”, traducción de Mª. Teresa Castiñeira, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, José María Bosch, Barcelona, 1995, y resalta críticamente Guillermo ORCE, “A propósito de «Culpabilidad y Prevención», de Günther Jakobs”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, núm. 9, Ad-Hoc, Vilella, Buenos Aires, p. 272.

<sup>27</sup> ORCE, Guillermo, “A propósito de «Culpabilidad y Prevención», de Günther Jakobs”, *op. cit.*, p. 272.

En efecto, JAKOBS acepta como punto de partida el concepto de función mayoritariamente empleado por la doctrina sociológica (gracias a las aportaciones de RADCLIFFE-BROWN<sup>28</sup>, depuradas y ampliadas por PARSONS<sup>29</sup>, y -posteriormente- por LUHMANN), que designa con tal vocablo "las prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación, [resultan necesarias] para el mantenimiento de un sistema social"<sup>30</sup>. Es decir, se trata de cualquier elemento que *en sí* cumple un cometido estabilizador del sistema, y por ello -en ese sentido- resulta funcional para el mismo<sup>31</sup>, y, por ello, es el punto de partida para la "valoración de la equivalencia de las diferentes soluciones de problemas"<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald, "On the Concept of Function in Social Science", en *American Anthropologist*, 37, 1935, pp. 395 y ss.

<sup>29</sup> PARSONS, Talcott, *Essays in Sociological Theory, Pure and Applied*, Glencoe, I11, 1949, pp. 22 y s.; ID., *The Social System*, Glencoe, I11, 1951, pp. 21 y s., para quien los sistema son sistemas de acción dependientes entre sí, y relativamente invariables en relación al Medio Ambiente, o sea, son relativamente independientes de las variaciones en el ambiente. Por ello, la no vinculatoriedad del sistema jurídico a la realidad y la concepción de la pena como concepto funcional que contribuyen al mantenimiento de la estructura social.

<sup>30</sup> Así la definición del término "función" ofrecido por Niklas LUHMANN, "Sub voce Funktion IV", en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, compilado por RITTER, Joachim, nueva edición ampliada del «Wörterbuch der Philosophischen Begriffe» de Rudolf EISLER, t. 2: D-F, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972, p. 1141, y al que se remite expresamente JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", en *ZStW* 107 (1995), pp. 843 y ss. (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, "Cuadernos de conferencias y artículos n° 13", Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 10).

<sup>31</sup> Como resalta LUHMANN, "las Ciencias sociales, en especial la Sociología y la Antropología, con apoyo en los métodos de investigación de la Biología, han desarrollado un concepto de función libre de finalidad: funcional es una prestación en tanto que sirve para el mantenimiento de una unidad compleja estructurada de un sistema". Vid. LUHMANN, Niklas, "Funktion und Kausalität" (1962), en ID., *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1970, p. 10.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, p. 123.

Cuando JAKOBS sitúa como punto central de su construcción la vigencia de la norma, o cuando afirma que la prestación que el Derecho penal lleva a cabo en el seno del sistema consiste en “contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la Sociedad”<sup>33</sup>, o cuando afirma que –con independencia de su quebrantamiento– la norma sigue teniendo vigencia precisamente por imponerse la pena, etc., está tratando con términos e instituciones netamente funcionales, y –por ello– su doctrina merece ser calificada de funcionalista, a diferencia de otras propuestas doctrinales de cuño teleológico-racionalista o valorativo-finalista. Y con ello, no hace sino acercarse al concepto de función aceptado unánimemente en el funcionalismo sociológico, tras desechar la clásica noción dominante en la época de DURKHEIM que emparentaba el concepto de función con criterios teleológicos<sup>34</sup>. Y ello porque –como dice LUHMANN– “una teoría sociológica de los sistemas sociales no puede definir ya más el concepto de función a través de la noción de fin, si quiere problematizar también la función de los fines”<sup>35</sup>.

En todo caso, el concepto funcionalista de función alude a toda “prestación para el mantenimiento de un sistema”, y –con ello– a la “solución de problemas sistémicos” y al “fomento de la integración o adaptación a un sistema”. Y este concepto de función es aceptado por JAKOBS, quien en algún trabajo reciente también distingue –de nuevo de la mano de la doctrina sociológica<sup>36</sup>– entre *función manifiesta o abierta* y *función latente* de la pena<sup>37</sup>, que encuentran diferentes

---

<sup>33</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 10.

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas, “Funktionale Methode und juristische Entscheidung” (1969), en Id., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1999, pp. 274 y s.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas, “Funktionale Methode und juristische Entscheidung” (1969), op. cit., p. 275.

<sup>36</sup> Vid., MERTON, Robert K. et al., *Social Theory and Social Structure*, 8ª. ed., 1963, pp. 19 y ss., esp. 60 y ss.; RYFFEL, Hans, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Luchterhand, Darmstadt, 1974, pp. 254 y ss.

<sup>37</sup> Crítico con tal distinción, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, t. I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ª. ed., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 201 y ss., quien –sobre criticar la “considerable imprecisión” de tales conceptos– señala que tales conceptos “no pueden concebirse por separado, siendo sólo cognitivamente separables: en la realidad, la función manifiesta (confirmación de la identidad social) únicamente puede

destinatarios<sup>38</sup>. La primera alude a las consecuencias conocidas y perseguidas para la realización de determinadas condiciones del sistema; la segunda, por el contrario, a consecuencias que, aun siendo idóneas para el equilibrio del sistema, no se prevén ni se conocen con antelación.

Desde esta perspectiva, la *función manifiesta* de la pena radica, precisamente, en el efecto estabilizador que cumple la pena, esto es, en la propia reafirmación de la vigencia de la norma: se trata, pues, como apunta JAKOBS, de un *efecto confirmante*<sup>39</sup>. La *función latente* se identifica, por el contrario, con ciertos efectos preventivos derivados de la pena, pero que no representan estrictamente su función integradora: se trataría, pues, de ciertos efectos asociados a la idea de *prevención general positiva* (ejercicio de la fidelidad al Derecho, reforzamiento de la confianza de los ciudadanos en la norma, etc.), así como otros efectos preventivos (de prevención negativa: intimidación; o de prevención especial: resocialización, etc.). Sea como fuere, ya la constatación y confirmación de la identidad de la Sociedad constituye la *función* de la pena, y -por ello- como afirma el autor mencionado "la sanción no tiene un fin, sino que ella misma es consecución de un fin (*Zweckerreichung*), scil.: la constatación de la invariable realidad de la Sociedad"<sup>40</sup>.

En fin, puede concluirse que, en la doctrina de JAKOBS, la función manifiesta constituye el cometido del Derecho penal (la estabilización

---

alcanzarse mediante las funciones latentes (marginalización del acto lesivo de la norma, y otros efectos adyacentes, como la intimidación, etc.)" (p. 208).

<sup>38</sup> Vid. Günther JAKOBS, "La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", traducción de Teresa MANSO PORTO, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, Escuela Judicial, CGPJ, Xunta de Galicia, Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999, pp. 119 y ss., en concreto 135 y ss. (también en la colección "Cuadernos de conferencias y artículos nº 24", Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 27 y ss.).

<sup>39</sup> JAKOBS, Günther, "La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", *op. cit.*, p. 28.

<sup>40</sup> JAKOBS, Günther, "Zur gegenwärtigen Straftheorie", en KODALLE, Klaus-M., (comp.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, p. 36 (*Sobre la teoría de la pena*, traducción de Manuel Cancio Meliá, "Cuadernos de conferencias y artículos nº 16", Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 25).

y mantenimiento del sistema), y -por ello- se conecta estrechamente con la *ratio* del Derecho, y con la idea de la vigencia de las normas. Las funciones latentes -y no deja de ser arbitrario el empleo, en este contexto, del término "función"- representan no más que consecuencias probables (no seguras) de psicología individual o social, pero no integran propiamente la noción de Derecho, y -por ello- no forman parte del concepto de pena. O sea, con independencia de que se produzcan o no estos deseados efectos, la pena ya cumple su función integradora de reafirmación de la vigencia de la norma, que se refiere a la sociedad en su conjunto. Por ello, dice JAKOBS que la función manifiesta, o sea, "el efecto confirmatorio va destinado a *personas*, es decir, a partícipes de la comunicación que son presentados como dispuestos jurídicamente, y, ciertamente, a todos ellos"<sup>41</sup>.

### C) El dolor penal como elemento asegurativo y estabilizador

Finalmente, el último JAKOBS ha incidido de manera particular en sus más recientes aportaciones sobre el tema en un aspecto que anteriormente no era más que una referencia marginal en su teoría de la pena, específicamente en el aspecto del aseguramiento contrafáctico de la vigencia quebrada de la norma: la del *dolor penal*. En ese sentido, se ha cuestionado el autor si puede infligírsele un dolor penal a un autor por su incidencia en la libertad y en el bienestar de los demás<sup>42</sup>. A su juicio, toda pena como sanción o castigo por un acto delictivo contiene un componente de dolor, de tal manera que su aplicación sea indicativa de lo desventajoso que es cometer el delito: el "dolor" infligido mediante la pena "debe ser tan intenso que el adquirir culpabilidad pueda representarse con carácter general como conducta que genera un saldo de más desventajas que ventajas"<sup>43</sup>, y en tal sentido ello habilitaría para incidir en la base "cognitiva" de los sujetos equilibrando mediante el "dolor penal" el daño producido por el autor de modo imputable<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> JAKOBS, Günther, "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", *op. cit.*, p. 36.

<sup>42</sup> JAKOBS, Günther, "¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídico y protección de la vigencia de la norma", traducción de Manuel Cancio Meliá, en JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid, 2003, p. 55.

<sup>43</sup> JAKOBS, Günther, "¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?", *op. cit.*, p. 55.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 55.

Conforme a ese entendimiento, el dolor penal representaría un componente esencial para la aplicación real de la pena, que evitaría que se tratara al delincuente –diciéndolo en terminología *kantiana*– dentro del Derecho de cosas, sino tratado como un fin en sí mismo. A este respecto, JAKOBS considera legítimo infligir dolor mediante la pena como modo de resarcimiento de lo causado imputablemente por el autor: “es posible infligir el dolor únicamente en la medida en que con ello sólo se equilibre aquello que el autor ha empeorado de modo imputable mediante su hecho, y puesto que de hecho ha dado un ejemplo de falta de respeto a la libertad y el bienestar, ahora debe procurar que ese ejemplo no determine la realidad”<sup>45</sup>. Con ello, se está dignificando al delincuente como persona, haciéndole responsable de su actuación y asignándole “el cometido de resarcir el daño por él producido”<sup>46</sup>. Por ello, el delincuente “(e)n cuanto persona consciente, debe someterse a la pena, y por ello no se le mezcla entre los objetos del Derecho de cosas al penarle, al igual que ello no sucede en Derecho civil respecto de un deudor moroso frente al cual su acreedor impulsa una ejecución forzosa”<sup>47</sup>.

En este sentido, JAKOBS considera que el hecho de infligir dolor penal constituye un mecanismo imprescindible para contradecir el significado simbólico que contiene el hecho delictivo. Así, estima el autor mencionado que “el dolor sirve para la salvaguardia *cognitiva* de la vigencia de la norma; éste es el *fin* de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente es su *significado*”<sup>48</sup>.

Desde esta perspectiva, a juicio de JAKOBS, el hecho de infligir un dolor vendría a ser un complemento necesario para asegurar, junto a la contradicción del quebrantamiento de la vigencia de la norma, el

---

<sup>45</sup> *Ibidem* pp. 55 y s.

<sup>46</sup> *Ibidem* p. 56.

<sup>47</sup> *Ibidem* p. 56.

<sup>48</sup> JAKOBS, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 390, Verlag Ferdinand Schöningh GmbH, Paderborn, 2004, p. 29 (“La pena estatal: significado y finalidad”, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, *RPDJP*, núm. 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2004, pp. 171 y ss.; *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y estudio preliminar de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Thomson - Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 141).

mantenimiento de la seguridad cognitiva en esa vigencia, algo que, algunos autores como FEIJÓO, han criticado en el sentido de dicho complemento supone introducir “perspectivas inocuizadoras o de prevención individualizada con respecto a los enemigos”<sup>49</sup>, de manera que “(l)a prevención general positiva no es una estrategia válida, al menos en exclusiva, para ciertos autores susceptibles de culpabilidad que generen inseguridad cognitiva y que, por ello, deben ser tratados de forma radicalmente distinta. Su teoría general de la pena -concluye FEIJÓO en crítica a JAKOBS- como prevención general positiva sirve para los ciudadanos y no para los enemigos”<sup>50</sup>. En ese sentido, afirma JAKOBS que “(s)i al autor se le inflige un dolor penal de tal intensidad que a causa del dolor su hecho es generalmente considerado un fracaso, con ello queda claro que, en el futuro, el apoyo cognitivo de la norma al menos no será peor que antes del hecho; este mantenimiento del lado cognitivo de la vigencia de la norma es el fin de la pena, y en función de tal fin ha de determinarse la pena, y es en este contexto de fines no limitado a lo abstracto en el que de hecho por primera vez queda esbozada la medida de la pena”<sup>51</sup>.

Además, JAKOBS considera que no es suficiente la “demonización” del autor catalogándolo como delincuente, “sino que también ha de ser *tratado* como delincuente para avanzar hacia la idea, hacia la realización del concepto, y mantener la fuerza de orientación, la vigencia, del Derecho. Del mismo modo -afirma JAKOBS- que después de la defraudación de una expectativa cognitiva la orientación no se restablece sin más porque el sujeto defraudado corrobore lo errado de su cálculo, sino que, al contrario, éste ha de corregir tal cálculo, tampoco bastará después de la defraudación de una expectativa normativa con identificar al autor como fuente de la defraudación; debe ser tratado realmente como autor, es decir, debe ser eliminado en cuanto destinatario en la comunicación de modo más o menos completo y por tiempo más o menos largo”<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo*, op. cit., vol. 1, pp. 807 y s.

<sup>50</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “El Derecho penal del enemigo”, op. cit., p. 808.

<sup>51</sup> JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, op. cit., pp. 142 y s.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 143.

### III. Revisión crítica y toma de postura en torno a la función de la pena en el Derecho penal del enemigo

#### A) ¿Eliminación de un peligro *versus* estabilización normativa?

La confrontación que hace JAKOBS entre función de la pena como comunicación (propia del Derecho penal del ciudadano) y función de la pena como eliminación (característica del Derecho penal del enemigo) no me parece plenamente convincente<sup>53</sup>. Y ello debido a varios motivos, que quiero exponer brevemente a continuación:

- 1) Por un lado, a mi juicio, dicha distinción es confundidora, por el *contexto* en que se lleva a cabo. El mismo JAKOBS considera que el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal del ciudadano son dos polos ideales que no pueden traspolarse a la práctica con facilidad, hasta el punto de que llega a afirmar que “en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio -Derecho penal del ciudadano- se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros -Derecho penal del enemigo-, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano”<sup>54</sup>, con lo que al fin y al postre está reconociendo que tampoco en el ámbito de la función de la pena la distinción es tan nítida como él considera. Por ello, yo creo que desde el punto de vista de la función de la pena no pueden contraponerse plenamente Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano, sino que hay que buscar otros puntos en los cuales el tratamiento del sujeto o del delito en ambos casos es especialmente diverso. Este punto de desencuentro no es recién la función de la pena ni aun la forma de coacción sino que tiene que ver propiamente con el *injusto que produce la enemistad*, esto es, la lesión de la seguridad cognitivo-normativa.

---

<sup>53</sup> En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht”, en PAWLIK, Michael / ZACZYK, Rainer (comp.), *Festschrift für Günther JAKOBS zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Bonn - München, 2007, pp. 529 y ss., 541 y ss.

<sup>54</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 21 (2ª. ed., 2006, p. 23).

- 2) Por otro lado, tampoco puede convencer la confrontación de la función de la pena en ambos ordenamientos desde los presupuestos de la idoneidad comunicativa. La suposición de JAKOBS vive, al menos en este punto, de un presupuesto que hay que demostrar, a saber: que enemigo y persona en Derecho son compartimentos estancos sin relación entre sí y cuyas características y condiciones se definen con independencia del contexto social en que se insertan. No de otra forma cabe interpretar la postura de JAKOBS al enfrentar “comunicación” con “eliminación de un peligro”, “contradicción” con “combate”, “persona en Derecho” con “enemigo”, entre otras parejas de conceptos. Pero sucede que esas diferenciaciones dicotómicas únicamente puede hacerse sobre la base de que esos conceptos mantienen una intrínseca relación entre ellos, de manera que cada uno es lo que es precisamente por la existencia del concepto con el cual conforma una (dicotómica) pareja. Con un ejemplo veremos más clara esta idea. Tomaremos la pareja básica “persona en Derecho” / “enemigo”, ya expuesto en los capítulos precedentes (IV y V). El concepto de enemigo existe únicamente porque existe la persona en Derecho. Es más, sin el referente de la personalidad en Derecho, no podría hablarse de enemigo nunca: porque el enemigo es precisamente enemigo porque impide, mediante su proceder, que los demás ciudadanos desarrollen con un mínimo de seguridad su personalidad en Derecho. Son, pues, conceptos *que se contraponen, pero que se exigen mutuamente: no puede existir uno sin el otro, y ninguno de los dos puede existir sin referencia a una norma jurídica*. Desde ese punto se vista, considero erróneo analizar el concepto de enemigo como un compartimento estanco, de manera aislada de los demás: en última instancia, *el enemigo existe porque existe la Sociedad con la que se enemista, esto es, la Sociedad cuya estabilidad pone en peligro mediante su conducta especialmente peligrosa y desestabilizadora*. Por ello, *analizar al enemigo como algo aislado no aporta nada -y además es inviable- para la realidad de la norma*.

- 3) Si el concepto de enemigo no es construible con independencia de la Sociedad (ni de la norma ni de la persona en Derecho), entonces *tampoco la pena* que se dirija contra él *puede aislarse* de la Sociedad cuya estructura ha desestabilizado o puesto en peligro el enemigo. Por ello, el combate del enemigo con mecanismos especialmente asegurativos se dirige, sí, contra un sujeto especialmente peligroso (el enemigo) cuyo déficit de socialidad se trata de compensar, pero se dirige *también* a la Sociedad: porque con el combate del enemigo se está supliendo un déficit de seguridad producido por el enemigo, esto es, *con el combate del enemigo se está posibilitando que las personas en Derecho puedan seguir orientándose por la norma.*
- 4) Como consecuencia de ello, un mismo hecho comunicativo (por ejemplo, la pena) tiene una incidencia mayor, que trasciende del ámbito del sujeto a quien se aplica. La pena que se impone al sujeto que comete un delito incidentalmente es, pues, *comunicación para él, pero lo es también para toda la Sociedad*, pues todos los componentes del grupo social advierten que la norma sigue teniendo vigencia, de manera que la Sociedad les está comunicando que la vigencia quebrada de la norma sigue manteniendo vigencia, y que ese quebrantamiento por parte del incidental delincuente ha quedado aislado en su sentido comunicativo. Lo mismo ocurre con el enemigo. Cuando se impone una pena (especialmente asegurativa, en función de la idoneidad lesiva del sujeto) al enemigo, no sólo se está dirigiendo el Estado contra él (o contra su contenido comunicativo: *también el enemigo, al menos en tanto persona potencial, comunica*<sup>55</sup>), sino también se

---

<sup>55</sup> En este sentido también MAZUELOS COELLO, Julio F., "¿El Derecho penal del enemigo: un modelo para desarmar? (Las inconsistencias de desacoplamiento estructural entre Política criminal y Derecho penal)", en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, (coord.), *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, t. II, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá / Colombia, 2007, p. 163; y GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, "¿Qué es y qué puede ser el

está dirigiendo a toda la Sociedad. Y ello porque se está *aislando un peligro* que es peligro precisamente porque existe un parámetro social que así lo ha catalogado, esto es, es peligro creado por el enemigo para la Sociedad, para los integrantes de la Sociedad. Si mediante el combate del enemigo se aísla ese peligro, entonces la pena cumplirá esa función de eliminación del peligro, pero también imprescindiblemente cumplirá una función de comunicación, de trato, con los ciudadanos, a los que se transmite la idea de que la norma sigue vigente. En dos palabras: *el combate del enemigo (eliminación de un peligro) tiene un efecto directo (función) que afecta substancialmente no sólo al propio enemigo sino también a los ciudadanos (personas en Derecho).*

- 5) De la idea anterior, a saber: que el enemigo no sea construible de manera aislada, y que consecuentemente la pena dirigida contra el enemigo tenga también una incidencia en las personas en Derecho, se desprende lo siguiente: la imposición de la pena por parte de un Estado, con independencia del sujeto a quien se dirija (ya sea un ser capaz de comunicación: persona en Derecho que incidentalmente infringe la norma, comportándose como un individuo; ya sea un ser inidóneo para mantener un conversación en clave comunicativa: el enemigo), es siempre una *expresión comunicativa de sentido*, esto es, *es siempre comunicación*. Ello significa que *cuando el Estado combate a un enemigo está, en efecto, combatiendo a un enemigo (eliminando un peligro) pero también está realizando manifestaciones comunicativamente relevantes dirigidas a las personas en Derecho*. O por mejor decir: de algún modo la comunicación es bifronte: *el Estado se comunica con el enemigo y con la Sociedad*<sup>56</sup>.

---

«Derecho penal del enemigo», *op. cit.*, pp. 45 y s., para quien el enemigo es también persona que comunica (sólo quien comunica puede ser catalogado como enemigo), de manera que el enemigo es una *persona que se comunica en términos de enemistad*.

<sup>56</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, "Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht", en *op. cit.*, pp. 541 y ss.

- 6) La función del Derecho penal del enemigo no puede, por tanto, limitarse a un aspecto *sectorial* como es la eliminación de un peligro. Si se define esa función únicamente de esa manera entonces sólo se está viendo *sólo* un fragmento reducido de la problemática. Y, además, se está describiendo la función de la pena incorrectamente de manera fragmentaria. Porque, como ya hemos resaltado, no puede separarse el concepto de enemigo del de persona en Derecho, ni puede –por tanto– desvincularse la pena que se impone al enemigo de la Sociedad donde actúa el sujeto. Por ello, y en resumen, la función de la pena en el Derecho penal del enemigo tiene siempre una estructura compleja: *mediante esa pena, el Estado combate una situación especial de peligro (y, en ese sentido, presenta un componente asegurativo especialmente acentuado) pero al mismo tiempo cumple la función primordial de estabilizar expectativas sociales*<sup>57</sup>, y ello también *redunda en beneficio del enemigo*<sup>58</sup>, en tanto persona potencial o persona actual en otros ámbitos diferentes a aquellos en los que, por no ofrecer seguridad cognitiva, se depersonaliza. En este sentido, y parafraseando a HEGEL, el trato del enemigo como enemigo le dignifica como ser racional.
- 7) De lo anterior se deduce también que *el Derecho permanece siempre Derecho, con independencia de a quien se dirija*. Con ello, me opongo en este punto de nuevo a la postura de JAKOBS que considera que el Derecho penal del enemigo “no es Derecho respecto del que es penado”, sino coacción, por lo que el “ene-

---

<sup>57</sup> En contra, MAZUELOS COELLO, Julio F., “¿El Derecho penal del enemigo: un modelo para desarmar?”, *op. cit.*, p. 166: “el Derecho penal del enemigo carecería de legitimación, en la medida en la que no estabiliza norma sino que estigmatiza a un grupo determinado de delincuentes”. A favor, Manuel Salvador GROSSO GARCÍA, “¿Qué es y qué puede ser el «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 46: el Derecho penal del enemigo no es “un instrumento de guerra, sino uno de pacificación”.

<sup>58</sup> En cambio, GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 7, considera que “el Derecho penal del enemigo no es en realidad un Derecho *del enemigo*, sino *contra el enemigo*, en el que lo que se protege no son los *derechos del enemigo* (?) sino los de la Sociedad amenazada por éste”.

migo es excluido"<sup>59</sup>. El tratamiento del enemigo de una manera especialmente asegurativa no excluye, sino que presupone que el ordenamiento entabla con él, como sujeto que se depersonaliza pero también como *persona en potencia*, una *comunicación instrumental*, que tiene como fin el restablecer comunicativamente una seguridad necesaria para que los ciudadanos desarrollen su personalidad: precisamente esa seguridad que el enemigo debiera prestar en tanto ciudadano pero que niega por mor de su depersonalización. Por ello, la relación con un enemigo se determina, igual que la relación con una persona en Derecho, *por el Derecho*, y no exclusivamente por la coacción o por la fuerza física<sup>60</sup>. En este sentido, y parafraseando una conocida frase de JAKOBS ("con este lenguaje el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos"<sup>61</sup>) podríamos decir que, en el Derecho penal del enemigo, *el Estado dialoga con los ciudadanos y dialoga condicionadamente con los enemigos*, a expensas de que se reintegren al pleno respeto de los derechos y garantías del Estado democrático. No se enfrenta, a mi juicio, la *lógica discursiva* ("se habla con los ciudadanos") con la *lógica coercitiva* ("se lucha contra los enemigos"), como cree GÓMEZ-JARA<sup>62</sup>, sino que ambas lógicas se encuentran relacionadas y siempre impera, en el Estado de Derecho (¡incluso en el Derecho penal del enemigo!), la *lógica del discurso o del diálogo*, frente a la *lógica de la exclusión definitiva o sin paliativos*. En definitiva, *el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho tanto si trata con*

<sup>59</sup> Günther, JAKOBS, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", *op. cit.*, pp. 55 y s. (2ª. ed., 2006, p. 55).

<sup>60</sup> Como interpreta Gonzalo FERNÁNDEZ que sucede en el planteamiento de JAKOBS. *Vid.* FERNÁNDEZ, Gonzalo, "¿Política criminal o Derecho penal del enemigo?", en Wolfgang SCHÖNE (coord.), *Estado de Derecho y orden jurídico-penal*, III Jornada Internacional. Asunción, 19, 20 y 21 de Agosto de 2005, Bibliográfica Jurídica Paraguay, Centro de Ciencias Penales y Política Criminal, Asunción, 2005, p. 128.

<sup>61</sup> JAKOBS, Günther, "La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", *op. cit.*, p. 139.

<sup>62</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo. Sobre la necesaria autoorientación de la normativización", en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, vol. 1, p. 986.

los ciudadanos como si combate adecuadamente a los enemigos, y –por tanto– sigue siendo Derecho dentro de un Estado de Derecho<sup>63</sup>. Desde esta perspectiva, el Derecho penal del enemigo combate peligros como parte de una reacción jurídica dentro del Estado de Derecho, con lo que no se correría a mi juicio el riesgo denunciado por GIERHAKE de la construcción de un sistema paralelo extrajurídico de combate del enemigo<sup>64</sup>.

- 8) Finalmente, algunos significativos autores, como FEIJÓO y CANCIO<sup>65</sup>, además de SILVA<sup>66</sup>, han sostenido críticamente que el Derecho penal del enemigo presenta cierto grado de incoherencia interna en tanto –según formula FEIJÓO– “intro-

<sup>63</sup> Frente a lo que denuncia Juan Luis MODOLELL GONZÁLEZ, “El «Derecho penal del enemigo»...”, *op. cit.*, pp. 217 y s., quien alarma de “la posibilidad de que el Estado en relación a los enemigos pueda actuar al margen del Estado de Derecho”; y asimismo frente a lo que considera FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “El Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 801: “Es rotundamente rechazable la idea de que todo aquel que es definido por el sistema jurídico como enemigo queda excluido del ámbito de las personas, es decir, queda jurídicamente desprotegido, careciendo de los derechos, libertades fundamentales y garantías de un ciudadano”. Desde luego, lo que afirma FEIJÓO sería plenamente rechazable... si fuera verdad. Pero no lo es. Ni JAKOBS en relación al Derecho penal del enemigo ni desde el funcionalismo en general (que FEIJÓO tan bien conoce, pues es uno de sus más finos y originales continuadores) se defiende la carencia absoluta de derechos, libertades y garantías fundamentales por parte del enemigo. Antes al contrario, JAKOBS sostiene expresamente que también al enemigo (como “el terrorista más alejado de la esfera ciudadana”) se le reconocen sus derechos fundamentales de la persona, entre ellos “los derechos de un acusado ciudadano”. *Vid.* Günther JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 21 (2ª. ed., 2006, p. 23).

<sup>64</sup> Katrin GIERHAKE, “Feindbehandlung im Recht? Eine Kritik des so genannten «Feindstrafrechts» und zugleich eine Auseinandersetzung mit der Straftheorie Günther JAKOBS”, en *ARSP*, vol. 94, cuaderno 3, Franz Steiner Verlag, Frankfurt a. M., 2008, pp. 352 y ss.

<sup>65</sup> Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas?”, *op. cit.*, pp. 53 y ss., quienes hablan de la irrupción de lo fáctico en la teoría de la pena mediante la introducción de la noción del dolor penal especialmente en el ámbito del Derecho penal del enemigo.

<sup>66</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Del Derecho abstracto al Derecho «real». Recensión a Günther JAKOBS, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 pp.”, en *InDret* 4/2006, pp. 1 y ss. (accesible en: [http://www.indret.com/pdf/377\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/377_es.pdf)).

duce un grado de facticidad que no debería tener cabida en una teoría tan normativa como la de Jakobs<sup>67</sup>. Se refieren los autores al modo especialmente *inocuidador*<sup>68</sup> o de prevención individualizada con que es tratado el autor (enemigo) y que superaría –incluso se opondría– el cometido normal de prevención general positiva (reafirmación de la vigencia quebrada de la norma) que desempeña la pena en la doctrina jakobsiana. Hasta tal extremo que llega a afirmar FEIJÓO que “Jakobs tiene una teoría normativa del Derecho penal para ciudadanos y una teoría no normativa para enemigos”<sup>69</sup>. Esta crítica me parece infundada y errónea. El función de la pena en el Derecho penal del enemigo sigue siendo una *función normativa* de restablecimiento de la vigencia quebrada de la norma. La pena *siempre* reacciona frente a un cuestionamiento de la vigencia de la norma y dicha reacción *siempre* opera en el plano normativo-comunicativo. Sucede que, en algunos casos, dicho cuestionamiento constituye, únicamente, un desliz reparable que puede restablecerse simbólicamente mediante una reacción en la que lo *simbólico domina notoriamente sobre lo fáctico*. Y en otros casos, en cambio, sucede que la generación de inseguridad cognitivo-normativa es de tal índole, que es preciso reaccionar de una manera especialmente asegurativa, tan asegurativa que parece que lo fáctico arrolla y se lleva por delante a lo normativo, aunque no es así. El primer caso responde a un paradigma de Derecho penal del ciudadano; el segundo a uno de Derecho penal del enemigo. Pero en ambos casos la

---

<sup>67</sup> Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, “El Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 817.

<sup>68</sup> *Vid.* sobre el Derecho penal como medio de inocuidación Jesús-María SILVA SÁNCHEZ / David FELIP I SABORIT / Ricardo ROBLES PLANAS / Nuria PASTOR MUÑOZ, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en Cándido DA AGRA *et al* (eds.), *La seguridad en la Sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 121 y pp.

<sup>69</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “El Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 817, e insiste: “la revitalización de la inocuidación a través de la teoría de la pena, aunque se intente camuflar bajo el manto de que tiene que ver con una mayor culpabilidad, supone una quiebra en el sistema de Jakobs”.

piedra de toque se situa en la necesidad de estabilización de expectativas normativas de la Sociedad. Veámoslo. Un sujeto comete aisladamente un delito menor y es sancionado a una pena, por ejemplo, de multa de –en total– 500 euros. El sujeto respeta por lo general la norma, se equivoca (*mete la pata*) y vuelve al respeto general de la norma. El asunto se liquida en el plano comunicativo con el pago de la multa. Existe, pues, una comunicación con el sujeto, que sigue siendo un ciudadano; aunque también existe un –nada desdeñable– *dolor fáctico* (que se lo digan, si no, al autor, que *ha de rascarse el bolsillo* en una cuantía que a nadie le sobra), pero la comunicación prima sobre todas las cosas. En cambio, si un sujeto se dedica habitualmente a la comisión de hechos punibles (comete, por ejemplo, cinco faltas de hurto del art. 623.1 CP en seis meses) ya no es sancionado a una multa, sino por un *delito* de hurto del 234, 2º párrafo, que acarrea que el sujeto ingrese en prisión, por espacio de hasta un año y medio. En este caso, la comunicación parece pasar a un segundo plano, de manera que lo fáctico (¡el delincuente da con sus huesos en la cárcel!) es lo más llamativo: podría decirse que, a simple vista, el Estado *no se anda con chiquitas* y amenaza al delincuente (enemigo) pero no se niega a dialogar con él. Se trata en este segundo supuesto de un caso de Derecho penal del enemigo. Pero éste, como aquél (Derecho penal del ciudadano), también *estabiliza una norma*, también supone –en menor medida, en otro sentido, si se quiere– una *comunicación*. Y aquél como éste también consiste en *algo fáctico*, en un *dolor penal*. Por ello, la crítica de los autores citados es errónea, porque supone que JAKOBS *construye un Derecho penal del enemigo exclusivamente normativo para ciudadanos y otro exclusivamente fáctico para enemigos*. Lo cierto es que, por un lado, *lo fáctico no substituye a lo normativo*; y por otro, lo fáctico está siempre presente (tanto en el Derecho penal del ciudadano como en el Derecho penal del enemigo), pero se trata de una *facticidad normativizada*, una *facticidad que no es nada sin comunicación*: es decir, la comunicación sigue siendo el elemento fundante, pues lo

fáctico sin lo normativo es un *nullum*, pura naturaleza, algo extrajurídico. Y, por eso, el Derecho penal del enemigo es, como el de ciudadano, Derecho, comunicación, estabilización normativa<sup>70</sup>.

En resumen: que fracase la confrontación que JAKOBS pretende entre el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal del ciudadano en relación a la función de la pena no significa que no debe distinguirse en absoluto entre esas dos formas de tratamiento de un delito. La distinción existe. Aunque ambos sean Derecho y cumplan ambos una función de comunicación, de estabilización normativa. Mencionaremos ahora algunos puntos de distinción que afectan más que a la pena al *contenido de injusto*<sup>71</sup>.

**B) Delito como “comunicación defectuosa” o “desliz reparable” y delito como “conmoción de la permanencia del Estado”**

Empecemos con una mirada atrás. Veamos cómo fundamentaba, hace casi un siglo y medio, Rudolf VON IHERING la lesividad del concepto de persona en casos de actuaciones que erosionan la seguridad cognitiva en la norma a propósito del concepto de propiedad:

“El poseedor de mi cosa, de la que se cree su propietario, no niega en mi persona la idea de la propiedad; invoca sólo un derecho enfrente del mío, y toda la cuestión aquí queda reducida

---

<sup>70</sup> En cambio, ZAIBERT, Leo, “Política, ciudadanía y liberalismo: El Derecho penal sin penas”, en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo*, op. cit., vol. 2, pp. 1160 y ss., 1166, 1173, enfrenta el Derecho penal de penas al Derecho penal del enemigo, que poco o nada tiene que ver con la pena.

<sup>71</sup> Y no tanto a la culpabilidad, como cree Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, “El Derecho penal del enemigo”, op. cit., p. 817: “En el sistema de JAKOBS acaban conviviendo dos concepciones paralelas de la culpabilidad: no hay una sola culpabilidad”. Por lo demás, también FEIJÓO reconoce materialmente un trato diferente para los que JAKOBS -y yo, en esta obra- llama ciudadanos y enemigos, aunque FEIJÓO les llame a los dos del mismo modo: “No se trata, desde luego, de que algunos sujetos sean tratados como enemigos, sino más bien de que sin dejar de ser ciudadanos se justifique un tratamiento jurídico-penal diferenciado en el marco de un Estado democrático de Derecho” (pp. 821 y sig). Justamente a ese trato diferenciado y justificado en el Estado de Derecho es a lo que llamamos Derecho penal del enemigo.

a saber cuál es el propietario. Pero el ladrón, el bandido, se colocan fuera del dominio legal de la propiedad; niegan que la cosa me pertenezca, y niegan a la vez la idea de la propiedad, *una condición por lo tanto esencial a la existencia de mi persona; generalícese si no su manera de obrar, y la propiedad desaparecerá en la teoría y en la práctica. Así, no atacan solamente a mis bienes, sino también a mi personalidad (...)*<sup>72</sup>.

Las clarividentes palabras de IHERING muestran bien a las claras la diferencia de tratamiento de dos situaciones perturbadoras del concepto de propiedad. En el primer caso, se trata de un *desliz reparable*, de un conflicto que queda reducido a discusión privada entre dos sujetos, y que el Derecho, por esa fuerza orientadora y protectora de la norma, ha de resolver con los mecanismos jurídicos normales. En el segundo caso, la irrogación por parte de unos sujetos (“enemigos”) de un ámbito de organización ajeno, no sólo lesiona un bien, sino que impide el desenvolvimiento de la personalidad de sus titulares y, por mor de la actuación de enemistad jurídica de su agresor, produce la erosión de la confianza de esos sujetos en la norma jurídica que garantiza la inmunidad de su derecho de propiedad. Por ello, la reacción penal ha de ser sensible a dicha erosión y, en aras de la garantía de la estructura social, combate especialmente a los causantes de tal erosión.

Si la entidad de la infracción delictiva es diversa (poco más que una molestia sin mayor trascendencia en el desliz reparable; algo considerablemente más grave cuando se conmueve la permanencia de la estructura social), entonces diverso ha de ser el tratamiento legal con que se reaccione ante dichas infracciones delictivas. De ese modo, se introduce en el debate la distinción de los supuestos en que el sujeto se comporta como *persona fiel al Derecho* (Derecho penal de *ciudadanos*) o como *fuentes de peligro* (Derecho penal del *enemigo*). En el primero, el sujeto es visto como una persona responsable que, incidentalmente, emite una *comunicación defectuosa*, esto es, comete o puede cometer una acción -delictiva- que defrauda las expecta-

---

<sup>72</sup> VON IHERING, R. , *La lucha por el Derecho*, versión española de Adolfo POSADA, con un prólogo de Leopoldo ALAS (*Clarín*), nueva edición, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1921, p. 31. Cursivas añadidas.

tivas depositadas en dicho sujeto. En este caso, su hecho delictivo se considera una *irritación social* de la comunidad ordenada, esto es, como un “*desliz reparable*”<sup>73</sup>, que –como dice MALLQUI HERRERA– “no puede por ello minar la constitución misma del Estado”<sup>74</sup>. Tanto la pena como el delito constituyen aquí “medios de interacción simbólica”<sup>75</sup>. En ese supuesto, la reacción del ordenamiento ante la realización del hecho se mueve en un plano simbólico-comunicativo. Con el hecho el autor manifiesta simbólicamente que la norma infringida no le compete, y por eso presenta un contraproyecto social, a saber: una sociedad en la que esté permitido infringir la norma que él, con su proceder, infringió. Pero la pena, que es –igualmente– una manifestación simbólica del Estado, *desaprueba* la comunicación concreta del autor, aísla el significado de su hecho y pone de manifiesto que la norma sigue estando vigente, que sigue siendo un modelo idóneo de orientación social. En este Derecho de ciudadanos la función de la pena es, principalmente, como anota JAKOBS, “la contradicción a la contradicción de la norma”<sup>76</sup>, la negación de la negación del Derecho, doble negación que produce la reafirmación del ordenamiento jurídico<sup>77</sup>. En todo caso, y ahí radica el *quid* de la cuestión, el conflicto se reduce a una compensación simbólica de la defraudación de expectativas sociales.

En cambio, en las normas encuadrables en lo que JAKOBS llama Derecho penal del enemigo sucede algo más contundente. Se trata de acciones que afectan a la base misma de la estructura social, a las “normas de flanqueo”, e impiden a los demás desarrollar su

---

<sup>73</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 35 (2ª. ed., 2006, p. )36.

<sup>74</sup> MALLQUI HERRERA, Edwin Antonio, “Estabilización de la vigencia de norma y seguridad cognitiva. Breves consideraciones acerca del Derecho penal del enemigo en las concepciones divergentes de Günther JAKOBS y Manuel Cancio Meliá”, en *RPDJP*, núm. 6, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2005, p. 177.

<sup>75</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 23 (2ª. ed., 2006, p. 25).

<sup>76</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 22 y ss. (2ª. ed., 2006, pp. 23 y s.).

<sup>77</sup> Con mayor detalle, POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto”, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

completa personalidad y su orientabilidad por las normas jurídicas como modelos de orientación social<sup>78</sup>. Brevemente: dichos sujetos (“enemigos”) ponen en peligro con su conducta la estabilidad del sistema al menoscabar la mínima seguridad cognitiva que el resto de ciudadanos tiene en la norma. O para decirlo con palabras de JAKOBS, la acción “atenta contra la permanencia del Estado”<sup>79</sup>. El autor no se comporta aquí como “persona autorresponsable” sino como “individuo peligroso”, y por ello se le combate en tanto *fuentes de peligro* o –por mejor decir– por la *lesión actual que entraña*. La medida –que no necesariamente la función– de la pena en estos supuestos ha de ser sensible a dicha lesividad, y se encamina primordialmente al especial aseguramiento, tanto de la Sociedad como de las víctimas o allegados. De ese modo, *el combate del enemigo (la “lucha” o “eliminación de un peligro”<sup>80</sup>) no excluye, sino que presupone, que el Estado ha de proteger principalmente a sus ciudadanos, de manera que el combate del enemigo tiene como razón de ser siempre la defensa de los ciudadanos<sup>81</sup>. En otras palabras: la eliminación del peligro es, en el Derecho penal del enemigo, un plus. Pero ese combate del enemigo presupone siempre la comunicación directa, básica y principal del Estado con los ciudadanos, aun con los enemigos contra quienes se dirige.*

---

<sup>78</sup> MALLQUI HERRERA, Edwin Antonio, “Estabilización de la vigencia de norma y seguridad cognitiva”, *op. cit.*, p. 178.

<sup>79</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 35 (2ª ed., 2006, p. 36).

<sup>80</sup> JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 22 y ss. (2ª ed., 2006, pp. 23 y ss.). La eliminación de un peligro es, también, la función de las medidas de seguridad, según GONZÁLEZ RIVERO. *Vid.* GONZÁLEZ RIVERO, Pilar, “El fundamento de las penas y las medidas de seguridad”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *El Funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. I, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 68.

<sup>81</sup> Intrínsecamente de acuerdo, CANCHO ESPINAL, Ciro Jhonson, “La clarificación del Derecho penal del enemigo...”, *op. cit.*, p. 634: “El enfoque del Derecho penal del enemigo es más prospectivo que retrospectivo, pues se mira al objetivo de eliminar peligros, *para asegurar la personalidad en Derecho de los ciudadanos frente a los ataques desestabilizadores de los enemigos*”. *Cur-siva añadida.*

### C) Tratamiento como “persona” o como “enemigo”

El tratamiento como “persona en Derecho” o como “enemigo” depende, pues, del grado de seguridad cognitiva en la norma que tales sujetos, mediante su comportamiento, erosionen. La “persona en Derecho” se ve -por principio y por regla general- motivada por la norma: se dice, por ello, que es *fiel al Derecho*. Ello no excluye que pueda infringir, en un acto más o menos aislado, la norma. Se trata, en ese caso, de un desliz reparable, de una “metedura de pata”<sup>82</sup>. Ese error comunicativo no pone, en todo caso, en peligro la idea de la personalidad ajena. Atenta, sí, como contra bien ajeno, individual o colectivo, pero no supone un impedimento integral de la personalidad del resto de ciudadanos. En el caso en que un sujeto usualmente fiel a la norma llegara a infringirla incidentalmente, la función de la pena se moverá en un plano exclusivamente *comunicativo*: consistirá en aislar *simbólicamente* el acto del sujeto, restableciéndose de ese modo la vigencia quebrada de la norma<sup>83</sup>. Con ello, queda resuelto el conflicto, porque, luego de la infracción de la norma, el sujeto da muestras de respeto integral a la vigencia del Derecho, no representando un impedimento para los demás ciudadanos.

Sin embargo, cuando el sujeto no aporta la garantía mínima de que se va a comportar como “persona en Derecho”, se despersonaliza y se autoexcluye del sistema social, cuestionando la vigencia del Derecho de manera más o menos duradera, no reconociendo las normas de flaqueo básicas de la estructura social. A este *estatus*, y a ese tratamiento legal, alude JAKOBS -y aludimos aquí- con la denominación de “enemigo”. En tal caso, el sujeto pasa a ser tratado por el Derecho como una fuente de peligro más que como un sujeto que

---

<sup>82</sup> Así, JAKOBS, Günther, “¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, traducción de Miguel Polaino-Orts, en JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo: algunas tesis fundamentales”, en *JuS. Doctrina & Práctica*, núm. 5, mayo de 2007, Grijley, Lima, 2007, pp. 33 y ss.

<sup>83</sup> Al respecto, más ampliamente sobre la explicación funcionalista del binomio “infracción de la norma” mediante la pena, y “restablecimiento de su vigencia” mediante la pena, Miguel POLAINO-ORTS, “Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto”, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

comete un desliz reparable. La función que representa la pena en este caso en relación al propio enemigo tiende a combatir ese peligro, pero ello tiene asimismo un contenido simbólico, porque ese peligro es peligro para una Sociedad cuyas expectativas sociales de protección siguen siendo dignas y merecedoras de la correspondiente protección jurídico-penal<sup>84</sup>.

El mismo JAKOBS invoca el manido ejemplo de un sobrino que mata a su tío para acelerar la herencia. En dicho supuesto, se trata, qué duda cabe, de un interés penalmente protegible, pero el delito "no aparece como principio del fin de una comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable"<sup>85</sup>. Frente al caso del sobrino, otras formas de criminalidad (terrorismo, asociaciones criminales, violadores multirreincidentes, maltratadores familiares, etc.) no sólo lesionan bienes jurídicos individuales sino que conmueven la convivencia social. En estos últimos supuestos, se atenta no sólo contra un bien individual o colectivo sino contra una idea o -mejor- contra un proyecto: el proyecto social que las demás personas en Derecho representan. Esto es, *el injusto es diferente*. Por ello, el combate contra ese enemigo se regula por un básico *principio de proporcionalidad*, pero sigue teniendo como *principio fundamental y rector* otro criterio imprescindible: el de *protección de las personas fieles al Derecho*.

#### D) Algunas consecuencias sobre el principio de proporcionalidad

De lo anterior puede extraerse algunas conclusiones básicas relativas al principio básico de proporcionalidad<sup>86</sup>:

- 1) En primer lugar, el legislador *fundamenta y legitima* el Derecho penal de enemigos *aparentemente* en el especial foco de

<sup>84</sup> Sobre el concepto de merecimiento de pena, esencial, Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", en *ADPCP*, t. 46, Madrid, 1993, pp. 21 y ss.

<sup>85</sup> Günther JAKOBS, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", *op. cit.*, p. 35 (2ª. ed., 2006, p. 36).

<sup>86</sup> Sobre la relevancia del principio de proporcionalidad, ampliamente, Teresa AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Prólogo de Borja MAPELLI CAFFARENA, Edersa, Madrid, 1999, *passim*. Norberto J. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pp. 87 y ss.

peligro que integra el sujeto, pero *realmente* lo que mueve y provoca el combate del enemigo es la defensa imprescindible de los ciudadanos respetuosos con la norma y sus correspondientes derechos, a efectos de conseguir una mínima seguridad exigible<sup>87</sup>.

- 2) Además, esa peligrosidad es la *medida y límite de la represión* contra el enemigo, esto es, que la reacción penal de aseguramiento contra el enemigo ha de guardar *proporción* con su peligrosidad, limitándose -como subraya JAKOBS<sup>88</sup>- a lo *estrictamente necesario*: si el delincuente es peligroso, la reacción penal ha de ser especialmente asegurativa y todo ello en la medida de dicha peligrosidad/lesividad. Y sin que ello desdore la función principal de mantenimiento de la vigencia de la norma que sirve como mecanismo de aseguramiento de expectativas sociales y de orientación de conductas de todos los ciudadanos (personas en Derecho).
- 3) Numerosos Códigos penales modernos acogen este principio básico de la proporcionalidad en la aplicación de las medidas de seguridad. Sobre las peculiaridades del sistema español en relación a otros ordenamientos comparados volveremos más adelante, en un capítulo posterior (*vid. infra* cap. XII). Ahora sólo interesa señalar que, frente a las normas de Derecho penal de ciudadanos, el acto del sujeto peligroso no sólo se analiza *retrospectivamente* (valorando el

---

<sup>87</sup> Sobre el juicio de proporcionalidad entendido como legitimidad de mínimos, vinculando la idea a los diversos grados de funcionalidad (óptima, razonable y pésima), Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ, "La proporcionalidad de la norma penal", en *Cuadernos de Derecho Público*, num. 5, 1998, pp. 159 y sigs, concretamente, 176 y s.: es imposible instrumentalizar el principio para fijar una funcionalidad óptima; de acuerdo, Norberto J. DE LA MATA BARRACO, *El principio de proporcionalidad penal*, *op. cit.*, pp. 125 y sigs, exactamente p. 126.

<sup>88</sup> Günther JAKOBS, "La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", *op. cit.*, p. 138: en la reacción contra un enemigo "no implica que *todo* esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad *potencial*, de tal modo que en la lucha contra él *no se puede sobrepasar la medida de lo necesario*". *Curativas añadidas*.

hecho cometido), sino también *prospectivamente* (analizando el peligro existente de que el sujeto vuelva a cometer), es decir, se produce el cambio de paradigma señalado por JAKOBS al describir el fenómeno de Derecho penal del enemigo. Esa es la filosofía de la reforma legal: *establecer unas medidas de aseguramiento, no por lo que hizo, sino por lo que, en función de su peligrosidad (o por mejor decir: de su comprobada idoneidad lesiva), puede llegar a hacer; o más concretamente: por la amenaza o por el peligro que ese sujeto representa ya, desde ahora, para los bienes de los demás ciudadanos y para la seguridad pública, conmoviendo ya de facto, con peligro actual, una norma de flaqueo ("seguridad" de la víctima, de allegados, de la Sociedad). Desde este punto de vista, el Derecho penal del enemigo cumple, ante todo, un cometido de restablecimiento de las condiciones de vigencia de la norma, lo que incluye: 1. protección de los ciudadanos y 2. de prevención de inminentes peligros*<sup>89</sup>.

- 4) Esta doctrina, pues, no es más que la construcción que hasta ahora conocíamos bajo el binomio "*peligrosidad criminal / medida de seguridad*", y -en concreto- a la sujeción estricta de la medida a la peligrosidad criminal para el futuro, aun en perjuicio de la proporcionalidad con el hecho ya cometido<sup>90</sup>. Sobre la pertenencia del sistema de las medidas de

---

<sup>89</sup> Cfr. Ciro Jhonson CANCHO ESPINAL, "La clarificación del Derecho penal del enemigo...", *op. cit.*, p. 634, quien -a pesar de partir de la idea jakobsiana sobre la función dual de la pena en el Derecho penal del enemigo y en el Derecho penal del ciudadano- introduce en el primero un aspecto de prevención, de manera que implícitamente también le reconoce cierta idoneidad comunicativa: "el fin de la medida asegurativa en el Derecho penal del enemigo es que la inseguridad cognitiva no se materialice en la lesión de bienes jurídicos". También NEUMANN resalta, acertadamente, el vínculo entre el Derecho penal del enemigo y el mayor peso de la perspectiva preventiva. Vid. Ulfrid NEUMANN, "Derecho penal del enemigo", traducción de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, vol. 2, p. 394.

<sup>90</sup> Cfr., entre muchos, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I, *Introducción*, 5ª. ed., basada en el nuevo Código Penal de 1995, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 37 y s.; ID., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, III, *Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 72 y s.

seguridad en el fenómeno del Derecho penal del enemigo nos ocuparemos también, más detenidamente, en un capítulo posterior de esta obra (*vid. infra* cap. XII).

### E) Sobre la supuesta necesidad del dolor penal

Finalmente, valgan algunas referencias en torno a la exigencia de dolor penal que, como vimos, ha introducido JAKOBS como *conditio sine qua non* de la aplicación de la pena en sus últimos trabajos doctrinales.

- 1) En primer lugar, considero que es en buena parte indiscutible que la pena inflige cierto dolor penal (y, por eso, toda pena *duele* a quien se impone). En tanto consiste -tal como señala POLAINO NAVARRETE<sup>91</sup>- en privaciones de derechos, restricciones o ataques justificados a bienes jurídicos que son legítimos desde el punto de vista jurídico, aunque no por ello dejan de constituir privaciones o ataques al fin y al cabo. Desde esta perspectiva, es evidente que, conceptual y substancialmente<sup>92</sup>, la pena inflige un dolor a quien se impone, en tanto supone un *mal* o un *castigo*<sup>93</sup>. Para decirlo con las famosas palabras de Hugo

---

<sup>91</sup> Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, Parte General*, t. I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 6ª. ed. actualizada con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2008, p. 63.

<sup>92</sup> Cfr. Urs KINDHÄUSER, "Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz", en Klaus LÜDERSSEN / Cornelius NESTLER-TREMEL / Ewa WEIGEND, *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main - Bern - New York - Paris, 1990, pp. 29 y ss.

<sup>93</sup> *Vid.*, en este sentido, Santiago MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1976, p. 61, quien acertadamente señala -siguiendo a SCHMIDHÄUSER, RODRÍGUEZ DEVESA y Alf ROSS- que conviene "distinguir la *función* de la pena del *concepto* de pena ... Según su *concepto* la pena es un *mal* que se impone *por causa de la comisión de un delito*: conceptualmente, la pena es un *castigo*. Pero admitir esto no implica, como consecuencia inevitable, que la *función* -esto es: fin esencial- de la pena sea la retribución"; Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. I, Ediar, Sociedad Anónima editora, comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 1987, pp. 80 y s.; Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, 2ª. ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, pp. 122 y ss., quien con precisión apunta que "conceptualmente la pena es privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano juris-

GROCIO: “la pena es un *mal* (*jurídico*) que se impone al *mal* (*injusto*) del delito”<sup>94</sup>. Pero el que la esencia de la pena esté integrada por la causación de un cierto mal o dolor no puede llevar a la errónea conclusión de que ése sea precisamente el *fin de la pena*. Como ha señalado POLAINO NAVARRETE, “el hecho de que la pena, en esencia, entrañe un mal, no significa que su función sea perseguir el mal ni el castigo: la pena puede consistir en un mal o en un castigo, pero *no persigue el mal ni el castigo* (fines retributivos), sino otros (loables) fines preventivos, y por ello no es identificable a la venganza”<sup>95</sup>, frente a lo que sostienen algunos autores<sup>96</sup>.

- 2) Por otra parte, considero que el dolor penal, en tanto elemento integrante de la estructura de la pena, puede ser un mecanismo *idóneo para la comunicación*, de manera que -a diferencia de lo que interpreta GÓMEZ-JARA- “el dolor se concibe no como un dato fáctico carente, *per se*, de relevancia normativa”<sup>97</sup>, sino todo lo contrario: *el dolor penal es instrumento o ejercicio de comunicación*, y por ello es *significado y no finalidad*<sup>98</sup>. O en otras palabras, igualmente acertadas, del

---

diccional al que ha cometido un delito ... la pena es un ‘mal’ de naturaleza retributivo. De aquí se desprende la necesidad de una relación de proporción entre la gravedad del hecho cometido y la gravedad del castigo”.

<sup>94</sup> Hugo GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Paris, 1625, liber II, caput XX, *De poenis*: “poena est malum passionis, quod infligitur propter actionis”.

<sup>95</sup> Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, Parte general*, t. I, *op. cit.*, p. 64.

<sup>96</sup> Vid. Sebastian SCHEERER, “Kritik der strafenden Vernunft”, *Ethik und Sozialwissenschaften. Streitforum für Erziehungskultur*, Jg. 12/2001, Heft 1, pp. 69 y ss., quien -en cierto modo- identifica conceptualmente la pena y la venganza. Cfr., críticamente, la réplica-comentario a dicho artículo por parte de Eberhard SCHMIDHÄUSER, “Aufruf zu intellektueller Redlichkeit”, *Ethik und Sozialwissenschaften. Streitforum für Erziehungskultur*, Jg. 12/2001, Heft 1, pp. 115 y ss.

<sup>97</sup> Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo”, *op. cit.*, p. 989. Más extensamente, Id., “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, en *InDret* 2/2008, pp. 1 y ss. (accesible en internet: <http://www.indret.com/pdf/530.pdf>).

<sup>98</sup> Como concluye, correctamente, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo”, *op. cit.*, p. 998.

mismo autor: "tanto delito como pena, desde la perspectiva del sistema jurídico-penal, resultan comunicaciones que llevan aparejadas el dolor como constructo comunicativo"<sup>99</sup>. Así, la pena no se define, pues, como una secuencia de males, como un mal que sigue a otro mal, ni como causación del dolor por el dolor mismo, sino en todo caso de manera funcional para asegurar las condiciones de vigencia de un sistema normativo. Así lo ha puesto de relieve el mismo JAKOBS, al afirmar que aunque comúnmente se diga que "el injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, ... no cabe definir la pena como infligir un mal a causa de un mal cometido: sería absurdo 'querer un mal porque ya se ha dado otro mal', y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su 'carácter superficial' (HEGEL). La pena hay que definirla *positivamente*: es una muestra de la *vigencia de la norma* a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada"<sup>100</sup>.

- 3) Pero, en tercer lugar, no creo que la exigencia de dolor penal, en los términos en que lo ha planteado JAKOBS, sea un elemento mediante el cual puede distinguirse la función de la pena en el Derecho penal del enemigo y en el Derecho penal del ciudadano. Es más, estimo que en la descripción de JAKOBS dicho dolor penal se configura más como un elemento de confusión de esos ordenamientos que de distinción, toda vez JAKOBS considera que el hecho de infligir dolor penal constituye un mecanismo para contradecir todo hecho delictivo, con independencia de la idoneidad lesiva del autor, esto es, con independencia de que el autor sea enemigo o, simple-

---

<sup>99</sup> Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, "La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena", *op. cit.*, p. 18.

<sup>100</sup> Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1991, 1/3 (*Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción española por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, p. 9).

mente, persona en Derecho que comete un desliz fácilmente reparable. Según la descripción de JAKOBS, el dolor penal sería un mecanismo del que hace uso también el Derecho penal del ciudadano, y que no es privativo del Derecho penal del enemigo. Ello podría echar por la borda la posible utilidad que podría desempeñar dicho concepto en el campo del Derecho penal del enemigo, donde la necesidad de proteger la norma mediante mecanismos especialmente asegurativos es más que evidente. Con ello, en fin, considero que la exigencia de un dolor penal poco aporta en la dinámica del delito/pena en el Derecho penal del ciudadano y en el Derecho penal del enemigo: porque, por un lado, era ya conocido que, en esencia, la pena inflige un dolor al penado; pero, por otro, ninguna relevancia privativa (exclusiva) adquiere ese dolor en el ámbito (Derecho penal del enemigo) en que su empleo sería más adecuado y conveniente.



BIEN JURÍDICO, VIGENCIA DE LA NORMA Y DAÑO SOCIAL,  
de GÜNTHER JAKOBS, MIGUEL POLAINO NAVARRETE y  
MIGUEL POLAINO-ORTS, se terminó de imprimir en la  
ciudad de Lima en los talleres  
de KL Servicios Gráficos SAC en junio de 2010.